

# 法律知识学习园地



——劳务派遣所涉法律风险分析及防范

2013年第12期

主 编： 盛惊宇

编 辑： 兰腾

局（沪）法律事务部 主办



正文

《劳动合同法》及其实施条例对于劳务派遣均进行了专章规定，确定了劳务派遣这一特殊用工的法律地位和基本规则，而 2012 年 12 月 28 日全国人大常委会通过的《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》”）对于劳务派遣进行了更详细也更严格的规定，例如新增规定经营劳务派遣业务的公司应取得行政许可，并且对注册资本的要求高于公司法规定的标准，以此来提高进入劳务派遣市场的门槛；明确规定了被派遣劳动者与用工单位劳动者应同工同酬，确定了劳务派遣用工只能适用于“三性”（临时性、辅助性、替代性）岗位。《修改决定》自 2013 年 7 月 1 日起施行。因此在接下来用工单位在进行劳务派遣用工之时需要对可能新增的法律风险进行预防及应对。以下将对劳务派遣事宜的法律风险进行分析。

## 一、 劳务派遣事宜的法律风险识别

鉴于劳务派遣用工相较于劳动合同用工来说，新增了一方主体即

劳务派遣单位，这也导致劳务派遣事宜产生风险的事件及后果更繁杂，本文仅对劳务派遣事宜可能给用工单位带来的法律风险进行识别。

从用工单位方面来看，劳务派遣事宜的风险事件及风险后果主要包括以下内容<sup>1[1]</sup>：

（1）用工单位将业务发包给承包单位，但又对承包单位劳动者的劳动过程直接管理（即假外包），此时“假外包”行为可能被认定为劳务派遣用工，而用工单位须承担劳务派遣用工关系中的相关义务。

（2）用工单位违法雇佣被派遣劳动者不悔改或者疏忽审核派遣单位与劳动者是否签订劳动合同，此种情形下可视为用工单位与被派遣劳动者直接建立劳动关系，用工单位应承担及时补签劳动合同的义务，除非前述被派遣劳动者明确拒绝与用工单位签订劳动合同；

（3）用工单位超出法律规定在不属于“三性”（临时性、辅助性、替代性）岗位招聘时进行劳务派遣用工，其后果可能面临被责令限期改正，逾期不改正的，将被处以罚款；

（4）用工单位退回被派遣劳动者（此风险事件又可细分为诸多更小的风险事件，例如经济补偿金的支付、退回员工为处于“三期”的女职工等），其后果可能是因退回违法被追究法律责任，即使不违法也可能面临承担劳动者待岗期间的成本（依用工单位与派遣单位之间的派遣协议）；

（5）用工单位未在被派遣劳动者及内部劳动者之间做到“同工同酬”（有些用人单位尽管做到“同工同工资”，但未做到“同工同福利”），可能面临人力资源社会保障行政部责令限期改正并处以罚款。

## 二、劳务派遣事宜的法律风险分析

鉴于劳务派遣用工相较于劳动合同用工来说，新增了一方主体即劳务派遣单位，这也导致劳务派遣事宜产生风险的原因及环节更繁杂，下文将着重围绕因用工单位与劳务派遣单位导致的风险展开风险成因及环节的论述。

因用工单位原因产生法律风险的情形表现为：

1、用工单位违法用工，主要包括两种行为，其一为突破“三性”岗位的限制违反进行劳务派遣用工；其二为意图通过业务外包变相进行劳务派遣用工；

2、故意或疏忽，接受了未与劳务派遣公司签订劳动合同的劳动者；

3、违法解除与老员工的劳动合同，通过安排与其建立劳务派遣用工关系（多出现在用工单位违法设立劳务派遣公司，然后以该劳务派遣公司为自己进行劳务派遣用工提供便利）；

此外，当用工单位与劳务派遣单位之间签订的劳务派遣协议约定不明或者约定的内容违反法律规定时也会产生相应的法律风险，例如在劳务派遣协议中未能明确约定被派遣劳动者退回劳务派遣单位的待岗期间的工资应由谁来承担，导致用人单位基于与劳务派遣单位长期合作的考虑，被迫承担前述成本。

## 三、劳务派遣事宜的法律风险控制

针对上述对于法律风险的识别及分析，接下来我们仍然将从用工单位及劳务派遣单位两方面着手对相关风险的控制进行探讨。

1、建议用工单位从以下几方面把握风险的控制：

1) 做好辅助性工作岗位的确定工作，充分发挥工会或职工代表大会的职能，留存关于前述岗位认定过程的书面证据。例如对于前述工会协商过程制作会议记录，请与会人员签名；

2) 重视对于劳务派遣单位是否与劳动者签订了书面劳动合同的审核，并可以在劳务派遣协议中明确约定若派遣单位派遣未签劳动合同的劳动者，须承担由此造成的所有损失；

3) 规划被派遣劳动者的具体用工方式，例如使用不定时工作制或进行非全日制用工，在合法范围内降低用工成本（例如避免加班工资或合同终止时经济补偿金的支付）。

2、劳务派遣单位及用工单位应注意保留解除劳动合同或退回用工依据的相关证明，例如劳动者严重违反用工单位规章制度的相关证据。

并且建议双方在劳务派遣协议中明确约定彼此的权利和义务，重点关注与劳动者相关的条款。

**四、关于《劳务派遣若干规定（征求意见稿）》（以下简称《征求意见稿》）几个问题的商榷**

1) 劳务派遣用工关系中，用工单位是否可以自由退工？

《征求意见稿》第 25 条规定，劳务派遣单位与被派遣劳动者协商一致，可以解除劳动合同。用工单位因《劳动合同法》第 39 条和第 40 条第一项、第二项规定的情形将被派遣劳动者退回劳务派遣单位的，劳务派遣单位可依法与被派遣劳动者解除劳动合同。该规定旨



在规范劳务派遣单位解除劳动合同的情形，与此同时，第 23 条还规定了在某些用工单位退工的情形下劳务派遣单位也不得解除劳动合同的情形。但综合这 2 条规定，均未对用人单位何种情形下可退回用工进行约束。

因此，根据目前的法律规定，用工单位与劳务派遣单位在双方签订的劳务派遣协议中可自由约定劳动者被退回的条件。

2) 禁止解除劳动合同的退回情形下，劳动者待岗期间的成本由谁负担？如果该退回员工处于女职工“三期”或是工伤停工留薪期等限制解除情形的又该如何处理？

就第一个问题而言，实践操作中，一般双方会在劳务派遣协议中约定该成本是由用工单位承担的。如按此惯例，用工单位须承担在直接劳动关系下不需承担的费用。并且若劳务派遣单位与劳动者签订的劳动合同为固定期限的话，那么“待岗”也是有期限的，但如果是无固定期限劳动合同，那么用工单位岂非“欲哭无泪”。

就第二个问题而言，鉴于目前法规并未禁止用工单位在女职工“三期”期间或是工伤期间退回用工，所以我们认为用工单位和劳务派遣单位可通过约定明确在前述情形下可以退工。但此时产生的问题是，退工期间的待遇标准是什么？举例来说，用工单位退工的对象是怀孕期间的女职工（退回前已怀孕的），根据相关法律，用人单位不得因女职工处于“三期”期间而降低其劳动报酬，也就是说退回后，女职工应获得的劳动报酬不得低于其退回前的工资待遇，那么结合上文提到实践中，员工待岗期间的待遇往往还是由用工单位来负担的，这样看

来，用工单位的“退回”之举就成了多此一举了。

综上所述，根据目前的法律规定，用工单位退回被派遣劳动者相对来说是比较自由的，但问题是，目前劳务派遣市场，关于退回劳动者再次就业前的成本却往往是由用工单位承担。因此，用人单位进行劳务派遣用工时需对期望值及成本问题进行考量