

企业人力资源高级法律顾问丛书

LABOR DISPATCH

劳务派遣法律实务 操作指引

王桦宇 万江 著

全面梳理劳务派遣发展脉络 细致解读劳务派遣立法规定
深刻洞察劳务派遣规制趋势 务实分析劳务派遣应对策略

解读最新立法条文 点评常见典型案例
探讨企业应对策略 指引日常实务操作

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

LABOR DISPATCH

劳务派遣法律实务 操作指引

王桦宇 万江 著



中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

图书在版编目 (CIP) 数据

劳务派遣法律实务操作指引/王桦宇, 万江著. —北京:
中国法制出版社, 2008. 10

(企业人力资源高级法律顾问丛书)

ISBN 978 - 7 - 5093 - 0791 - 5

I. 劳… II. ①王…②万… III. 劳动合同法 - 基本知识 -
中国 IV. D922. 52

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2008) 第 149026 号

劳务派遣法律实务操作指引

LAOWUPAIQIANFALU SHIWU CAOZUO ZHIYIN

著者/王桦宇 万 江

经销/新华书店

印刷/三河市紫恒印装有限公司

开本/787×960 毫米 16

版次/2008 年 11 月第 1 版

印张/19.25 字数/300 千

2008 年 11 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978 - 7 - 5093 - 0791 - 5

定价: 48.00 元

北京西单横二条 2 号 邮政编码 100031

网址: <http://www.zgfs.com>

市场营销部电话: 66033393

传真: 66031119

编辑部电话: 66034985

邮购部电话: 66033288

新劳动法律框架下的劳务派遣

——在契约自由与法律强制之间 (代自序)

通常认为,劳务派遣起源于20世纪上中叶的美国。^①20世纪20年代,美国人萨缪尔·沃克曼雇佣了一批已婚妇女,在夜间处理盘点的工作,尔后又训练她们操作计算器,满足当时企业对工人短期需求,从而创立了劳务派遣这一用工模式。20世纪40到60年代,劳务派遣在欧美企业中逐渐普及起来。目前美国一些上规模的劳务派遣企业大多成立于这个时期,如凯里服务公司成立于1946年,美波尔公司成立于1948年。1940年前后,欧洲的比利时、法国、英国、荷兰、挪威等国家,也先后引入了劳务派遣这种用工方式。从1990年开始,欧美的劳务派遣迅猛发展。根据美国劳动统计局的统计,1992年劳务派遣为整个劳动力市场增加了140个就业机会。1998年,美国有2400家派遣企业,每周被派遣劳动者约77万人。如今在欧美,劳务派遣不仅发展迅猛,而且业已成为劳动力市场不可或缺的部分。以从事劳务派遣业务的美国万宝盛华公司(Manpower)来说,截止到2004年底,在全球61个国家中,共雇佣派遣270万名员工,超过IBM、微软,成为全球最大的雇主。

从20世纪90年代早期起,中国内地许多外资企业就开始使用派遣劳动者,当时劳动派遣被视为帮助从农村出来的劳动者在大城市就业的一种有效手段。2004年以前,农民工在城市就业受到许多限制,比如在劳动力市场中,城市居民享有政策上的优先权,单个的农民工在城市就业相当困难。但与此同时,许多外商投资的企业需要越来越多的廉价劳动力。因此,像深圳、上海等大城市的劳动行政部门就建立起了专门的劳动派遣单位以满足市场的需要。新兴的劳动派遣公司在短时间内赚取了巨大利润,这刺激了更多的劳动派遣公司在随后几年内大量涌现。目前,中

^① 关于劳务派遣的起源,也有最早产生于欧洲的说法,而具体查证又各有不同。有人认为劳务派遣最早出现于第二次世界大战时期的荷兰,有人则认为劳务派遣发源于两次世界大战之间的英国,还有人认为劳务派遣肇始于1926年的法国。参见杨通轩:《欧洲联盟劳动派遣法制之研究——兼论德国之劳动派遣法制》,载《中原财经法学》2003年第6期。

国内地已建立了数以万计的劳动派遣公司，劳动派遣在中国内地已经发展成为一个新兴产业，其业务范围不断扩大，派遣劳动者的人数也急剧增长。^① 据《人民日报》2006年年初的报道，仅建筑行业使用的各种形式的派遣工就已超过1000万人。而且劳动派遣的使用范围已经从私营部门进入到了公共部门。据报道，厦门市在2005年招聘了60名消防员，全部都采用了劳动派遣的形式。可以预计，如果法律不对这种新型的用工形式进行必要的规制，在不久的将来，劳动派遣将会渗透到中国内地的各个行业。

然而，此种情形下的劳务派遣却也同时面临诸多问题和困惑，特别是相对弱势的劳动者开始成为这一新型用工形式的受害者。依据此前劳动法律体系，派遣劳动者的用人单位是劳务派遣单位而非用工单位，而如果劳动者在工作场所受伤，应当承担赔偿责任的也是劳务派遣单位而非用工单位。然而，由于经济迅速发展和制度相对滞后，许多劳务派遣单位仓促上阵导致其支付能力明显不够的情形经常发生，很多中小劳务派遣单位根本就没有足够的资金赔偿劳动者及其家属。另外，即使实际用工企业非法解雇了一个派遣劳动者，劳动者也无法直接起诉实际用工单位，因为实际用工单位并非其劳动法意义上的“用人单位”。很多企业发现劳务派遣是规避劳动法管制的一条捷径，可以将其与劳动者之间的劳动关系转化为劳务关系，从而可以从派遣劳动者身上尽享收益，而无需担忧卷入劳动争议。劳动者将不得不开始一场旷日持久的诉讼战，即使这样也无法保证其最后能获得赔偿。^②

也正是在这种情况下，如果国家不能在立法上对劳务派遣的适用范围以及派遣单位和实际用工单位的权利进行适当的限制，广大派遣劳动者的合法权益将会面临

① 笔者在浙江杭州的一家客户是浙江电力系统的某直属企业，这家企业除极少数高管人员为事业单位编制外，其余数百名员工90%以上与浙江外服和浙江雷博两家当地的劳务派遣公司签订劳动合同，而经由劳务派遣的方式派遣至该企业工作。笔者主导的项目小组曾对这种用工方式的风险表达过强烈意见，但由于特定体制、机制及一些历史原因，在用工方式在短期无法转变的情形下，项目小组最终为其设计了基于这种特定用工模式的用工关系管理流程方案。从此特例可以看出，劳务派遣不仅仅是一个法律问题，而且在当下很多程度上还存在着相关体制改革的问题。

② 上海市总工会于2003年做的一项调查表明：上海有近1/3的劳动者属于劳务工，他们的工资与直接签订劳动合同的劳动者相比明显偏低。其中，有近2/3的人没有社会保险。显然，法定的劳动标准在劳务派遣中已被实质性地降低了，根据《劳动法》来维护派遣劳动者的权益变得十分困难。2008年5月1日《劳动争议调解仲裁法》正式实施后，上述情况才稍有好转。《劳动争议调解仲裁法》第22条第2款明确规定：“劳务派遣单位或者用工单位与劳动者发生劳动争议的，劳务派遣单位和用工单位为共同当事人。”

着严重的威胁。有鉴于此,2007年6月29日经由四次审议通过并于2008年1月1日起正式实施的《劳动合同法》中对劳动派遣问题作了专门的规定。《劳动合同法》在第五章“特别规定”之第二节“劳务派遣”中安排了11个法条来对劳务派遣作新的规制,并明确了两大新原则:一是“同工同酬”原则,即用工单位使用的被派遣劳动者应与其直接招用的员工实行同工同酬原则,以此来维护派遣劳动者的劳动报酬权。二是“连带责任”原则,即劳务派遣单位和用工单位就任何一方违法行为对派遣劳动者承担“连带责任”,从而拓展了派遣劳动者的求偿救济权。十届全国人大常委会因应经济社会发展的变化,认识到劳动派遣可能对中国内地劳动法体制造成的冲击,从而在最后采纳了比较稳妥的规制方案。2008年9月18日公布并实施的《劳动合同法实施条例》则在“劳务派遣特别规定”专章中,通过5个法条对《劳动合同法》关于劳务派遣的规定作了进一步的细化,特别明确了劳务派遣单位禁止使用非全日制用工形式招用被派遣劳动者。法律、行政法规的这种新变化,对劳务派遣单位、用工单位、派遣劳动者以及整个劳务派遣权利义务关系造成了新一轮的调整和规范。

站在全球的视角来看,劳动派遣在各主要发达国家中的发展经历了一个从非法到合法的转变过程。在20世纪70年代之前,大多数西方国家都将劳动派遣单位作为营利性职业介绍机构而予以禁止。第17届国际劳工大会通过的《1933年收费职业介绍机构公约》(第34号公约)第2条进一步规定:“凡批准了该公约的成员国,应当在三年内取缔以营利为目的的收费职业介绍机构。”第34号公约对私营就业机构一律予以“取缔”的做法,实际上是当时各成员国反对私营就业机构立场的生动写照。直到1949年,国际劳工组织对收费职业介绍机构的态度才有所缓和,当年第32届国际劳工大会通过的《1949年收费职业介绍机构公约(修订)》(第96号公约)规定,成员国要么逐步取消营利性收费职业介绍机构,要么应对所有的收费性职业介绍机构进行规制,成员国可以在两个方案之间做出选择。实践中大多数国家选择了取消营利性收费职业介绍机构的方案。

在20世纪60年代之后,私营就业机构的作用越来越重要,而公共就业服务体系也在发展过程中暴露出一些不能完全满足劳动市场需要的弊病。在各国纷纷要求提高劳动市场弹性的要求下,国际劳工组织于1997年第85届国际劳工大会上通过的《1997年私营就业机构公约》(第181号公约),首次承认了劳动派遣单位的合法地位,同时也为各成员国对劳动派遣关系的法律规制提供了一个基本框架,这是目前唯一的对劳动派遣关系作出全面规定的国际劳工公约。1985年,日本修订了《职业安定法》,并且同时通过了《劳动派遣法》,允许设立劳动派遣单位,并通过派遣劳动者到实际用人单位工作而营利。此后该法先后在1990年、1996年、1999

年、2003年进行了四次修订。^①在德国,劳动派遣被称为“雇员转让”,并且于1972年8月颁布了《规范经营性雇员转让法》。在美国,目前并没有专门针对不确定劳工(Contingent Worker)的联邦立法,但是个别州议会制定了专门立法,如得克萨斯州2003年9月1日开始生效的《职员租赁服务法》。

劳动派遣的背后,其实隐藏着一个劳动关系非典型化和非标准化的发展趋势。自20世纪80年代以来,随着经济全球化的发展,西方发达国家正在经历着一个劳动关系多样化与非正规化的转型过程,劳动派遣、临时工作、非全日制工作等新兴的工作形态越来越多地引起了社会各界的关注。日本学者马渡淳一郎指出:“雇佣的软化化,非典型雇佣的扩大,劳动力供需体制的多样化是世界各国雇佣体系变化的共同现象。”^②在这些非典型工作形态下,劳动者与雇主的法律关系变得越来越复杂,劳动关系与民事关系的界限似乎变得越来越模糊。以劳动派遣为例,派遣劳动者的劳动关系已经从传统的劳动者与用人单位之间的两方关系,演变成为劳动者、劳动派遣单位以及用工单位之间的三方关系。用工单位是否应当对劳动者承担劳动法上的义务?派遣劳动者与派遣单位和实际用人单位之间是否存在着双重劳动关系?劳动派遣关系究竟是应当适用劳动法还是民法?诸如此类的问题在各国都是劳动法中的热门话题,引起了长期而激烈的讨论,并给劳动争议审判带来相当的影响。

经过将近30年的改革开放,中国的经济发展已经进入到一个重大的转型期,许多劳动与社会问题也日益浮出水面。劳动派遣虽然将是一个长期存在的问题,但是转型时期的经济社会发展状况和复杂的劳动力市场背景给其增添了很多特殊性。在当前的社会发展阶段和法制建设背景下,如何适当地规制劳动派遣关系其实更多地取决于立法者和执法者如何正确判断市场经济与社会正义的关系。无论是对于劳务派遣单位、用工单位和派遣劳动者等劳务派遣法律关系的主体,还是对于劳动法理论和实务研究的专家和学者,可能都需要关注如下两个层面的问题:一是劳务派遣不能也不可以离开劳动关系非典型化这一经济社会发展的全球大趋势,那种认为劳务派遣是低质量用工模式的说法值得存疑;二是劳务派遣的良性发展和立法实践将是一个长期的过程,脱离了中国经济社会发展而空谈迅速变革劳动法制也是一种海市蜃楼般的奢想和意念。

本书的目的是站在法律实务的角度,在了解和掌握现有劳动法律法规体系的基

① 参见[日]香川孝三:《劳动派遣在日本的发展现状与问题》,载周长征主编:《劳动派遣的发展与法律规制》,中国社会保障出版社2007年版,第75-88页。

② [日]马渡淳一郎:《劳动市场法的改革》,田思路译,清华大学出版社2006年版。

础上,比较和参考各国家、地区和中国内地各地方劳务派遣的法律操作模式,结合企业劳动用工需求和管理实际,通过法律概念识别、立法理论前瞻、疑难问题探讨、热点案例精析、法律规范比对等有效的理论与实证相结合的方式手法,透过具体的法理分析和干练的实务探讨,以期对企业用工模式选择、人力资源管理和劳动人事操作做出在新法律背景下合法的、合理的并具有相对可操作性的具体的指导策略、实务意见和操作建议。全书分为六个章节,分别为劳务派遣的发展背景与现状(第一章)、劳务派遣与相关用工方式(第二章)、劳务派遣法律关系(第三章)、劳务派遣的运行规则(第四章)、劳务派遣与劳动者保护(第五章)、劳务派遣的法律对策(第六章)、劳务派遣操作文本(第七章),分别从不同的角度对劳务派遣法律实务进行了操作上的讲解和述明。

最后,希望本书的出版能给企业界、劳务派遣实务界和法律实务界的广大读者有所裨益。

王桦宇、万江
2008年10月25日识于
中国北京

目 录

第一章 劳务派遣的发展背景与现状

第一节 非正规就业、劳务派遣与劳资关系 2

一、当代新的工作形态的变革 2

案例 1: 以中国上海为代表非标准劳动关系的飞速发展 4

二、非正规就业与劳务派遣 7

三、非正规就业、劳务派遣与劳资关系的新发展 11

第二节 中国内地企业劳务派遣的现状、问题与对策 14

一、中国内地劳务派遣的发展现状 14

案例 2: 江苏苏州新加坡工业园区劳务派遣相关调研数据 15

二、中国内地劳务派遣存在的问题 19

三、中国内地劳务派遣发展的对策 21

第三节 《劳动合同法》与劳务派遣 24

一、《劳动合同法》劳务派遣专章的规制思路 24

二、《劳动合同法》劳务派遣专节的具体规定 25

三、《劳动合同法实施条例》对劳务派遣的特别规定 28

第二章 劳务派遣与相关用工方式

第一节 劳务派遣与职业介绍 32

一、职业介绍的概念及特点 32

二、中国内地职业介绍机构的发展 34

三、劳务派遣与职业介绍的区别 37

案例 3: 职业介绍与劳务派遣的差异及其法律责任 39

第二节 劳务派遣与企业借调	41
一、企业借调的涵义分析	42
二、劳务派遣与企业借调的区别	43
第三节 劳务派遣与人事代理	44
一、人事代理的概念和内容	44
二、人事代理的意义	46
三、人事代理与劳务派遣的区别	47
案例4: 人事代理与劳务派遣的区别	49
第四节 劳务派遣与承揽	52
一、承揽的涵义分析	52
二、承揽与劳务派遣的关联	53
三、承揽与劳务派遣之间的区别	54
案例5: 承揽施工与劳务派遣的区别	56
第五节 劳务派遣与人力资源外包	58
一、服务外包的涵义、发展与特征	58
二、人力资源服务外包	61
三、人力资源外包与人事代理、劳务派遣的区别和联系	63

第三章 劳务派遣法律关系

第一节 劳务派遣三方关系	67
一、劳务派遣单位与被派遣劳动者之间的法律关系	67
二、劳务派遣单位与用工单位之间的关系	70
案例6: 是否存在事实劳务派遣关系?	71
三、用工单位与被派遣劳动者之间的关系	75
案例7: 被派遣劳动者劳动关系的研判	77
第二节 劳务派遣雇主责任	79
一、劳务派遣的雇主责任	79
二、劳动派遣的雇主责任的理论争鸣	82
三、《劳动合同法》确立的雇主责任分配	84
案例8: 劳务派遣中工伤赔偿责任的承担	86
第三节 劳务派遣中的合同	89
一、劳务派遣中的劳动合同	89
二、劳务用工合同	91

三、劳务派遣协议 94

案例 9: 劳务派遣中的劳动合同与劳务派遣协议的关系 96

第四节 劳务派遣法律责任 101

一、劳务派遣法律责任概述 101

二、劳务派遣中的派遣单位责任 103

三、劳务派遣中的用工单位责任 107

四、劳务派遣中的被派遣劳动者责任 108

第四章 劳务派遣的运行规则

第一节 劳务派遣单位的设立 112

一、世界各国的相关规定 112

二、《劳动合同法》的相关规定 113

案例 10: 劳务派遣公司的法定经营资格 117

第二节 劳务派遣的范围与期限 119

一、劳务派遣的范围 119

二、劳务派遣的期限 122

案例 11: 信用卡促销员与派遣公司的劳动合同期限 124

第三节 被派遣劳动者的管理与使用 127

一、劳动合同的订立 127

二、被派遣劳动者的管理 129

案例 12: 劳务派遣中的三方关系与责任承担 132

案例 13: 酒店管理公司如何管理所属被派遣劳动者? 138

第四节 劳务派遣中的解除规则与退回机制 140

一、被派遣劳动者的解除规则 140

二、劳务派遣单位的解除规则 142

三、用工单位的退回机制与解除规则 144

案例 14: 劳务派遣中的雇主责任问题 147

第五节 跨地区劳务派遣、自派遣与再派遣 152

一、跨地区劳务派遣 152

案例 15: 跨地区劳务派遣中主体确定、仲裁管辖及法律适用的问题 153

二、自派遣与再派遣 158

案例 16: 宁波师傅猝死家属索赔无着 160

——转派遣中各方主体的法律责任承担

第五章 劳务派遣与劳动者保护

第一节 劳务派遣与公平就业 165

一、劳务派遣与公平就业 165

案例 17: 史蒂文诉运输公司和麦克凯案解析 166

二、劳务派遣的营利性约束 170

三、劳务派遣与同工同酬 172

案例 18: 微软公司与 Vizcaino 雇员股票购买权诉讼案 174

案例 19: 某在华跨国公司区分员工性质实行差异化福利是否违法? 175

第二节 劳务派遣与劳动基准保护 177

一、劳务派遣与劳动基准保护 178

二、劳务派遣协议与劳动基准法 180

案例 20: 被派遣劳动者合同期满但医疗期未满足应如何处理? 181

三、用工管理中的劳动基准保护 185

案例 21: “三期”女职工以不胜任工作为由被解除劳动合同案 185

第三节 劳务派遣与劳动安全保护 188

一、劳务派遣与劳动安全保护 189

二、劳务派遣协议与劳动安全法 191

三、用工管理中的劳动安全保护 193

案例 22: 被派遣劳动者在用工过程中发生工伤案 193

第四节 劳务派遣与集体劳动权 195

一、劳务派遣与集体谈判权 195

案例 23: 被派遣劳动者要求成立工会 197

二、劳动者集体谈判权的行使障碍 199

三、《劳动合同法》与劳务派遣集体谈判权 201

案例 24: 员工不满派遣单位薪资待遇要求与用工单位另签劳动合同案 202

案例 25: 朝日广播电视公司派遣员工工会集体谈判案 204

第六章 劳务派遣的法律对策

第一节 劳务派遣单位的策略转换 209

一、成本战略转为专业战略 209

案例 26: 新法实施后劳务派遣业务还有没有必要开展? 212

二、主导三方关系依法运行	214
三、建立风险评估处理机制	221
案例 27: 劳务派遣公司如何通过创新服务于客户企业?	223
第二节 用工企业的应对之道	226
一、派遣员工的合理使用	226
案例 28: 新法背景下企业还有必要使用派遣员工吗?	228
案例 29: 通用电气公司对非正式用工的使用情况	228
二、派遣员工的用工管理	231
三、法律风险的特别预防	235
案例 30: 选择不同用工模式的法律成本差异	237
第三节 被派遣劳动者及工会的维权思路	239
一、劳务派遣中的劳动争议	240
二、被派遣劳动者及工会维权的典型问题	241
三、法律条款理解与维权思路展开	246
附录一: 劳务派遣操作文本	250
一、劳务派遣协议样本(示例)	250
二、派遣员工劳动合同样本(示例)	260
三、用工单位用工合同样本(示例)	271
附录二: 劳务派遣相关法律法规	283
一、中华人民共和国劳动合同法(节录)	283
二、中华人民共和国劳动合同法实施条例(节录)	285
三、中华人民共和国劳动争议调解仲裁法(节录)	286
主要参考文献	287
探寻利益博弈背后的法理逻辑	292
——开启劳务派遣实务操作的潘多拉盒(代跋)	

第一章 劳务派遣的发展背景与现状

本章导读:

劳务派遣,又称“劳动力派遣”、“人才派遣”、“人事派遣”等,通常是指由派遣单位与被派遣劳动者签订劳动合同,然后向用工单位派出该员工,使其在用工单位的工作场所内劳动,接受用工单位的指挥、监督,以完成劳动力和生产资料结合的一种特殊用工方式。可以说,劳务派遣是一种工作安排方式,一种社会资源组织形式,一种非正式就业形式。^①无论是在理论界,还是在实务界,关于劳务派遣的存废以及应否和如何规制的探讨和争论由来已久。劳务派遣是中国内地在建立劳动力市场机制实践过程中提出的一个现实课题,也是经济学、管理学和法学等众多理论学科共同研究的课题。通过对比和分析劳务派遣的发展背景以及在中国的现实状况,可以明晓和把握劳务派遣在中国内地本土化过程中取得的经验和存在的问题,也可以对中国内地现阶段的劳务派遣发展和法制情况作出妥适的研判。

^① 参见莫荣主编:《2003-2004 中国就业报告——中国积极就业政策的实践》,中国劳动社会保障出版社2004年版,第175-176页。

第一节 非正规就业、劳务派遣与劳资关系

站在管理学和法学的不同角度,不难发现人力资源管理和劳资关系存在逻辑上的诸多区别。人力资源管理关注的是如何管理受雇者,通过内部政策与方针达到效益和利润的最大化;而劳资关系关心的则是劳动关系特别是集体劳动关系的课题。前者探讨的重点事项是如何在企业内执行选择、招募、考评、奖惩与训练等功能,后者关注的重点则是工会、集体谈判及劳动争议的处理。传统劳资关系的探讨基本上偏重于总体性或制度性的研究,分析到底企业组织外部的哪些因素会影响雇佣关系的结果,如何处理雇主与受雇者关系的法律架构,以及在文化上、政治上与社会政策上的因应变化等。然而以非典型雇佣、非正规化就业等为特征的经济社会变迁却带给企业组织内部程序与结构上的直接压力,并进而导致传统劳动关系及企业组织体系改造的过程。企业内部的程序与机构上的改变不免关联到人力资源管理的策略与方针的变化,也进而影响到劳资关系的结果。

一、当代新的工作形态的变革

20 世纪劳资关系的发展,基本上是一段从 19 世纪末期小型的手工艺为主的工厂,转换到 20 世纪大型官僚阶层式控制(Hierarchical)的企业历程。传统官僚阶层式控制的企业组织通常具有以下特征:一是通过明示性的人事规章制度对员工行使行政控制和运营管理;二是鼓励企业长期性的雇佣,甚至是终身雇佣制;三是企业组织体系内部建立升迁的畅通渠道;四是企业重视员工在行业内专属的知识;五是企业雇佣关系以在职劳动者为主。在这样的模式下,劳动者被牢牢地掌控在企业内部,企业同时还运用开放的劳动力市场来替代内部的阶层体系与变迁,以确保并控制其劳动力。人事管理规章则是一套正式的规则与程序,决定劳动者应该如何受薪、奖惩、训练等,来约束和管控劳动者的行为。长期性的雇佣关系不仅强化了员工与企业之间彼此的认同,同时也建立起了企业内部的升迁制度、训练机会、技术升级,使劳动者愿意把职业变成事业。^①

(一) 就业形态的多样性变化

从 20 世纪 70 年代后期开始,以计算机、个人电脑、传真机等微电子技术产品和信息技术、生物技术为代表的知识经济开始崛起,并且促进了直接应用这些新技

^① 参见潘世伟:《非典型雇佣、人力资源管理与劳资关系》,载周长征主编:《劳动派遣的发展与法律规制》,中国劳动社会保障出版社 2007 年版,第 1-13 页。

术的服务经济的发展。这样,在企业的非生产部门里出现了大批应用以上新技术的岗位。这些岗位大多需要掌握新技术的专业人员,这种情况对企业来说是一种新的挑战。为此各企业纷纷改变传统的固定用工模式来适应市场的新变化。因为固定用工模式刚性大、不灵活,企业即使在生产低潮或转产转型出现员工富余时,也不能辞退员工。由于是正式员工,企业还得为其承担各种社会保险和其它的福利费用,造成人工成本过高。除此之外,为了让正式员工使用非生产领域的新技术还要对其进行培训,培训的周期也比较长。这些对重视效益的企业来说是不合理的。于是,各企业开始利用企业外部的属于非生产领域的技术力量,采取固定一定比例的核心生产部门的员工在订单增多或非生产领域技术员工不足时,再使用企业外部员工来完成生产,实现以低成本获取高效益的企业经营原则。

与此同时,随着高等教育的日益普及,以高学历为主体的高知识素质的雇员越来越多,其自愿选择自在就业方式的的比例和范围也越来越广泛。随着经济社会的飞速发展以及多元价值观和生存方式的存在,这些希望发挥自己所掌握的专业技术的人愈加增多起来。这些人的适应能力大多都比较强,不愿意被特定的岗位或单位所束缚,希望能拥有更多的自由时间,到多家企业发挥自己的技术特长,以获得更好的收入提高生活质量。他们因此也成了灵活就业方式的又一供给者。另外,对于有着良好竞争力的劳动者而言,从事灵活就业有如下优点:可以为一时之间无法获取经常性雇佣工作的跳板;选择工作的自由度高;可配合特殊生活规划的需要;工作环境的转换性高;工作时间较有弹性;同时还可以获取更多的工作经验;等等。^①

(二) 非正规就业的发展

非正规就业 (Atypical Employment),有时也称非典型雇佣,是相对于传统典型雇佣关系而言的。从现有学术文献分析可以概括为两种界定方式:一是从劳动组织形式的非正规性来界定,认为在非正规部门就业就属于非正规就业。所谓非正规部门,根据1992年劳工统计大会的国际标准定义,是指“由为有关人员创造就业机会和提供收入为根本目的的,从事产品生产和劳务的单位构成,其特点是组织水平低,作为生产要素的劳动力和资本之间基本没有分工,生产规模较小。”二是从劳动者就业方式的非正规性来界定,其主要包括部分工时工、租赁工、契约工、外包工、自我雇佣工、按日计酬的零工等种类和工作形式。与传统的典型雇佣关系相比,非正规就业雇佣双方通常没有或基本没有签订完整的劳动合同,多为临时性、阶段性、季节性用工,具有非全日制与非连续性的特征。

^① 参见郑津津:《从美国劳动派遣法制看台湾劳动派遣法草案》,载《国立中正大学法学集刊》2003年第1期。

据相关报道，世界上非正规就业劳动力已占工人总数的一半。自上世纪 80 年代以来，非正规就业发展迅速，仅 1985—1995 年，欧盟各国的非典型雇佣工人就增加了 15%，其中西班牙增长了 44%，荷兰增长了 53%。在日本，约有 40% 的劳动力属于非典型雇佣者。在美国，仅临时支援服务者在 1989—1995 年间就增长了 48%。拉丁美洲在 1990—1994 年间，非典型雇佣者占全部就业人口的比重从 52% 增加到 56%。可见非正规就业已经不再是一个边缘性或临时性的现象，而已然成为传统就业模式的重要补充。非正规就业在不同的国家有不同的界定和表现方式。在发达国家，非正规就业主要指非正规部门就业。

（三）中国内地的非正规就业

中国内地的非正规就业通常包括如下两种方式：一是非正规部门就业。在中国内地，非正规部门主要是指没有经过注册、从事商业活动的小作坊、小商店、小批发、小服务业等，这种就业组织化程度低、就业规模小，以零散就业为主，且作为生产要素的劳动力基本没有分工，劳动关系主要是临时雇佣、亲属关系或个人和社会的帮助，没有形成正规的劳动合同关系。二是正规部门中的非正式就业，主要表现为企业的不规范用工行为，没有建立传统的正规雇佣合约关系。与正规雇佣关系相比，非正规就业在劳动力配置、社会保障、薪酬体系等方面有很大差异，并体现出无劳动合同、无稳定劳动关系及劳工权益得不到有效保障的特点。

在中国内地，正规部门中的非正规就业已经成为许多城市和经济发达地区非公有制企业的重要雇佣方式。使用非正规就业不仅可以有效控制和节约劳动力成本，而且还可以满足企业实施“劳动力市场弹性化”人力资源管理战略的用工要求。一般而言，使用非正规就业节约的劳动力成本包括直接工资和间接工资（社会福利）两个方面。相对于美国在非正规就业方式节约成本主要是边际福利而言，中国内地的企业使用非正规就业者可以节约的边际福利包括如下方面：养老保险金占职工工资比例约为 22%，医疗费用相当于工资总额度的 12%，住房公积金占 5%，失业保险相当于职工工资的 1%，工会费用占 2%，5 项合计相当于工资总额的 42%。跟发达国家不同的是，中国内地企业使用非正规就业还可以降低直接工资成本，与正式雇工相比，非正规就业者的基本工资也是比较低的，尤其在劳动密集型生产企业，在初级劳动力供过于求的状态下，普通劳动者有理想的待遇是较为困难的。



案例 1：以中国上海为代表非标准劳动关系的飞速发展

据《工商时报》2006 年 2 月 27 日报道称，上海百万人从事“小时工”。根据上海市劳动和社会保障局的调查显示，上海“小时工”就业群体有五大特点：一是部分就业者的专业技能通过职业培训获得。二是该群体中有 14% 是近三年