

科思论丛

劳务派遣理论与实践

LAOWU PAIQIAN LILUN YU SHIJIAN

张新民 著



中国劳动社会保障出版社



科思论丛

本书由中国劳动保障科学研究院资助出版

劳务派遣理论与实践

张新民 著

中国劳动社会保障出版社

图书在版编目(CIP)数据

劳务派遣理论与实践 / 张新民著. —北京: 中国劳动社会保障出版社, 2012
ISBN 978-7-5167-0074-7

I. ①劳… II. ①张… III. ①劳务合作-研究 IV. ①F746.18

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2012)第 245352 号

中国劳动社会保障出版社出版发行

(北京市惠新东街 1 号 邮政编码: 100029)

出版人: 张梦欣

*

北京北苑印刷有限责任公司印刷装订 新华书店经销
787 毫米×960 毫米 16 开本 13 印张 2 插页 178 千字

2012 年 11 月第 1 版 2012 年 11 月第 1 次印刷

定价: 36.00 元

读者服务部电话: 010-64929211/64921644/84643933

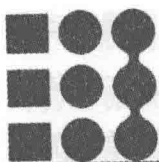
发行部电话: 010-64961894

出版社网址: <http://www.class.com.cn>

版权专有 侵权必究

举报电话: 010-64954652

如有印装差错, 请与本社联系调换: 010-80497374



序

劳务派遣是我国改革开放后引入的一种用工形式，虽然起步晚，但是发展迅速。我国的劳务派遣先后经历了萌芽、起步和无序快速发展三个阶段，目前已进入规范发展的新阶段。随着经济全球化、一体化进程的加快，以及非公经济组织和劳动用工方式日益多样化，劳务派遣用工规模不断扩大，劳务派遣机构空前发展，不仅外资企业、民营企业使用劳务派遣，国有企业、事业单位也在大量使用劳务派遣。

劳务派遣与传统的雇佣方式有着很大不同，使传统的“雇用”和“使用”一体的直接雇佣两方关系转化为劳务派遣单位、用工单位和劳动者之间的间接雇佣三方关系。其主

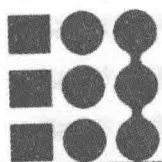
要特点有两个方面：一是劳动力雇用和劳动力使用相分离，被派遣劳动者与用工单位不建立劳动关系，而与劳务派遣单位签订劳动合同；二是传统的单一雇主职能由劳务派遣单位、用工单位共同行使，劳务派遣单位负责对劳动者的招聘、考核，为其支付工资、缴纳社会保险费等，用工单位提供具体劳动岗位，指挥监督劳动者工作。这种“雇用”与“使用”的分离带来了劳务派遣单位与用工单位的经济关系以及两者之间用人责任划分问题，增加了劳动关系的复杂性，也对和谐劳动关系协调提出了新的挑战。

劳务派遣的快速发展和劳务派遣机构的迅速扩张，是当前我国最需要研究解决的社会热点问题和劳动用工领域的敏感问题。作为一种新的用工方式，劳务派遣在满足用人单位部分灵活用工需求和解决摩擦失业、促进劳动者就业等方面具有重要作用。同时也应看到，与劳务派遣相关的一些问题日益显现，并引发了广泛的社会关注。这些问题包括：部分用工单位滥用和长期使用劳务派遣，突破“三性”规定而大量招用劳务派遣工以代替正式合同工，被派遣劳动者与用工单位职工同工不同酬，被派遣劳动者社会保险等权益未得到充分保障，以及相当多的派遣机构经营不规范。对于这些问题的解决，如果完全依靠劳务派遣初期的那种边发展边规范，甚至是先发展后规范的思路和做法显然已不合时宜。这也要求必须进一步规范劳务派遣，使其对社会经济发展做出贡献。

本书在全面系统研究我国劳务派遣理论与实践的基础上，对如何规范劳务派遣与促进就业及保持劳动力市场灵活性之间的关系等难点问题进行了深入探讨。沿着“理论—实践—对策”的研究范式来展开，基于理论与实践的结合对劳务派遣这种新兴用工形态的产生背景、发展原因、发展历

程、发展现状、现有制度安排以及未来发展趋势进行了深入分析，并通过对劳务派遣单位以及国有企业、事业单位等用工单位劳务派遣的实地调研，获得了大量翔实的一手数据及资料，针对劳务派遣存在的问题提出了一些建设性的政策建议和措施，对指导规范我国劳务派遣具有一定的学术价值和实践意义。

笔者在担任中国劳动学会劳务派遣专业委员会会长期间，一直关注劳务派遣的理论研究和实践发展，主持了人力资源和社会保障部多项与劳务派遣相关的课题，并赴全国多个省市进行实地调研。本书作为笔者从事劳务派遣多年研究的成果，具有一定的学术参考价值，也为推动劳务派遣规范发展提出了些许建议。当然，还需清醒地看到，劳务派遣研究是一项长期的、具有挑战性的工作。本书作为一项初步的、阶段性的成果，还需随着劳务派遣实践的发展而不断进行探索和创新，并在实践中接受进一步检验和认可。笔者将在本书的基础上，继续关注我国劳务派遣工作的开展，深入调查、研究和探索劳务派遣，希望能为我国劳动派遣的有序发展再尽绵薄之力。



目 录

第一章 绪论	(1)
第一节 研究背景	(1)
第二节 研究问题的提出	(3)
第三节 研究意义	(8)
第四节 基本内容	(9)
第二章 劳务派遣相关理论研究	(15)
第一节 劳务派遣的概念和内涵	(15)
第二节 国内关于劳务派遣的理论认识	(24)
第三章 国外劳务派遣发展研究	(28)
第一节 国外劳务派遣发展现状	(28)
第二节 国际劳务派遣发展历程	(33)
第三节 发达国家劳务派遣立法实践	(34)
第四节 国际劳工组织公约对劳务派遣的规定	(46)
第五节 经验借鉴与启示	(48)

第四章 我国劳务派遣发展研究	(56)
第一节 我国劳务派遣发展历程	(56)
第二节 我国劳务派遣发展动因	(59)
第三节 我国劳务派遣发展的规模与分布	(62)
第四节 我国劳务派遣发展趋势	(67)
第五章 我国劳务派遣政策法规现状	(69)
第一节 《劳动合同法》关于劳务派遣的规定	(70)
第二节 地方劳务派遣立法实践	(75)
第三节 法律政策评价	(79)
第六章 我国劳务派遣三方关系解析	(85)
第一节 劳务派遣主体之间的“三角关系”	(85)
第二节 劳务派遣三方关系分析	(87)
第三节 劳务派遣三方关系中的雇主责任	(91)
第四节 劳务派遣三方关系中劳动者的权益	(93)
第五节 劳务派遣三方关系中的争议	(97)
第七章 劳务派遣标准体系建设	(99)
第一节 国外劳务派遣规制措施概述	(99)
第二节 国内劳务派遣标准研究与实践现状	(102)
第三节 劳务派遣标准体系构建的目的和原则	(103)
第四节 劳务派遣标准体系结构框架	(105)
第五节 劳务派遣标准体系运行机制	(110)
第八章 事业单位劳务派遣情况	(113)

第一节 事业单位劳务派遣用工背景·····	(113)
第二节 事业单位采用劳务派遣用工的原因·····	(115)
第三节 事业单位劳务派遣用工现状·····	(118)
第四节 事业单位劳务派遣现存问题和建议·····	(121)
第九章 国有企业劳务派遣情况·····	(125)
第一节 国有企业劳务派遣总体形势·····	(125)
第二节 国有企业劳务派遣用工特点·····	(129)
第三节 国有企业劳务派遣中存在的问题·····	(131)
第十章 政策建议·····	(140)
第一节 规范企业劳务派遣用工·····	(140)
第二节 构建政府规制制度·····	(142)
附录一 上海市劳务派遣用工调研·····	(150)
附录二 中央企业劳务派遣用工调研·····	(167)
附录三 中国石油化工集团公司劳务派遣用工调研·····	(183)
参考文献·····	(198)

第一章 绪 论

随着经济全球化和我国市场经济体制转型的迅速发展,我国正经历着劳动关系多样化与非正规化的深刻转型。作为我国经济体制改革的一项重要内容,劳务派遣开始逐渐被引入国内,并得到社会各界越来越多的关注。作为一种新兴的劳动关系,劳务派遣以一种非标准化的用工形态在缓解就业难、用工难等社会性难题方面发挥着积极重要的作用,弥补了标准用工方式的不足,具有相当的社会价值。虽然劳务派遣具有一定的优势和存在的合理性,但是需要认识到在对传统劳动关系和用工方式创新的同时,依然还是存在一些问题,特别是当雇佣关系从双方向三方转化时所带来的劳动关系复杂化等。这也使得这种非传统的雇佣关系自产生以来就备受争议,褒贬不一。在本书的研究中,不仅从理论上认识劳务派遣发展的历程、阶段和问题,同时也对国家层面的政策法规体系、标准体系建设等方面进行分析,而且还通过实践调研来进一步分析各地劳务派遣的发展情况,以及劳务派遣单位(机构)、用工单位的相关活动,从而基于理论和实践的结合来进一步认识我国的劳务派遣。

第一节 研究背景

一、理论背景

劳动派遣最显著的特征就是劳动力的雇用和使用相分离。和传统的雇佣关系相比,劳务派遣是一种新型的劳务经济模式,是由劳务派遣单位与被派遣劳动者订立劳动合同,由被派遣劳动者向用工单位给付劳务,其报酬由用工单位以劳

务费的方式向劳务派遣单位支付并代发。由于劳务派遣的劳动关系中存在第三方,从而对传统的雇佣二元主体劳动关系进行了解构,这使得国内外学术界对劳务派遣的适用性、社会价值产生了较大争议,并形成两种对立的观点。一种观点是基本否认这种用工方式对促进就业所起的作用,认为劳务派遣为用工单位或企业逃避法律责任提供了便利,侵犯了被派遣劳动者的相关权益,并且为劳务派遣单位在市场交易过程中的不当得利提供了条件与潜在机会,应该严格限制;另一种观点则认为,劳务派遣尽管存在对劳动者相关利益保护不够的缺陷,但就我国的现实情况来看,仍然存在大量低端劳动者,且劳动力市场的供给依然比较丰富。如果采用劳务派遣则可以一定程度解决下岗失业群体以及需要向非农产业转移的农民工群体再就业,以使其避免陷入绝对贫困等问题。因此,对于劳务派遣应该从多重劳动关系和共同雇主的角度来认识。例如,在原有劳动法难以调整新出现的非标准劳动关系的情况下,可以考虑借鉴其他多数国家采用的“企业社会责任”和“共同雇主”相结合的手段来对其加以调整。

虽然在理论研究中存在不同的认识,但是从劳务派遣的未来发展看,主要核心思想还是在目前的基础上如何更好地培育和完善这种用工关系,而不是完全否定。准确地说,劳务派遣是作为一种经济手段存在于市场经济中,其本身并不存在正确和错误,而是需要考虑如何通过建立合理、有效的机制来正确运用以实现其社会价值。作为一种新型的人力资源配置方式,劳务派遣也是市场经济发展到一定阶段的产物,同任何新生事物一样,在实践中不可避免地会遇到一些问题。从现在的发展来看,依然处于其运用周期的起端,还存在法律不规范、行业发展不成熟等情况。因此,也必须从理论上进一步认识劳务派遣,并通过改革机制、完善措施、改进做法等来推动劳务派遣的进一步优化。只有这样,才能充分发挥劳务派遣的优势,并在特定的劳动力市场范围条件下利用这种新型用工形式,增加用工的灵活性,提高就业市场信息的准确度,减少失业等。

二、实践背景

劳务派遣作为一种非传统、非典型、非正规的就业形式（又称灵活就业或弹性就业），是对传统的、典型的劳动关系的创新，最早在国外出现。传统的或典型的劳动关系往往表现为劳动者和用人单位通过直接签订劳动合同确定相互之间的劳动权利和劳动义务，而劳务派遣则是由专门从事劳务派遣的派遣机构与劳动者签订劳动合同，再由派遣机构根据与用人单位订立的派遣协议将劳动者派遣到用人单位工作。在传统的、典型的劳动关系中，劳动关系的主体只有两方，一方是劳动者，另一方是用人单位，用人单位既是劳动力的招用方，也是劳动力的使用方。然而在劳务派遣模式中，劳动者并不是与实际用人单位直接签订劳动合同，而是通过与劳务派遣机构签订合同，再派至用人单位工作。在这一过程中产生了“三方两地”的三元主体结构，并且实现了“招工”和“用工”的分离，形成“有关系没劳动”和“有劳动没关系”的复杂格局。

随着经济全球化和资本在全球范围内的快速流通，这种弹性就业方式也被引进我国。近几年，劳务派遣用工方式开始在全国范围内得到认可和采用，并迅速扩张，呈现出近似井喷式的发展，与之相关的一系列问题也逐渐开始成为社会的热点。例如，行业标准欠缺、行业内部企业良莠不齐、企业制度体系不完善、从业人员素质差距较大等问题。之所以在实践中出现这些问题，其根本还是在于劳务派遣发展初期的粗放式发展。为此，为了保障劳务派遣在未来的可持续性，就必须针对此前出现的问题加以改正，进一步完善并使其转向精细化发展。这些工作的顺利开展也要求在结合实践的基础上，通过不同层面工作的协调来进行，例如在国家层面通过完善法律规范制度，在地方层面需要采取一定的配套措施来加以保障，才能促进劳务派遣的可持续发展。

第二节 研究问题的提出

对于这样一种颠覆传统劳动关系的新型的就业、用工形式，在实际运用中

不可避免地会出现问题。对于这些问题,应该如何认识和评价?劳务派遣究竟是解决社会就业的良好途径,还是各种企业和单位规避劳动合同法的“醒世良药”?劳动者能否全然接受这种用工形式,其权益能否得到合理维护,以及政府对于企业用派遣方式规避新法的态度,对此政府可能采取哪些相应的措施?诸如此类,都是我国劳务派遣目前面临和亟待解决的问题。本书将在基于以往研究的基础上,通过对理论的回顾和实地调研工作来加以认识和分析。其中主要研究的问题有以下四个:

一、市场规制和政府引导相结合

鉴于目前我国一些用工企业滥用劳务派遣的现象,劳动法学界要求限制劳务派遣的范围和期限的呼声迭出。学者们提出的问题主要涉及什么行业、企业和岗位需要实行劳务派遣以及需要多长时间的劳务派遣;应该由市场主体根据需要进行一种市场选择,还是该由法律或政府直接规定。然而我们要认识到,即使法律或者政府能够设定劳务派遣的期限和范围,也难以阻挡市场经济行为主体根据市场需要来自选择确定劳务派遣的期限和范围。作为一种市场经济手段,劳务派遣的范围问题更多的是需要通过市场机制来进行调节。需要决定市场。任何一个行业或者领域如果采用了劳务派遣这种用工形式,就说明该行业或者领域需要利用这种用工形式来满足其灵活、合理的劳动方式安排。世界上许多国家在劳务派遣出现的初期,基于对“劳动力不是商品”价值的认可,在立法上采用了严格规制甚至是禁止的价值取向,具体表现为对劳务派遣的行业和岗位作出限制性规定,但在随后的实践中这些国家都遭遇到劳务派遣“禁而不绝”的尴尬。

市场并不是万能的,在一定程度上还需要通过多种机制的作用来推动其在不断完善的前提下实现适用性调整。例如,日本的劳务派遣立法前后经过四次修改。在派遣行业范围问题上经过了从最初的一般禁止特殊允许到后来的特殊禁止一般允许的改变。这充分说明了日本劳务派遣立法的失败。目前,在《中华人民共和国劳动合同法》(以下简称《劳动合同法》)中对劳务派遣机构与派遣员工

的劳动合同期限作了规定，但是社会上依然存在要求政府针对劳务派遣的具体工作岗位作出明确规定的呼声。对于这些问题的认识，将必然存在一些矛盾和冲突。例如，如果将这种市场可以解决的问题以国家行政干预的方式解决，必然违背了政府功能的基本原则，也不利于劳务派遣市场的健康发展，同时导致“政府失灵”。然而现实社会中又需要政府部门在一定程度上发挥其引导作用，制定相应的配套政策，并确保政策能够得以落实，如此才能推动公共服务平台建设，从而加快推动劳务派遣企业建设和发展。因而，对于劳务派遣发展研究的一个核心问题，就是从实践中认识如何做到市场规制和政府引导相结合，使其符合市场经济发展的客观需要。

二、设定行业市场准入门槛

劳务派遣作为一种用工形式，既有明显的优势，也有自身的弱点，有关部门必须主动介入，加强引导，才能保证劳务派遣向健康的方向发展。劳务派遣单位（包括企业、机构等）经营的是劳动力，而劳动力作为一种特殊的商品很容易受到精神损害，一旦遭到损害则难以复原，这关系到人身的安全健康和社会发展的和谐稳定，因此，劳务派遣单位必须比其他性质的组织有更为严格的许可制度。

《劳动合同法》第五十七条和第七十三条明确规定了劳动行政部门和工商行政管理部门对劳务派遣单位在劳动合同制度和登记注册方面的管理职责，但并未规定劳务派遣单位的登记许可制度，即劳动行政部门在劳务派遣单位登记设立时必须具有一定资质的认证制度。《劳动合同法》的一个重大进步是明确赋予了劳务派遣单位以法人资格，这在劳务派遣单位进入诉讼、承担责任乃至其破产时有利于法律关系的清晰。然而《劳动合同法》对于劳务派遣的准入门槛设置过低，例如现实中的一些小公司只要注册资本达到要求，只要在其经营范围内填上一项“劳务派遣”，即可获得从事劳动力经营的资格。这就导致劳务派遣企业之间在规模大小、资质等级、业务范围、管理水平、抗风险能力等方面参差不齐，

运营效率和质量也有差异。例如,一些打着劳务派遣公司旗号的职业介绍所和黑中介从事劳务派遣,造成城市务工人员 and 城镇下岗、失业人员受骗上当,不能获得相应的报酬甚至遭受其他损失,还引发了一些群体事件,造成了社会的不稳定。

为了更好地适应不断成熟的市场经济环境和劳务派遣行业发展不同阶段的要求,很多地方政府根据各自区域的实际情况制定了相关的规范制度条例。例如,1999年北京市制定了《北京市劳务派遣组织管理暂行办法》,2000年上海市出台了《关于进一步规范劳务用工和劳务型公司的意见》,2012年吉林省出台了《吉林省劳务派遣管理办法》等。这些规定都是通过制定一系列的市场准入规范来对劳务派遣单位发展进行合理的调节。实践调研情况也表明,仅仅靠最低注册资本制和设立登记制等方式来控制派遣机构准入,效果并不理想;而连带赔偿责任固然有倒逼控制劳务派遣单位的作用,但基本属于事后控制,其效果不及加强事前控制(即资格规制)。仅有50万元的注册成本对劳务派遣员工构成民事侵权的保障程度也值得进一步的商榷,因为准入门槛低不利于连带赔偿责任的落实。综合来看,从现实中存在的问题是如何对劳务派遣单位进行正确规制来设定劳务派遣行业市场准入门槛,从而引导和规范劳务派遣市场的良性发展。

三、保护劳动者的合法权益

目前,关于被派遣员工权益保护一直是劳务派遣制度中的核心关键之一。其中主要存在两个问题:一是用工单位的派遣员工与正式员工之间存在同工不同酬的现象,二是派遣员工无工作期间的劳动报酬。

对于前一个问题,体制内用工与体制外用工并存一直是国有企业、事业单位的顽症。利用派遣员工来实现对以往“临时工”的替代,除了降低用工成本的因素外,对于国有企业来讲,还有规避工资总额控制等原因。同样,对于有些国家机关和事业单位,还存在编制不足、编制内工资计划管理等原因。在这种用工思路的支配下,国有用人单位对派遣员工和正式员工实行“二元”薪酬分配制度,派遣员工的工资收入按照市场价格标准确定,正式员工的工资收入由体制确

定,两者相差较大。如何解决国有用人单位滥用派遣员工的问题,除了完善劳务派遣规制外,还需要从哪些方面来着手改革,从而实现从根本上消除体制内用工与体制外用工并存的深层次问题则是需要在研究中考虑的。

同样,对于后一个问题,根据我国劳动法律法规的相关规定,非因劳动者本人的原因不能向用人单位提供劳动的,用人单位只向劳动者提供生活费而非劳动报酬,且允许该生活费按低于当地最低工资标准一定比例支付。可以预料的是,在法律对劳务派遣作出了削弱其“弹性”发挥和大幅增加其经营成本的情况下,也可能导致两种结果:一是劳务派遣单位因为不堪重负而退出劳动力市场,从而导致劳务派遣这种弹性就业方式的消失;二是法律的贯彻执行遭到市场主体的普遍抵抗,“违法”成为一种普遍现象,在“法不罚众”的效应下,政府的劳动监察会处于非常艰难和尴尬的境地。无论是何种结果,都与法律对劳务派遣规范的初衷相背离。在这种情况下,如何正确认识市场行为和制度监管者之间的差异也是劳务派遣制度的一个难题。

四、派遣单位和用工单位的连带责任

用工单位选择劳务派遣的主要动机是通过劳务派遣来减轻雇主责任。对于派遣单位而言,法律虽然确定其具有“用人单位”的身份和义务,但是与其雇主身份不一致的是,法律没有赋予派遣单位相应的劳动控制权。作为雇主,其基本权能是与劳动者协商确定劳动报酬及其他劳动条件。但其“雇员”(被派遣劳动者)的劳动报酬不是由其与劳动者协商确定,而是由用工单位确定。关于其他劳动条件,如工作时间、休息休假以及劳动者的招聘、考核、解聘等,《劳动合同法》也未规定派遣单位享有决定权。派遣单位、用工单位自由协商的结果,可能是派遣单位因为其市场能力有限而丧失本身应当具有的雇主权能。其中,对用工单位而言,被派遣劳动者与本企业的正规雇员的唯一区别可能仅仅是名称不同,工资、社会保险的支付主体相同,即媒体经常报道的企业“逆向派遣”行为,其法律渊源就在这里。

作为独立市场主体的派遣单位，其义务和责任能力来源于其市场决定权。然而《劳动合同法》在确定派遣单位作为劳动风险承担主体时，却剥夺了其分散劳动风险的途径。派遣单位依法不能确定被派遣劳动者的劳动报酬、工作时间和其他劳动条件，也无能力控制劳务派遣费。这从根本上动摇了派遣单位承担雇主责任的实质基础，影响了派遣单位的正常运行，为派遣单位的不良行为埋下了种子。由于派遣单位不是实际雇主，因此无法承担劳动过程中的雇主责任。在派遣服务合同和劳动合同对雇主责任没有明确划分而国家又没有相应规定的情况下，雇主责任就会由于派遣单位和用工单位之间的相互推诿而难以落实。因此，在劳务派遣“雇用”和“使用”分离的情境下，如何划分劳动连带责任也是需要重点关注和认识的问题之一。

第三节 研究意义

劳务派遣是派遣单位依法与劳动者签订劳动合同，按照协议将劳动者委派到用工单位（包括事业单位、企业等组织）服务，并由用工单位对劳动者的劳动过程进行管理的用工形式。作为一种新型的劳动形式，劳务派遣与传统直接用工方式最大的区别在于派遣单位嵌入到原有的劳动者和用工单位双边关系中，转化为派遣单位、用工单位和劳动者之间的间接雇佣三方关系，从而实现了“雇用”和“使用”的分离。

在这种三边关系中，派遣单位在劳动者和用工单位之间充当着结构洞的作用，建立起其他两个主体间的关联。在具体形式上表现为，派遣单位与劳动者之间通过签订劳动合同来形成契约关系，而与用工单位之间是通过签订劳动协议来形成契约关系。因此，派遣单位与其他两方均存在独立的权利和义务，也就增加了比传统劳动关系更加复杂的权利义务关系，进而提出了新的挑战。通过从国家法律制度层面、各地政府的配套措施、派遣单位具体做法和操作，再到以国有企业、事业单位为代表的用工单位的多维度分析，可以帮助我们正确认识劳动派遣