

劳务派遣法律规制的 理论与实务

李海明 白永亮 / 编著

教育部人文社会科学研究基金青年项目
『劳务派遣法律规制研究』(12YJC820051) 资助

THE REGULATION OF LABOUR DISPATCH:
THE THEORY AND PRACTICE


法律出版社
LAW PRESS·CHINA

劳务派遣法律规制的 理论与实务

李海明 白永亮 / 编著

教育部人文社会科学基金项目

『劳务派遣法律规制研究』(12YJC820051)资助

THE REGULATION OF LABOUR DISPATCH:
THE THEORY AND PRACTICE


法律出版社
LAW PRESS·CHINA

图书在版编目(CIP)数据

劳务派遣法律规制的理论与实务 / 李海明, 白永亮
编著. —北京: 法律出版社, 2017. 3
ISBN 978 - 7 - 5197 - 0445 - 2

I. ①劳… II. ①李…②白… III. ①劳务合
作—劳动法—研究—中国 IV. ①D922. 504

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2017)第 002909 号

劳务派遣法律规制的理论与实务
李海明 白永亮 编著

编辑统筹 法商出版分社
责任编辑 慕雪丹 章雯
装帧设计 汪奇峰

© 法律出版社·中国

出版 法律出版社
总发行 中国法律图书有限公司
经销 新华书店
印刷 固安华明印业有限公司
责任印制 胡晓雅

开本 710 毫米×1000 毫米 1/16
印张 14.75
字数 231 千
版本 2017 年 3 月第 1 版
印次 2017 年 3 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

网址/www. lawpress. com. cn

投稿邮箱/info@lawpress. com. cn

举报维权邮箱/jbwq@lawpress. com. cn

销售热线/010 - 63939792/9779

咨询电话/010 - 63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司销售电话:

统一销售客服/400 - 660 - 6393

第一法律书店/010 - 63939781/9782

西安分公司/029 - 85330678

重庆分公司/023 - 67453036

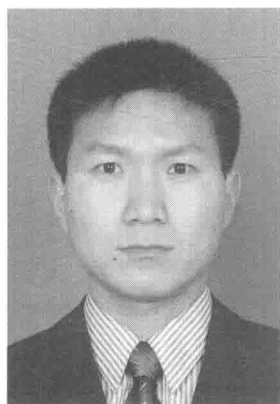
上海分公司/021 - 62071010/1636

深圳分公司/0755 - 83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5197 - 0445 - 2

定价:68.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)



李海明

中央财经大学副教授、法学博士，兼任中国社会法学会理事。1980年6月生，河北平山人。2004年获中国政法大学法学学士学位，2007年获中国政法大学法学硕士学位，2007年7月至2008年8月在长春工业大学任教，2011年获中国政法大学法学博士学位。2011年7月起在中央财经大学法学院任讲师；2013年10月晋升副教授。主要研究方向为劳动法和社会保障法。发表《论劳务派遣利弊观》等多篇文章，主持中国法学会课题《劳务派遣及其关联性社会保障制度研究》、教育部人文社会科学基金青年项目《劳务派遣法律规制研究》等多项研究项目，出版专著《劳动派遣法原论》并参著多本劳动法和社会保障法教材。



白永亮

劳动法博士，专业劳动律师，中国劳动保障报社法律事务中心高级顾问，北京交通大学经济与劳动法律研究中心客座研究员，中国政法大学劳动法诊所特邀律师、清华大学EMBA课程特约老师。

多年来长期从事劳动争议实践处理工作，曾先后成功代理了中国首例工会主席劳动争议案、某知名外资企业高级技术人员竞业禁止案、某知名保险公司辞退客户经理案等近600多起典型劳动争议案件。

潜心研究劳动法律和员工关系管理，编写了《员工关系管理》《最新劳动保障法律帮助手册》《劳动合同法政策法规》等劳动法律系列丛书，长期主持《中国劳动保障报》“专家在线”栏目，发表了《合同立法重要变化比较与点评》《走出经济补偿金的十大误区》《灵活用工之法律梳理上、下》等文章。

现担任中石油昆仑润滑油集团公司、中石化机关服务中心、北京住总集团、中国建筑股份有限公司、中国民航机场建设集团、中国信息产业部电子科学技术情报研究所、中央国债登记结算有限责任公司、塔塔信息技术（中国）股份有限公司、捷德（中国）信息科技有限公司、博格华纳（中国）有限公司、松下电器（中国）有限公司、搜狐畅游、重庆铁通、沈阳空管局等知名国有企业、外资企业、事业单位常年劳动关系顾问。

近年来白永亮老师先后为千余家机构、企业提供过劳动用工、劳动争议防范、员工关系管理等系列培训，具有丰富的培训经验，其幽默、实用的授课方式，受到学员的一致好评。

序 言

一、为什么要研究劳务派遣的法律规制问题

首先,劳务派遣法律规制是劳动立法和劳动法学中的重要问题。从数据比较来看,我国劳务派遣用工的比例要远远高于欧美日诸国,劳务派遣在我国确实有些“怪异”,更不论铺天盖地的派遣广告和诸多怨言的派遣舆情。显然,劳动用工方式在发生重大变革,“非典型劳动关系”“非标准关系”“灵活就业”“不稳定就业”等都在改变着劳动关系的结构,《劳动法》在规制与规制缓和之间的理论研究变得越来越重要。如何规范这些用工方式是劳动法学面临的重要理论难题,劳务派遣规制立法正是劳动法所作出的现实回应。劳务派遣法律规制研究有利于完善劳动法的体系和理论、规范劳务派遣、发展劳动法学。“促进就业和构建和谐劳动关系”是第十七届五中全会明确提出的要求,规范劳务派遣也是人力资源和社会保障部工作的一个重点。可见,劳务派遣法律规制研究是围绕促进就业和构建和谐劳动关系的重要课题,是围绕政府规范劳务派遣的务实研究。

其次,研究劳务派遣的法律规制问题有助于厘清和解决劳务派遣实务中的诸多问题。规制视角下的劳务派遣研究有助于整治和监管劳务派遣用工,使劳务派遣走向规范,是劳务派遣制度完善的重要目标。目前,劳务派遣中存在自设派遣、合谋派遣、自己派遣等假派遣以及劳务派遣中容易出现的不签劳动合同、不参加社会保险、不同工同酬等违法派遣。劳务派遣的法律规制可以对劳务派遣用工起到整治和监管的作用。具体问题的规制研究可以引导和完善劳务派遣制度,使劳务派遣立法走向精细。劳务派遣中有临雇派遣、公派遣、兼营派遣、再派遣等特殊派遣,特殊劳务派遣需要特殊的法律规制。此外,规制和规范观念可以构建劳务派遣法理,解决我国劳务派遣中的突出问题。我国劳务派

遣实践中存在一些突出的问题,如同工同酬问题、工会问题、歧视问题、行政监管问题等。劳务派遣的法律规制可以完善劳务派遣法理,为劳务派遣中的突出问题提供解决之道。

二、劳务派遣法律规制研究的现状与视角

目前有关劳务派遣的研究成果在井喷式累积。在构建和谐劳动关系思想的指导下劳务派遣法律规制已成为学界、政界、实务界共同关注的崭新课题。

(一) 劳务派遣法律规制之策论

《中华人民共和国劳动合同法》(以下简称《劳动合同法》)立法过程中曾对劳务派遣立法展开广泛的讨论,在劳务派遣立法前后的学术观点大致有自由、规制、缓行、否定等观点。如有学者认为,“派遣劳动”应当缓行^①;有学者认为,劳务派遣非正常繁荣背后是不当劳务派遣的乱象,在《劳动合同法》之劳务派遣立法的基础上,应当通过行政管制、刑罚管制来完善劳务派遣的规制路径^②;有学者认为,对于解决就业问题来说,劳动派遣在西方国家只不过是一把“鸡刀”而非“牛刀”,但在我国现阶段却被作为一把“牛刀”在使用^③等。劳务派遣随《劳动合同法》而实现立法后,有关劳务派遣立法的策论已归结为“规制论”。

(二) 劳务派遣法律规制之本体论

本体论包括劳务派遣的法律关系、权利义务、法律责任,有“劳动关系双层运行”“共同雇主”等理论,并有学者总结为双重劳动关系说、双层运行说、共同雇主说、特殊劳动关系说等若干学说^④。

(三) 劳务派遣法律规制的其他学科研究

社会学、人口学、管理学、劳动经济学、心理学等成为独立的研究视角或方

① 《“派遣劳动”应当缓行》,载《法学家》2005年第5期。

② 《不当劳务派遣及其管制》,载《法学家》2008年第2期。

③ 《劳动派遣是“鸡刀”还是“牛刀”——我国劳动派遣的现实本质及其矫正》,载《当代法学》2006年第6期。

④ 李海明:《劳动派遣法原论》,清华大学出版社2011年版。

法来研究劳动派遣中的问题。特别是,劳动派遣员工的心理研究、劳动派遣企业的管理研究、劳动派遣现象的社会学研究,不仅超越法学,而且支撑法学的研究与实践,如《劳务派遣管理研究——以经济契约与心理契约融合为视角》^①。

(四) 劳务派遣法律规制的具体问题

有学者曾列举劳动派遣法制化进程中的 13 项问题^②。劳务派遣对原有的劳动法知识体系带来冲击,成为劳动法体系内的多知识交叉问题。

另外,我国台湾地区对劳务派遣的研究要早一步,其对域外劳务派遣的介绍成为我国研究域外劳务派遣法律规制的重要二手资料,如《德国劳工派遣关系之法律结构》^③《美国派遣劳动法制之研究》^④《台湾劳动派遣法制化之研究:由日本劳动派遣法制度及政策之历史发展考察》^⑤。值得注意的是,我国台湾地区虽然有有关劳务派遣立法的诸多草案版本,但劳务派遣立法至今尚未通过。

在国外,以日本为例,日本有专门的劳务派遣立法,相关研究成果颇丰,对我国台湾地区和大陆学术研究有很大影响。除却频现报刊的文章和论文不论,有专门的劳动派遣法普及读物、释法著作、学术专著。学术专著如《労働法の規制緩和と公正僱用保障:労働者派遣法運用の総括と課題》和《派遣法の弾力化と派遣労働者の保護:ドイツの派遣法を中心に》。日本有关劳务派遣法律规制的研究主要集中在细节问题的研讨上,如对适用范围按行业如何详细规定。值得注意的是,劳务派遣法是日本劳动法修改最频繁的领域之一。在英美法系,没有劳务派遣的概念,却有实质相同的事物。如美国的“临时工”(contingent worker)下的用工方式与大陆法系的劳务派遣的结构极为相近。英美法系国家的劳务派遣法律规制的思路与大陆法系有很大差别,如我们在介绍美国的劳务派遣法律规制时,其最明显的特殊之处是“共同雇主”理论。有关临时就业的英文成果更是俯拾皆是,研究视角也很开放,如劳动关系的视角、性别的视

① 罗斌、王兆良:《劳务派遣管理研究——以经济契约与心理契约融合为视角》,安徽医科大学 2009 年硕士学位论文。

② 郑尚元:《劳动合同法制度与理念》,中国政法大学出版社 2008 年版。

③ 黄程贯:《德国劳工派遣关系之法律结构》,载《政法法学评论》1998 年第 6 期。

④ 郑津津:《美国派遣劳动法制之研究》,载《台湾劳动法学会学报》第 1 期。

⑤ 邱祈豪:《台湾劳动派遣法制化之研究:由日本劳动派遣法制度及政策之历史发展考察》,台北,致良出版社 2003 年版。

角等。

由此可见,劳务派遣的法律规制,一方面,越来越注重制度细节,尤其是具体制度的设计及其法理;另一方面,越来越具有开放的视野,不同学科以不同的视野在切入劳动派遣法律规制研究。日本曾有一本介绍德国劳务派遣立法的专著,我国台湾地区有一本介绍日本劳务派遣立法的专著,我国大陆也将会出现兼顾制度细节和开放视野的关于特定国家或地区的劳务派遣立法的专著。我国会不断加强规范劳务派遣的力度,劳务派遣法律规制的研究成果也会越来越多。

三、本书的研究目标和内容

本书有三个研究目标:(1)深入调研劳动关系中的派遣现象,为劳务派遣法律规制提供准确的定位,回答劳务派遣存在的正当性问题、法律规制的管制度问题。(2)阐释劳务派遣法律关系的“三层结构、三角框架”理论,为劳务派遣中的权利、义务、责任之配置提供理论基础,分析劳务派遣中存在的具体问题,尤其是回答如何解决劳务派遣中的同工不同酬问题、劳动者加入工会问题。(3)完善劳务派遣法律规制的方式方法,阐释不同时期应有不同的管理制度的观点,提出全方位完善管制的思路,为劳务派遣专门立法提供建议稿。

如上述预设的研究目标,在研究过程中相应形成了三编内容:第一编题为“劳务派遣规制的起点和视角”,共包括“劳务派遣利弊观:规制劳务派遣的一个重要起点”“劳务派遣法律规制中的弱势者保护”“劳务派遣用工的经济分析”“劳务派遣法律规制的困惑与出路:社会考察与法社会学思考”,其中第四章与中央财经大学法学院李文佼合作完成;第二编题为“劳务派遣的具体问题与规制进路”,主要涉及劳务派遣中的职业训练问题、同工同酬问题、工资管制问题、社会保障问题以及加入工会问题,其中第五章与原中央财经大学法学院、现兴港投资集团张韵合作完成,第六章与原上海对外经贸大学法学院、现南京英达公司陈嘉骏合作完成,第七章和第九章与李文佼合作完成;第三编题为“规制视角下的劳务派遣规范化和责任认定”,其中第十一章由中国人民大学涂永前完成,第十三章与君合律师事务所杜琨合作完成。

目 录

第一编 劳务派遣规制的起点和视角

第一章 劳务派遣利弊观:规制劳务派遣的一个重要起点	3
一、问题意识:为什么提出劳务派遣利弊观	3
二、劳务派遣利弊分析及其观念:四种利弊观	4
三、劳务派遣利弊观的影响因素	9
四、以民生观更新利弊观:劳务派遣是民生问题	12
五、从认知到管制:兼评《劳动合同法》(修正案)	15
第二章 劳务派遣法律规制中的弱势者保护	17
一、被派遣劳动者的弱势特征	17
二、保障被派遣劳动者权益的现有努力	18
三、保障被派遣劳动者社会权益的对策	20
第三章 劳务派遣用工的经济分析	22
一、导论:用工模式与劳务派遣用工之状况	22
二、舶来之术:域外劳务派遣用工的实践与制度	25
三、经济分析:劳务派遣用工的效用与供需	27
四、结论:劳务派遣之不经济与当下诠释	30
第四章 劳务派遣法律规制的困惑与出路:社会考察与法社会学思考	31
一、引言	31

二、劳务派遣法律规制的社会考察	32
三、劳务派遣法律规制失效的直接原因:论规制手段的局限性	34
四、劳务派遣法律规制失效的根本原因:劳动关系的当代困境	36
五、劳务派遣法律规制的法社会学思考	37
六、小结	39

第二编 劳务派遣的具体问题与规制进路

第五章 劳务派遣中的职业训练问题及其规制	43
一、劳务派遣工职业训练之现状	44
二、劳务派遣冲击职业培训原因分析	46
三、劳务派遣制度下职业训练权益之存在与法理之依据	49
四、因应劳务派遣工职业训练的路径	53
五、小结	56
第六章 劳务派遣中的同工同酬问题及其规制	58
一、劳务派遣同工同酬现状与固有症结	59
二、同工不同酬现象成因分析	61
三、同工同酬完善对策	63
第七章 劳务派遣中的工资管制问题及其出路	69
一、引言	69
二、工资基准化及其立法	70
三、管制工资的困境——以劳务派遣为例	71
四、被派遣劳动者工资权益受损的原因:管制何以失灵	73
五、管制工资的出路:兼论劳务派遣法律规制之趋向	76
六、小结	77
第八章 劳务派遣中的社会保障问题及其规制	79
一、劳务派遣关联性社会保障的现有努力与问题	79

二、劳务派遣关联性社会保险制度	81
三、劳务派遣关联性非保险型社会保障制度	107
四、完善劳务派遣及关联性社会保障制度的若干建议	119
五、余论	122
第九章 劳务派遣工的加入工会问题及其规制	124
一、引言	124
二、劳务派遣工加入工会难及其原因探析	125
三、劳务派遣工加入工会难的实质	127
四、法律规制的失败对劳动关系法治环境的影响	129
五、小结	131
第三编 规制视角下的劳务派遣规范化和责任认定	
第十章 规制与规范:劳务派遣的若干重要实务	135
一、实务:劳务派遣单位的权利义务	135
二、实务:劳务派遣人员的权利义务	138
三、实务:劳务派遣下劳动合同的解除	146
四、实务:劳务派遣人员的待遇和福利	150
五、实务:劳务派遣人员工伤的处理	155
第十一章 劳务派遣中的实质雇主——以派遣类劳动合同的订立为例	159
一、问题意识	159
二、用工单位介入派遣类劳动合同的现状	161
三、用工单位介入派遣类劳动合同订立的法律问题	164
四、订立劳动合同的一般原理及其在派遣类劳动合同中的适用	168
五、派遣类劳动合同订立制度的价值与内容	171
六、结论:在派遣类劳动合同订立阶段建构劳务派遣中的实质雇主理论	173

第十二章 劳务派遣连带责任之范围	175
一、劳务派遣连带责任立法与理解	175
二、劳动审判中体现出的具体化倾向	176
三、明确劳务派遣连带责任的范围	178
第十三章 劳务派遣连带责任在司法实践中的应用	180
一、劳务派遣连带责任的一般规定及理解	180
二、无效劳务派遣的认定与连带责任	183
三、合法劳务派遣的连带责任:劳动报酬及相关给付	188
四、劳务派遣连带责任的程序处理及裁判文书表达	195

附 录

中华人民共和国劳动合同法(节录)	197
中华人民共和国劳动合同法实施条例(节录)	200
劳务派遣暂行规定	201
劳务派遣行政许可实施办法	206
中华人民共和国职业病防治法(节录)	212
中华人民共和国安全生产法(节录)	213
中华人民共和国涉外民事关系法律适用法(节录)	214
中华人民共和国侵权责任法(节录)	214
中华人民共和国劳动争议调解仲裁法(节录)	215
最高人民法院关于适用《中华人民共和国民事诉讼法》的解释(节录)	215
最高人民法院关于审理工伤保险行政案件若干问题的规定(节录)	216
最高人民法院关于适用《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》若干问题的解释(一)(节录)	217
最高人民法院关于仰海水与北京市鑫裕盛船舶管理有限公司之间是否为劳动合同关系的请示的复函	217
最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释(二)(节录)	223

关于促进残疾人就业税收优惠政策相关问题的公告(节录)	223
关于建筑安装业跨省异地工程作业人员个人所得税征收管理问题的公告(节录)	224
关于企业工资薪金和职工福利费等支出税前扣除问题的公告(节录)	224

第一编

劳务派遣规制的起点和视角

第一章

劳务派遣利弊观：规制劳务派遣的一个重要起点

劳务派遣的最大问题在于相关方均陷入深深的利弊分析中而不能自拔,进而影响了劳务派遣的方方面面,实为劳务派遣之利弊观问题。要想透视各种理由下的利弊分析,就应该追溯到《劳动合同法》立法过程中的劳务派遣“存废之争”,还原自由、契约背后的经济思维,解析劳动法制环境不佳、劳动法学稚弱下的规制路径。要想更新现在各方偏执而冲突的利弊观,就应该重新解读“就业是民生之本”,明确劳动关系是民生之本,强调劳务派遣是民生问题,从改善民生的角度推进立法、影响实务,使劳务派遣回归到自然。

一、问题意识：为什么提出劳务派遣利弊观

学界对劳务派遣是有争议的。有人总结了劳动者选择劳务派遣的十大不利,用人单位选择劳务派遣的十大理由,政府“误读”劳务派遣的十大理由。^①理论上的不断争议伴随着劳务派遣的不断立法。从2007年《劳动合同法》有一节“劳务派遣”,到2008年《劳动合同法实施条例》有一章“劳务派遣特别规定”,再到2012年年底《劳动合同法》专门针对劳务派遣修法并明确提出,劳务派遣用工是补充形式。立法者很明确地要限制劳务派遣,却难掩背后的立法争议。可以说,立法者、政府、工会、学者以及派遣公司、用工单位、被派遣劳动者均对劳务派遣有看法,并试图从不同的角度解读其所认知的劳务派遣。从以

^① 董保华:《劳动合同立法的争鸣与思考》,上海人民出版社2011年版,第731~743页。