

劳动法最前线——从企业人事的角度看劳动法动向

第 105 回 《会议纪要》的解读

（撰稿人：徐开元）

2015 年 6 月 9 日

自从 2014 年 3 月 1 日《劳务派遣暂行规定》（以下简称“《派遣规定》”）实施以来，我国在立法上对劳务派遣的用工范围和用工比例做了严格的规制。针对这种情况，上海市人力资源和社会保障局与上海市高级人民法院联合公布了《关于劳务派遣适用法律若干问题的会议纪要》（以下简称“《会议纪要》”）。下面就相关问题进行解读。

1. 关于违反法律规定派遣的问题

根据《会议纪要》第 4 条的规定，全国人大常委会《关于修改〈中华人民共和国劳动合同法〉的决定》（以下简称“《修改决定》”）、《派遣规定》中“三性”（临时性、辅助性、替代性）岗位、派遣用工比例的规定均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。派遣单位、用工单位违反上述管理性规定的，由人力资源社会保障行政部门责令其限期整改。

由此可知，《会议纪要》将“三性”岗位、派遣用工比例的规定明确定性为“管理性规定”，而非“强制性规定”。即派遣协议和劳动合同等民事合同的效力不会因违反《修改决定》或《派遣规定》而被认定为无效，用人单位就此仅面临被责令限期整改的行政责任。

2. 关于劳务派遣退回情形的问题

根据《会议纪要》第 6 条的规定，《派遣规定》第 12 条对劳务派遣的退回情形作了列举式规定，属于提示性条款。

《派遣规定》中没有提及的其他情形，例如劳务派遣协议解除的、三方事前约定或者事后达成合意的、对违反法律规定的派遣进行整改等情形，用工单位也可退回劳动者。

《会议纪要》把《派遣协议》中退回条款定性为提示性条款，这一解释突破了实践中的认为不得在法律规定之外另行约定劳务派遣退回情形的认识，使得劳务派遣员工的退回大大区别于直接雇佣员工的劳动关系解除，不再被强行限定于法律明确规定的范畴中。

3. 关于派遣用工与人力资源服务外包的区别

根据《会议纪要》第 11 条的规定，涉及派遣用工与人力资源服务外包的区分问题时，

要结合规章制度的适用、用人单位所行使指挥管理权的强弱程度等因素综合判断。在人力资源服务外包中，发包单位和承包单位可通过协议方式合理确定具体的管理界限。在外包协议未被判定为无效的情况下，发包单位对承包单位的劳动者有一些越权指挥的行为但未对法律关系改变起决定性作用的，应当进行整改；劳动者以此为由要求按劳务派遣处理或确认与发包单位存在劳动关系的，缺乏法律依据，不予支持。

由上可知，《会议纪要》对劳务派遣和劳务外包的区别有很大的灵活性，需要结合多种因素进行综合判断。为劳务外包协议的起草、发包单位对于承包单位员工的日常管理等方面留下了很大的可操作性。