

劳动合同法

热点问题研究

主 编 金福海 王敦生

副主编 孙蜀萍 王欣



LAODONG HETONG FA REDIAN WENTI YANJIU



劳动合同法

热点问题研究

主 编 ◎ 金福海 王敦生

副主编 ◎ 孙蜀萍 王 欣

LAODONG HETONG FA REDIAN WENTI YANJIU



知识产权出版社

内容提要

本书以《中华人民共和国劳动合同法》颁布实施后的热点问题为中心,结合国外劳动合同法立法、执法和司法经验,重点对我国劳动合同法立法和司法实践中的一些热点问题进行了专题式的研究。内容主要包括劳务派遣、非全日制用工、试用期、无固定期限劳动合同、服务期与竞业禁止、裁员与劳动合同解除、最低工资等热点问题的研究和探讨。本书对于立法机关修改、补充完善劳动合同法的相关规定,对于执法和司法机关适用劳动合同法及相关规定,以及对于高校及研究机构学者研究劳动合同法问题等都具有重要的参考价值。

责任编辑:栾晓航

图书在版编目(CIP)数据

劳动合同法热点问题研究/金福海,王敦生主编. —北京:知识产权出版社,2010.9

ISBN 978-7-5130-0105-2

I. ①劳… II. ①金… ②王… III. ①劳动合同法—研究—中国 IV. ①D922.524

中国版本图书馆CIP数据核字(2010)第140951号

劳动合同法热点问题研究

金福海 王敦生 主编 孙蜀萍 王欣 副主编

出版发行: 知识产权出版社

社 址: 北京市海淀区马甸南村1号

网 址: <http://www.ipph.cn>

发行电话: 010-82000860 转 8101/8102

责编电话: 010-82000860 转 8129

印 刷: 北京富生印刷厂

开 本: 787mm×960mm 1/16

版 次: 2010年9月第1版

字 数: 300千字

邮 编: 100088

邮 箱: bjb@cnipr.com

传 真: 010-82005070/82000893

责编邮箱: xiaohang310@126.com

经 销: 新华书店及相关销售网点

印 张: 18.5

印 次: 2010年9月第1次印刷

定 价: 45.00元

ISBN 978-7-5130-0105-2/D·1047(3052)

出版权专有 侵权必究

如有印装质量问题,本社负责调换。

前 言

本书是烟台大学法学院与中国石油化工股份有限公司胜利油田分公司滨南采油厂开展的校企合作研究成果之一。

烟台大学法学院作为国内著名的法学院，拥有雄厚的教学科研实力。郭明瑞教授，系全国著名的民商法学家，中国人民大学博士生导师，前教育部法学教育教学指导委员会委员和烟台大学校长。房绍坤教授，系全国知名的中青年法学家，首届教育部国家级教学名师奖获得者，烟台大学现任校长。法学院现有专任教师47人，其中教授12人，副教授14人，教师全部具有硕士或博士学位。法学院先后有3名教师被评为全国优秀教师，3名教师被评为山东省教学名师，10余位教师在全国学术团体中担任理事以上职务。法学院拥有法学一级学科硕士学位授予权和法律硕士专业学位授予权，拥有民商法省级重点建设学科、山东省人文社科基地“应用法学研究中心”、山东省知识产权研究院等高级教学科研平台，先后承担国家社会科学基金项目10余项，省部级课题30项，厅局级课题41项；出版各类法学著作50多部，发表学术论文500多篇；获省部级优秀科研成果奖励40余项。法学院参与了《中华人民共和国合同法草案建议稿》、《中华人民共和国物权法草案建议稿》、《中华人民共和国民法典草案建议稿》等多项国家重大立法活动，为国家和地方培养了近2000名的法律专业人才。

中国石油化工股份有限公司胜利油田滨南采油厂位于胜利油田西部，横跨滨州、东营两地市五县（区），管辖8个采油区，共有干部职工约8000人，拥有固定资产原值68.7亿元，净值24.27亿元。作为严格守法诚信经营企业，滨南采油厂连续20年被山东省暨滨州市工商局授予的“守合同、重信用”企业称号；获得由国家工商总局颁发的“全国重合同守信用企业”荣誉称号；曾连续获得中国石油化工股份有限公司授予的“红旗采油厂”荣誉称号。

滨南采油厂各矿区具有井站点多、面广，区域辽阔特点。因受油区周边复杂环境影响，多年来，在油田生产经营中不断发生各类纠纷和法律关系问题。如何

提高依法治企能力，防范法律风险，维护合法权益，是摆在油田领导面前的一个亟待解决的课题。2006年初，一向注重依法治厂的滨南采油厂领导，根据企业实际情况和广大干部职工对法律知识的渴求，安排厂法律事务科与在全国法律界有重要影响的烟台法学院联系，为采油厂干部职工进行法律实务培训的有关事项。作为省属院校龙头院系的烟台大学法学院，尽管在全国法学界已具有重要的影响，但是在服务山东省经济社会发展方面尚有欠缺，也在考虑如何加强校企合作、更好服务于地方经济法制建设的烟台大学法学院领导，对于来自胜利油田滨南采油厂的这一信息高度重视，烟台大学领导对这次培训予以了高度重视和支持。

由滨南采油厂提出课题，双方协商有的放矢地选择了《石油天然气管道保护条例》、《安全生产法》、《道路交通安全法》、《合同法》、《土地管理法》、《环境保护法》、《行政处罚法》、《行政诉讼法》等法律法规，并根据企业生产性质及典型案例，对侵占油田井场、道路及占压油田管线等不法侵害行为；公民人身受到侵害时如何利用法律武器采取保护措施等实际案例内容，进行了九个专题的讲座。同年3月至4月分别在烟台大学法学院为滨南采油厂领导、科室负责人及采油矿基层干部近百人进行了两期法律理论实务课的培训，达到了预期的良好效果。从此也拉开了烟台大学法学院与滨南采油厂合作的序幕。在此基础上，双方开始探讨更为广泛和深入的合作问题。

开展法律实务问题的合作研究是双方深入合作的内容之一。法学院拥有法学理论和法律实务研究的智力资源和研究平台，采油厂拥有企业法律实务方面的经验和对法律实务问题解决方案的需求，同时也具有开展科学研究的实力。因此，在优势互补的基础上，共同进行企业法律实务问题的研究成为双方的共同愿望。为此，经双方协商，于2007年确定了以企业劳动法律实务为主题的合作研究课题组，共同进行劳动法律实务问题的研究。课题组设立后，恰逢国家《劳动合同法》开始起草并于2007年底获得通过，课题组遂将研究的重点转向《劳动合同法》实施过程中的热点和疑难问题研究，最终形成了本《劳动合同法热点问题研究》文集。

《劳动合同法》在起草过程中即存在很多争议，在颁布实施后不久又遇上全球范围的金融危机和经济危机，中国经济也深受此次经济危机冲击，企业破产倒闭、工人失业现象较为严重，特别是对于严重依赖产品出口的外向型企业。《劳

劳动合同法》可谓生不逢时。理论和实务中很多人认为《劳动合同法》的颁布是阻碍中国走出危机、制约中国经济快速发展的“恶法”，应当立即修改，甚至废除。但是，我们的研究成果显示，劳动合同法尽管还存在这样或那样的问题，从总体上讲，《劳动合同法》所反映的是中国构建和谐社会、让普通劳动者分享经济改革多年发展成果的积极努力，是进步的表现。如果真如一些习惯于以西方的眼光来看待中国问题的经济学家所言，《劳动合同法》真的应以废除，则中国的普通老百姓只有永远贫穷、只能做苦力、永远不能获得任何社会保障和分享社会发展的成果。难道非要等到普通工人无法生存而奋起抗争时，以社会的动乱和革命为代价时，中国社会才能真正进步吗？

中国30多年的改革，效率的提升放在首位是必要的。但是，中国改革开放走到今天，保持经济一定的发展速度固然重要，社会公平和社会的稳定无疑更需要重视。因此，通过《劳动合同法》等社会法律改善民生是保证中国稳定持续公平发展的最好途径。《劳动合同法》以保障劳动者的基本利益为宗旨，对处于强势地位的企业的利益进行了适度的限制，对劳动者的基本权益作了较好的保障，这不仅符合世界各国劳动立法的普遍做法，更符合中国现阶段的国情。《劳动合同法》是一部良法而非恶法，应当认真加以实施。

我们承认《劳动合同法》是一部良法，但并不否认《劳动合同法》存在不完善之处。事实上，我们的研究主要针对如何对《劳动合同法》进一步完善而进行。无论是首次纳入劳动合同法的劳务派遣、非全日制用工制度，还是早已规定在《劳动法》中的劳动合同制度，都还存在一些缺陷，我们也在我们知识和研究能力范围内，提出了完善的建议。至于这些建议是否妥当，肯定需要进一步研究。但是，我们愈是对《劳动合同法》进行深入的研究，我们愈是坚信，中国的《劳动合同法》，能够更好地促进中国社会经济又好又快发展，也能够使中国的法治更加现代化！

金福海 孙蜀萍

2010年6月30日

目 录

前 言/1

第一部分 特殊劳动用工问题研究/1

完善我国劳务派遣制度的对策研究/2

我国的劳务派遣制度规定评析/46

论劳务派遣中的雇主责任/54

论劳务派遣关系中被派遣劳动者的权益保护/64

浅谈非全日制用工的几点不足及完善/73

非全日制劳动关系法律问题研究/82

第二部分 试用期、服务期、竞业限制研究/111

劳动合同中试用期制度的适用分析/112

我国试用期制度存在的问题及解决对策/119

服务期问题研究/127

我国《劳动合同法》中竞业禁止制度的缺陷与完善/137

略谈我国竞业限制制度的构建/144

竞业限制范围及经济补偿数额的确定/151

第三部分 无固定期限合同问题研究/157

论无固定期限劳动合同/158

论《劳动合同法》下的无固定期限劳动合同/173

无固定期限劳动合同评析/183

浅议无固定期限劳动合同/191

无固定期限合同研究/198

第四部分 合同解除、补偿金、违约金问题研究/207

经济危机下裁员制度的法律适用/208

论劳动者的单方解除劳动合同权/216

浅析劳动合同法中的经济补偿金/225

对劳动合同法违约金制度的理解与适用/231

解读劳动合同的违约责任/243

第五部分 其他劳动法问题研究/249

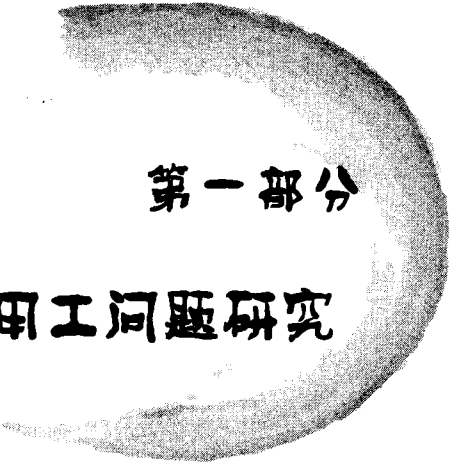
从劳动法角度浅析大学生兼职/250

“过劳死”现象之法律规制研究/256

论我国最低工资制度/265

《劳动合同法》对劳资双方利益的影响——兼谈公平与效率的关系/271

浅论我国劳动争议处理体制的完善/277



第一部分

特殊劳动用工问题研究

- ※ 完善我国劳务派遣制度的对策研究
- ※ 我国的劳务派遣制度规定评析
- ※ 论劳务派遣中的雇主责任
- ※ 论劳务派遣关系中被派遣劳动者的权益保护
- ※ 浅谈非全日制用工的几点不足及完善
- ※ 非全日制劳动关系法律问题研究

完善我国劳务派遣制度的对策研究

戚军伟^①

绪 论

一、研究背景

从“徐延格事件”再到“可口可乐门”，一石又激千层浪。由大学生组成的社会调查小组，在网上公布了长达 28 页的《大学生关注可口可乐小组调查报告》，调查了可口可乐在中国内地的 5 家装瓶厂和 4 家供应商，翔实的资料反映出最严重、最集中的问题是劳务派遣违法使用方面的问题。该报告称：“可口可乐中国系统存在大量的派遣工和其他非正式工，这些工人干着最危险、最苦、最累的工作，工作时间最长，工资却最低，而且还被拖欠甚至克扣。”^②此报告引起轩然大波。面对指责，可口可乐公司做出回应：“我公司用工，包括劳务派遣员工用工一直严格遵循国家劳动用工相关法律，不存在违法”。^③此次事件将劳务派遣这个备受争议的用工形式再次推向公众的面前，推到风口浪尖上。本文不去判断可口可乐事件的是是非非，而是试图解析其背后的劳务派遣制度存在的问题并提出相应的完善建议。

二、研究目的和意义

劳务派遣产生、发展的根本前提是市场经济的日益成熟，以及用工制度改革的深入推进，劳动关系双方当事人根据劳动力市场的供求情况，趋利避害，自主

① 戚军伟，女，烟台大学法学院经济法专业研究生。

② “大学生调查报告称可口可乐严重侵害派遣工利益”，<http://finance.sina.com.cn/roll/20081215/02115634074.shtml>。2008 年 12 月 15 日。

③ “大学生调查报告：可口可乐非法用工”，载《商业透视》<http://news.hexun.com/2008/cocacola/>，2008 年 12 月。

地决定用工、经营形式和就业形式。它改变了“劳动者——用人单位”一对一的传统的直线型用工方式，形成了劳务派遣单位（即用人单位，以下统称劳务派遣单位）、用工单位和被派遣劳动者三方的三角法律关系。虽然劳务派遣现象在我国早已出现，其发展方兴未艾，争论空前热烈，但直到2007年6月29日全国人大常委会通过的《劳动合同法》才专门对劳务派遣进行了法律规范，自此劳务派遣尘埃落定，在法律上得到承认。劳务派遣制度的存在为企业人事制度改革提供了一条新途径，可以帮助企业降低成本、提高经营效率、优化人才结构、赢得竞争优势、推动企业发展，是一种新型人才管理模式，是当前企业转制弹性化用工、创新化的就业模式，使企业能够摆脱繁杂的人事管理，专心于生产经营。

概念法学认为，成文法典一旦制定出来即可自给自足，实际这只是不切实际的空想，我国的劳务派遣制度亦如此。同国外立法比较，我国劳务派遣法律制度规定相当宽泛模糊，这种宽泛和模糊在一定程度为劳务派遣单位和用工单位规避法律、推卸社会保障义务和滥用权利留下了空白，使劳务派遣这一用工形式缺乏有力的保障。尤其在当前全球性金融危机的大环境下，我国经济亦不能独善其身，经济的不景气，企业用工需求不旺，导致大批劳务派遣公司裁员，大量被派遣劳动者被遣返。劳务派遣单位和用工单位的利益，劳动者的合法权益之间如何平衡、如何保护，风险如何控制，更显得尤为突出。因此，必须以科学的方法来研究目前我国的劳务派遣制度，指出现行劳务派遣制度存在的问题及不足之处，并通过立法进一步完善调整机制，健全合理的运行机制，建立健全法律制度运行的有效监管机制。这对于促进我国劳务派遣健康地、积极地、蓬勃地发展，促进市场经济稳定有序地发展，促进劳动关系的和谐，促进我国经济社会的和谐发展有着重大意义。

三、研究方法和框架简介

决定文章成败的一个重要因素是采取什么样的研究方法。本文主要采用规范分析法、实证分析法、价值分析法、比较分析法四种方法，当然这些研究方法的运用需要互相交叉，互为证明。

（一）规范分析法

法学研究中的基本方法之一是规范分析法，对法律问题的研究离不开规范分析。规范分析法对现行制度进行分析，通过对“应然”制度与“实然”制度比较，给现行制度的完善与创新提出目标和方向。劳务派遣制度是《劳动合同法》

中的一部分,对法律规范进行分析是劳务派遣法律制度的研究起点,解析劳务派遣法律概念的内涵,对法律制度进行逻辑分析,与其他法律各部门之间的联系衔接,填补法律漏洞,寻求更完善的法律制度的建立。规范分析法是改进立法以及法律解释工作的重要前提。

(二) 实证分析法

实证分析法着眼于当前社会或学科现实,通过事例和经验等从理论上推理说明,这种方法的一般特点是:研究“确实存在的”东西,追求“确定的”知识。^① 本文即以可口可乐非法用工事件为切入点和研究背景,进行理论分析。理论界、实务界对劳务派遣的功能一直争论不休,一方面,它使企业的用工形式更加灵活,满足企业的多种需要,劳动者也能够获得更多的就业机会;但也会引发诸多问题,面临极大的挑战,诸如,大量使用被派遣劳动者,导致数以千万计的劳动者处于流动状态,劳动者的岗位稳定性和职业安全感却受到了严重挑战,职工的权益也极易受到侵害,直接影响劳动关系的和谐稳定。另一方面,劳务派遣使经营权和使用权的分离,使得劳务派遣天生就有不可弥补的缺陷。同时,由于现行立法规定笼统模糊,派遣单位和用工单位之间容易相互推卸责任,规避法律,被派遣劳动者的权益受到侵害的情况时有发生,对于劳务派遣单位与用工单位不能起到真正的规制作用。可口可乐非法用工事件中,更是突显了法律运行的苍白无力。2009年两会期间,有学者甚至发出这样的质疑:“劳务派遣制度已成为《劳动合同法》最大的漏洞,是长在《劳动合同法》身上的毒瘤。”^②

(三) 价值分析法

法律是评价行为的规范,是调整利益关系的标准,只有研究法律价值问题,才能对法律的正当性,法律的目的、作用和社会意义等一般性法律问题做出理论上的说明。劳务派遣的存在有其价值,劳务派遣制度更倾向于保障劳动者的合法权益。以人为本是法律制度的尺度与价值所在,是以广大人民的幸福理想生活为核心寻求,能够带来阿迦底亚牧歌式的和谐,这是一种价值的权衡。因此,分析劳务派遣制度应充分考虑其价值所在。

(四) 比较分析法

比较分析法是指对两个或几个有关的可比现象进行对比,揭示差异和矛盾的

① 张文显:《二十世纪西方法哲学思潮研究》,法律出版社2006年版,第65页。

② “劳务派遣是《劳动合同法》的毒瘤吗?”, http://www.labor51.com/yaowen_detail.asp? 2008年3月。

一种方法。“有比较才有鉴别”，比较出真知，通过分析法国内外劳务派遣立法分析，找出事物发展的普适性和事物之间的差异性。不同的文化背景使我国法律制度的制定与国外劳务派遣法律制度有着不同，在相异的制度背景下国外的相关制度仍有借鉴的可能性与现实性。例如，“美国的共同雇主理论，日本的雇主责任分配理论等。其中既包括具有普适性的制度，也有与本国社会、文化、经济等相关的极具本国特色的传统制度。”^①由此，要对我国劳务派遣制度进行详细分析，就必须要了解各国的劳务派遣法律制度及相关法律制度，得出具有共同和普适性的规律，来完善我国劳务派遣法律制度。

笔者认为，尽管劳务派遣制度的法律规定还存在着一些模糊空间，但不能说是由于法律的规定导致了劳务派遣用工形式的滥用。中国人民大学劳动关系研究所所长常凯说：“《劳动合同法》并非禁止劳务派遣，只是要规范。”法律之所以留出一定的弹性，是基于我国劳动就业的现实，出于立法的谨慎，采取循序渐进的方式来处理当前面临的突出问题，并不是要否定维护劳动者合法权益的立法本意。目前，劳务派遣的形式应当得到严格限制，因为这种用工方式极易造成对劳动者切身利益的损害，我们必须承认它的客观存在并规范之。所以，本文将综合分析学界的理论观点，阐述劳务派遣的概念和特征，厘清劳务派遣与其他概念的区别，分析国外劳务派遣制度现状及对我国劳务派遣制度完善的启示，并结合劳务派遣实际状况分析我国劳务派遣制度的立法现状，指出我国劳务派遣制度的存在问题及出路。在详细分析综合的基础上，提出时机成熟时，以法典的形式来规范劳务派遣制度，即应尽快制定《劳务派遣法》，并对《劳务派遣法》相关制度的完善给出建议，使之与现行其他立法相衔接。只有制定《劳务派遣法》，才能使劳务派遣关系处于适应社会发展状态，实现一种制度、多方共赢的结果。

第一章 劳务派遣制度一般原理

第一节 劳务派遣的历史起源

盘点劳务派遣的起源，20 世纪初的美国是最早的发端地，后发展、盛行于

① 孙冰心：《劳务派遣法律规制研究》，吉林大学法学院博士学位论文 2008 年，第 5 页。

欧洲、日本。20 世纪 20 年代末,美国芝加哥的 Samuel Workman 提出“人力租赁”(Rented Help)的设想。他率先雇用一批已婚妇女从事夜间盘点工作,稍后又训练她们操作计算器,以满足当时企业临时或短期用工的需求。从 1940 年到 1960 年的 20 年间,临时性人力支援劳动形态逐渐在美国流行开来。1980 年前后,劳动者派遣业在美国得到蓬勃发展,并于 1990 年以后呈现出稳步增长的趋势。^① 亚洲的劳动者派遣业起步较晚,直至 1966 年被正式引进到经济高速增长的日本,其进入我国台湾地区有十多年时间,多为“临时性”和“短期性”劳务。因为其“劳动基准有关规定”规定,禁止任何人介入他人的劳动关系,从事中间盘剥。因而从本质上说,我国台湾地区的劳动者派遣目前仍处于非法经营状态,劳动者派遣不可避免地遭受中间盘剥。国际劳工组织《1997 年私营就业机构公约》首次承认劳务派遣机构的合法地位,为各成员国的相关法律提供了一个基本框架。这标志着从标准劳动关系向一个更能包容弹性就业形式的新模式转变。^②

20 世纪 60 年代,劳务派遣从业形式进入我国,王全兴教授总结:“我国劳务派遣发展历程大致经历三个阶段。(1)萌芽阶段。用工的一方是外国驻华使领馆、国外新闻机构等单位。它们不是独立法人,不便直接与劳动者本人签订用工合同,但又需要劳动力,于是我国成立外企服务公司,并且承认了外国驻华代表机构劳动用工主体资格。当时的劳动者派遣机构最重要的职能是为中方员工保管人事档案。另外,劳动者派遣还出现在我国企业在境外承包工程过程中的劳务外派。(2)服务国有企业改革阶段。这一阶段,劳动者派遣又被用来解决国有企业下岗人员的再就业问题。有的派遣机构是国有企业或其改制后公司的分支机构或子公司,有的派遣机构虽然地位和业务已社会化,但派遣对象以国有企业下岗失业人员为主。(3)满足劳动力市场一般需求阶段。这一阶段,派遣机构的地位和业务都已社会化,服务对象包括各种所有制形式的雇主和本地、外地劳动者。”^③

① 朱达明,田培杰:“人力派遣法律保障制度及其路径选择”,载丁薛祥主编:《人才派遣理论规范与实务》,法律出版社 2006 年版,第 158 页。

② 周长征:《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 3-4 页。

③ 王全兴,侯玲玲:“我国劳动派遣的负面作用及其立法对策”,载丁薛祥主编:《人才派遣理论规范与实务》法律出版社 2006 版,第 37 页。

第二节 劳务派遣的界定

一、劳务派遣含义

不同的文化背景,不同的经济制度决定各国针对劳务派遣这种用工形式给出定义时也稍有不同。国际劳工组织《1997年私营职业介绍所公约》第1条第1款b项称之为“劳动派遣”,给出如下定义:劳动派遣是提供雇用工人的服务,目的是使这些工人可供第三方使用,而该第三方可能是自然人、法人,他们给工人分配任务并监督这些任务的实行。^①日本劳动法学会认为:“在市场经济条件下,劳动派遣是一种具有社会公共服务性质的商业活动,属于准公共产品。”^②在我国称之为“劳务派遣”,《2003-2004年中国就业报告——中国积极就业政策的实践》指出:劳务派遣是一种工作安排形式,一种社会资源组织形式,一种非正规就业形式。^③我国学者姜颖认为:“劳务派遣,又称劳动派遣、劳动力租赁,是指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向劳务派遣单位支付并代发的一种用工方式。劳动派遣最显著的特征就是劳动力的雇用和使用相分离,形成‘有关系无劳动,有劳动无关系’的特殊形态。”^④笔者以为,劳务派遣作为一种社会存在,其含义是劳务派遣单位与劳动者订立劳动合同使劳动者成为劳务派遣单位的职工,在征得劳动者同意后,劳务派遣单位与用工单位签订劳务派遣合同,将劳动者派遣到用工单位从事劳动,接受用工单位对劳动者管理和控制。

按我国现行《劳动合同法》规定,劳动合同关系存在于劳务派遣单位与被派遣劳动者之间,但劳动力给付则由被派遣劳动者提供给用工单位。劳务派遣公司为用人单位,分离了传统企业的部分人事管理职能,通过给不同用工单位的特种岗位、任务需求,规模经营提供劳动者,赚取利润。劳务派遣单位雇用工人但不使用工人,用工单位不雇用工人但使用工人的用人模式表明,对一部分特定的

① 国际劳工组织:《1997年私营职业介绍所公约》, <http://www.ilo.org/index/Chinese/docs/conv-displ.html>.

② [日]日本劳动法学会编:《现代劳动法讲座》,综合劳动研究所,1982年8月。

③ 莫荣:《2003-2004年中国就业报告——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。

④ 姜颖:《劳动合同法论》,法律出版社2006年版,第333页。

劳动力需求，用工单位只保留劳动力的使用环节安排工作任务，而将其他劳动力管理职能转交给用人单位即劳务派遣公司。

二、劳务派遣的特征

通过以上定义分析，笔者认为，劳务派遣具有以下几点特征：

（一）用人单位——雇用不使用

用人单位与被派遣劳动者之间通过订立劳动合同建立劳动关系，并接受劳动法律法规的规范，这种劳动关系与传统的劳动关系本质相同，并无实质上的区别，为典型劳动关系。用人单位仅仅雇用劳动者但不使用其劳动力，即“雇用不使用”。

（二）用工单位——使用不雇用

用人单位与被派遣劳动者的合同签订在先，用工单位使用被派遣劳动者在后，用工单位和被派遣劳动者之间并无直接的合同关系。用工单位在为用人单位提供劳务报酬与其他福利待遇后，才能够使用被派遣劳动者所提供的劳动，劳动者法律上真正的雇主仍然是用人单位，用工单位只负责提供被派遣劳动者工作岗位，即“使用不雇用”。

（三）三方主体——三角关系

在劳务派遣法律关系中，涉及三方主体，一是用人单位，二是用工单位，三是被派遣劳动者，因主体的增多而使关系变得复杂起来。如台湾地区学者焦兴铠认为：“劳务派遣通常涉及所谓‘三方两地’之法律关系……其性质有别于一般劳动契约。”^① 如图1：

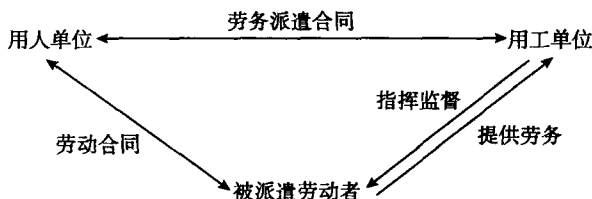


图1 劳务派遣之三方主体及三角关系

^① 焦兴铠：“论劳动派遣之国际劳动基准”。载焦兴铠：《劳动法论从（二）》，元照出版公司2002年版，第40页。

（四）两个合同——双务合同

从图 1 可以清晰地看到三者之间的两个合同：一是用人单位与被派遣劳动者之间的合同，此为双务合同，被派遣劳动者与用人单位就这种用工方式达成一致，以其明确同意用人单位的派遣为前提。二是用人单位与用工单位之间存在着双务合同，即劳动派遣合同。用工单位享受被派遣劳动者提供的劳动力，享有监督指挥被派遣劳动者劳动的权利，并支付使用劳动力的对价给劳务派遣单位，劳务派遣单位则承担提供劳动者的义务并享有收取报酬的权利，支付给劳动者报酬的义务。

三、劳务派遣与其他概念的廓清

为了使我们的定义更加明晰，可以在与之相近的概念进行分析比较，以把握它们的区别与联系。在涉及三方主体的法律关系中，包括劳务派遣在内，还有职业介绍、承揽、借调、人事代理和劳动行政部门的劳动就业服务等几种法律关系有相似之处，亦有混淆之处，因此有必要正本清源，一一廓清。

（一）劳务派遣与职业介绍

史尚宽教授认为：职业介绍又称为劳动介绍，是指介绍订立劳动契约的行为。^①原劳动部《职业介绍规定》第 14 条规定：职业介绍机构应向求职者提供职业需求信息，为求职者推荐用人单位。^②我国职业介绍机构发展过程中，曾有地方性规范文件将具备“职业介绍机构资质”作为劳务派遣单位设立的必要条件之一，如甘肃省劳动保障厅、财政厅、省人事厅、省民政厅、省工商局、省地税局 2005 年 8 月 8 日联合颁布的《关于开展劳务派遣工作的意见》称，劳务派遣是一种特殊的高级职业介绍。^③这种类似的规定，很容易混淆职业介绍和劳务派遣的概念，因此，有必要予以区分。

职业介绍本质是一种居间行为，职业介绍机构斡旋在劳动者和用人单位之间，促成双方建立劳动关系，劳动者和用工单位都需依约给付用人单位以居间报酬。劳务派遣则是劳务派遣机构与劳动者建立劳动关系，劳动者与用工单位之间不存在传统意义上的劳动关系，被派遣劳动者自劳务派遣单位受领劳务对价时提

① 史尚宽：《劳动契约论》，台湾正大印书馆 1978 年版，第 499 页。

② 原劳动部《职业介绍规定》第 14 条。

③ 董保华：《十大热点事件透视劳动合同法》，法律出版社 2007 年版，第 445 页。