



漢坤律師事務所  
HAN KUN LAW OFFICES

# 汉坤专递

融贯中西  
务实创新



2013年第7期 (总第77期)

## ■ 专论

- 1、《劳务派遣若干规定（征求意见稿）》解读

## ■ 新法评述

- 1、国家发改委发文正式放开 PE 发债
- 2、央行简化跨境人民币业务流程 开放人民币资金池境外放款结算

## 《劳务派遣若干规定（征求意见稿）》解读（作者：金文玉、唐玉春、王晨）

2012年12月28日，全国人大常委会表决通过了《关于修改〈中华人民共和国劳动合同法〉的决定》（以下简称“《决定》”），对现行的劳务派遣制度进行了修订和规范；2013年6月20日，人力资源和社会保障部公布了《劳务派遣行政许可实施办法》（以下简称“《实施办法》”），进一步规定了劳务派遣行政许可的具体细节，《决定》与《实施办法》已于2013年7月1日起同步施行。2013年8月7日，人力资源和社会保障部公布了《劳务派遣若干规定（征求意见稿）》（以下简称“《征求意见稿》”），公开向社会征求意见。《征求意见稿》旨在贯彻《决定》的精神，进一步规范劳务派遣市场，其主要内容如下：

### 1. 首次明确了劳务派遣的含义

《征求意见稿》首次明确了劳务派遣的定义，即劳务派遣是指用人单位以经营方式将招用的劳动者派遣至其他用人单位使用，由后者直接对劳动者的劳动过程进行管理的一种用工形式。但用人单位或者其所属单位出资或者合伙设立的劳务派遣单位，不得向本单位或者所属单位派遣劳动者。

同时，为区分劳务派遣与劳务外包，《征求意见稿》明确规定，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劳动者的劳动过程直接进行管理的，属于劳务派遣用工。

### 2. 明确了劳务派遣的适用范围及劳务派遣的用工比例限制

《征求意见稿》进一步重申了《决定》中关于劳务派遣适用范围的规定，即劳务派遣是企业的补充用工形式，只能在临时性、辅助性或替代性岗位（以下简称“三性岗位”）上实施。同时，为增强用工单位对于设立、管理辅助性岗位的可操作性，对辅助性岗位作出了细化规定。《征求意见稿》规定，用工单位的辅助性岗位由用工单位根据所处行业和业务特点，提出拟使用劳务派遣用工的辅助性岗位列表，经与工会或职工代表大会共同协商确定，并在用工单位内公示，接受监督。

根据《劳动合同法》以及《决定》中对于劳务派遣进行严格限制的精神，《征求意见稿》进一步明确规定，用工单位在辅助性岗位使用的被派遣劳动者数量不得超过用工总量的10%。用工总量是指用工单位订立劳动合同人数与用工单位辅助性岗位使用的被派遣劳动者人数之和，从字面上看，仅辅助性岗位的被派遣劳动者数量被纳入用工总量。

同时，为保障法律的平稳实施，《征求意见稿》明确了过渡期内超比例用工的处置方式，即《决定》施行前（即2013年7月1日之前）已经订立的劳动合同和劳务派遣协议继续履行至期限届满，用工单位不得以不符合三性岗位或超出劳务派遣用工比例或劳务派遣单位未依法取得行政许可为由退回被派遣劳动者，同时，劳务派遣单位也不得以未依法取得行政许可为由解除与被派遣劳动者的劳动合同。另外，在未达到规定比例要求之前，用工单位不得在辅助性岗位使用新的被派遣劳动者。

但外国驻华外交代表机构、联合国系统组织代表机构、外国新闻代表机构、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被派遣劳动者的，不受三性岗位和劳务派遣用工比例的限制。

### 3. 进一步规定劳务派遣单位、用工单位的法定义务

对于被派遣劳动者而言，劳务派遣单位是被派遣劳动者的用人单位，《征求意见稿》首次细化了劳务派遣单位作为用人单位的法定义务，包括：与劳动者签订劳动合同并缴纳社会保险；按时足额支付劳动报酬、社会福利；提供技能培训项目；督促用工单位改善劳动安全卫生保护条件；协调处理劳动者与用工单位的纠纷；如劳动者发生工伤的，作为申请主体处理工伤认定等事宜。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。

用工单位直接对被派遣劳动者的劳动过程进行管理，《征求意见稿》除再次重申了《劳动合同法》的规定之外，还规定了以下两点：（a）对劳动者实行不定时工作制或综合计算工时工作制的，用工单位应当向劳务派遣单位提供人力资源社会保障行政部门的审批证明，并告知被派遣劳动者；（b）接受被派遣劳动者前，用工单位应核实劳务派遣单位与被派遣劳动者签订劳动合同的情况，如果使用未与劳务派遣单位签订劳动合同的被派遣劳动者，则视为用工单位与劳动者已经建立了劳动关系，用工单位应当及时补订劳动合同。如劳动者发生工伤的，用工单位应当协助调查处理，并承担相应的赔偿责任。

### 4. 明确规定可以退回被派遣劳动者的情形

《劳动合同法》仅在第六十五条简单规定，被派遣劳动者有本法第三十九条（劳动者重大过错）和第四十条第一项（患病超过医疗期）、第二项（不能胜任工作）规定情形的，用工单位可以将劳动者退回劳务派遣单位，劳务派遣单位可以与劳动者解除劳动合同。

本次《征求意见稿》另行规定了用工单位可以退回被派遣劳动者的其他情形，包括：（a）出现《劳动合同法》第四十条第三项（客观情况重大变化）、第四十一条（经济性裁员）规定的情形；（b）用工单位被依法宣告破产、吊销营业执照、责令关闭、撤销、决定提前解散或者劳务派遣协议期限届满等情形；（c）用工单位将在非三性岗位上的被派遣劳动者或超比例用工的被派遣劳动者退回。同时，《征求意见稿》明确规定了在上述情形下用工单位可以退回被派遣劳动者，但是劳务派遣单位不得解除与其的劳动合同，而应当重新为被派遣劳动者派遣工作。

### 5. 规定了劳务派遣关系下劳动合同的解除与终止的处理

劳务派遣单位是一种特殊的用人单位，但其与劳动者签订的劳动合同也应当适用于《劳动合同法》规定的一般性的劳动合同解除、终止等规定。但是，劳务派遣关系毕竟不同于一般的劳动关系，《劳动合同法》等法律法规对于劳务派遣关系下解除、终止劳动合同时各方的权利义务关系并无明确的特殊规定。本次《征求意见稿》就此问题明确规定了解除、终止劳动合同的条件以及经济补偿金的支付条件，其中大多数规定与一般劳动合同的解除、终止以及经济补偿金的支付是一致的。

但需要注意的是，《征求意见稿》的规定与《劳动合同法》存在一点重大区别：在一般劳动关系下，如果出现《劳动合同法》规定的第三十九条（劳动者重大过错）情形而解除、终止劳动合同的，

用人单位不需要支付经济补偿金；但是，根据《征求意见稿》第二十五条、第二十八条的相关规定，在劳务派遣关系下，如果出现《劳动合同法》规定的第三十九条（劳动者重大过错）情形，用工单位可以将其退回劳务派遣单位，劳务派遣单位也可以解除与其的劳动合同，但是应当支付经济补偿。

《征求意见稿》的本条特殊规定与《劳动合同法》的立法本意存在一定的冲突。对于在将来正式发布的文件中本条规定是否会做出修改、删减等调整，我们将继续关注。

## 6. 细化了跨地区劳务派遣的待遇标准及社会保险缴纳方式的规定

一般情况下（即从欠发达地区向发达地区的劳务派遣），跨地区劳务派遣的待遇标准应当按照用工单位所在地的标准执行。但是，如果劳务派遣单位注册地的有关标准高于用工单位所在地的有关标准（即从发达地区向欠发达地区的劳务派遣），且明确约定按照劳务派遣单位注册地的有关标准执行的，则应为有效约定。

《征求意见稿》明确了社会保险的缴纳主体应当是劳务派遣单位。跨地区劳务派遣时，如果劳务派遣单位在用工单位所在地设立了分、子公司的，应由该分、子公司在当地为劳动者缴纳社保；如果没有分、子公司的，则应由劳务派遣单位在本单位所在地为劳动者缴纳社保，但劳务派遣单位不得委托其他单位代缴社保。

## 7. 重申了违法使用劳务派遣的法律责任

《征求意见稿》再次重申了《劳动合同法》以及《决定》中关于劳务派遣相关主体的法律责任，包括：（a）劳务派遣单位与用工单位对劳动者的损害应当承担连带赔偿责任；（b）违法劳务派遣的，将被相关机构责令限期改正，若逾期不改正的，以每人五千元以上一万元以下的标准对劳务派遣单位和用工单位处以罚款，还将吊销《劳务派遣经营许可证》。

此外，《征求意见稿》还明确规定了可以视为用工单位与劳动者之间存在劳动关系的情形，即如果用工单位违法使用劳务派遣或是超比例使用被派遣劳动者，被相关部门罚款后一个月内仍不改正的，则在非三性岗位或者超比例使用的被派遣劳动者将视为与用工单位已经建立了劳动关系，用工单位有义务与其签订书面劳动合同。但是被派遣劳动者书面表示不愿与用工单位建立劳动关系的除外。

综上，《征求意见稿》对明晰劳务派遣单位、被派遣劳动者和用工单位三者的权利义务有重大意义，我们将持续关注人力资源社会保障部后续正式出台的有关劳务派遣的规定。希望以上对您有所帮助，若有任何问题，欢迎随时联系我们。

## 1、国家发改委发文正式放开 PE 发债（作者：张平、王勇、刘梦竹）

为拓宽小微企业<sup>1</sup>融资渠道，缓解小微企业融资困难，国家发展和改革委员会（以下简称“**国家发改委**”）于 2013 年 7 月 25 日发布了《关于加强小微企业融资服务支持小微企业发展的指导意见》（发改财金[2013]1410 号）（以下简称“**《指导意见》**”），进一步贯彻落实国务院办公厅《关于金融支持经济结构调整和转型升级的指导意见》（国办发[2013]67 号）。《指导意见》中提出十一项措施旨在降低小微企业融资成本，加大对于小微企业的扶持力度，其主要内容如下：

### 1) 首度正式表态允许 PE/VC 发行公司债

- (1) 支持符合条件的创业投资企业、股权投资企业、产业投资基金发行企业债券，专项用于投资小微企业；支持符合条件的创业投资企业、股权投资企业、产业投资基金的股东或有限合伙人发行企业债券，扩大创业投资企业、股权投资企业、产业投资基金资本规模。
- (2) 完善“统一组织，统一担保，捆绑发债，分别负债”的中小企业集合债券相关制度，提出对于集合债券发行主体中募集资金规模小于 1 亿元的，可以全部用于补充公司营运资金。
- (3) 扩大小微企业增信集合债券<sup>2</sup>试点规模，支持符合条件的国有企业和地方政府投融资平台试点发行“小微企业增信集合债券”。募集资金在有效监管下，通过商业银行转贷管理。鼓励地方政府采取政府风险缓释基金、债券贴息等多种途径支持“小微企业增信集合债券”。切实改善中小企业由于资信评级低、融资成本高等原因难以发债融资的困境，降低发债成本。
- (4) 就具体公司债的发行与融资目标，提出如下意见：A) 鼓励地方政府投融资平台公司发债用于各类园区内小企业创业基地、科技孵化器、标准厂房等的建设，完善产业集聚区服务平台、中小企业公共服务平台网络工程，以及为小微企业提供设备融资租赁业务。B) 支持中小型企业发行企业债券用于提高自主创新能力、促进节能减排、提高产品质量、改善安全生产条件等。

### 2) 对小微企业融资的其他政策倾斜

在对主管部门的要求方面，《指导意见》明确指出：对于各省级备案管理部门应首先保证符合条件的创业投资企业及时足额享受税收优惠政策，其次鼓励设立小微企业创业投资引导基金，要求已设立的创业投资引导基金加快出台鼓励所投资创业投资企业投资小微企业的激励制度，再次，促成创业投资企业、股权投资企业与小微企业的项目对接，最后，做好新兴产业创投计划参股创业投资企业的备案管理工作；对于各省级发展改革部门，应制定鼓励财政出资的股权投资企业、产业投资基金支持小微企业的政策措施，完善国有股权投资企业、产业投资基金绩效考核制度。

<sup>1</sup> 小微企业，系指《中小企业划型标准规定》（工信部联企业[2011]300 号）中的小型、微型企业。

<sup>2</sup> 小微企业增信集合债券，是指多家小微企业在牵头人组织下联合作为发债主体，向投资人发行的一种到期还本付息的企业债券，通常采取“统一冠名、统一担保、分别负债、集合发行”的模式。



此外,《指导意见》支持创业投资企业、产业投资基金、企业债券满足产能过剩行业的小微企业转型转产、产品结构调整的融资需求,并对于清理涉及企业的基本银行服务费用问题做出了进一步规范。

## **2、 央行简化跨境人民币业务流程 开放人民币资金池境外放款结算(作者:李朝应、蔡娜、张鑫凤)**

为提高跨境人民币结算效率,进一步推进人民币国际化进程,中国人民银行于2013年7月5日下发《关于简化跨境人民币业务流程和完善有关政策的通知》(下称“《通知》”),在经常项下跨境人民币结算业务、境内非金融机构人民币境外放款业务、境内非金融机构境外发行人民币债券及境内非金融机构对外提供人民币担保等方面简化并完善了人民币业务流程。

### **1) 开放人民币资金池境外放款结算**

中国人民银行上海总部于2012年12月首先推出人民币资金跨境放款试点政策,向符合条件的跨国公司给予人民币跨境放款额度,在额度范围内,跨国公司中国总部可以与境外母公司(或关联公司)直接签订放款协议,完成企业自有人民币资金跨境放款。与以银行作为中介的“委托放款”这一传统放款模式相比,跨境人民币放款更具有灵活性,在跨境人民币放款模式下,借贷双方直接签订贷款协议,自行约定利率,并对放款资金进行自律性管理。自试点政策实行以来,已有四家跨国公司获得人民币跨境放款的额度审批。

为进一步提高人民币放款的便利程度,《通知》首次以正式文件的形式提出,具有股权关系或同由一家母公司最终控股,且由一家成员机构行使地区总部或投资管理职能的境内非金融机构,可使用人民币资金池模式向境内银行申请人民币境外放款结算业务。人民币境外放款的利率、期限和用途由借贷双方自行协商确定。开展人民币境外放款的境内非金融机构应当按照《人民币结算账户管理办法》等银行结算账户管理规定向银行申请开立人民币专用存款账户,专门用于人民币境外放款。人民币境外放款必须经由放款的人民币专用存款账户以人民币收回。

### **2) 明确境外发行人民币债券资金结算业务流程**

《通知》明确规定境内非金融机构可按照银行结算账户管理规定,向境内银行申请开立人民币专用存款账户,专门用于存放经人民银行同意从境外汇入的发债募集资金。该账户的存款利率按人民银行公布的活期存款利率执行,资金应按在债券募集说明书约定的使用范围内使用。境内代理银行对境外参加银行的人民币账户融资期限延长至一年,账户融资比例不得超过该境内代理银行人民币各项存款上年末余额的3%。境外参加银行在境内代理银行开立的人民币同业往来账户与境外参加银行在境外人民币业务清算行开立的人民币账户之间,因结算需要可进行资金汇划。各境外人民币业务清算行在境内开立的人民币清算账户之间,因结算需要可进行资金汇划。

### **3) 明确人民币对外担保履约结算**

根据《通知》规定,境内非金融机构可以按照《中华人民共和国物权法》、《中华人民共和国担

保法》等法律规定，对外提供人民币担保。境内非金融机构对外担保使用人民币履约时，境内银行在进行真实性审核后，为其办理人民币结算。对外担保的履约款项也可由境内非金融机构使用其境外留存的人民币资金直接支付。

除上述内容外，《通知》还规定境内银行可开展跨境人民币贸易融资资产跨境转让业务，并简化了银行卡人民币账户跨境清算及企业进出口贸易人民币跨境结算业务的流程。

## ■ ■ 特别声明

汉坤律师事务所编写《汉坤专递》的目的仅为帮助客户及时了解中国法律及实务的最新动态和发展，上述有关信息不应被看作是特定事务的法律意见或法律依据，上述内容仅供参考。

如您对上述内容有任何问题或建议，请与汉坤律师事务所的下列人员联系：

### 联络我们

#### 北京总部

电话：+86-10-8525 5500

地址：中国北京市东长安街1号东方广场办公楼C1座906室

邮编：100738

#### 陈容 律师：

电话：+86-10-8525 5541

Email: [estella.chen@hankunlaw.com](mailto:estella.chen@hankunlaw.com)

#### 上海分所

电话：+86-21-6080 0909

地址：中国上海市静安区南京西路1266号恒隆广场5709室

邮编：200040

#### 曹银石律师：

电话：+86-21-6080 0980

Email: [yinshi.cao@hankunlaw.com](mailto:yinshi.cao@hankunlaw.com)

#### 深圳分所

电话：+86-755-3680 6500

地址：中国深圳市福田区益田路4068号卓越时代广场4709室

邮编：518048

#### 王哲 律师：

电话：+86-755-3680 6518

Email: [jason.wang@hankunlaw.com](mailto:jason.wang@hankunlaw.com)