



劳动派遣法原论

李海明 著

法律

清华大学出版社

劳动派遣法原论

李海明 著

版权所有,侵权必究。侵权举报电话:010-62782989 13701121933

图书在版编目(CIP)数据

劳动派遣法原论 / 李海明著. — 北京:清华大学出版社, 2011.3

(法意 / 许章润主编)

ISBN 978-7-302-24738-8

I. ①劳… II. ①李… III. ①劳务合作—劳动法—研究—世界

IV. ①D912.504

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2011)第 021674 号

责任编辑:李文彬

责任校对:宋玉莲

责任印制:杨 艳

出版发行:清华大学出版社

地 址:北京清华大学学研大厦 A 座

<http://www.tup.com.cn>

邮 编:100084

社 总 机:010-62770175

邮 购:010-62786544

投稿与读者服务:010-62776969, c-service@tup.tsinghua.edu.cn

质 量 反 馈:010-62772015, zhiliang@tup.tsinghua.edu.cn

印 装 者:三河市金元印装有限公司

经 销:全国新华书店

开 本:155×230 印 张:31.75 字 数:436 千字

版 次:2011 年 3 月第 1 版 印 次:2011 年 3 月第 1 次印刷

定 价:49.00 元

产品编号:040972-01

凝练法意

“法意”主编者言

法律是一种规则体系,同时并为一种意义体系。任何规则必蕴涵有一定的法理,载述着一定的道德关切,寄托着深切的信仰。凡此种种,一言以蔽之,曰法意,它们构成了规则的意义世界,而为法制之内在基础。

任何法制的生长与运作,必伴有相应的法意。在法律移植的情形下,甚至滥觞于相应的法意,法意因而为法制的先导。法制恒定而恒变,法意因而表现出自己的时代特征与地域色彩。反之亦然。不过,就人类迄今为止有限的历史来看,诸如公平正义,仁爱诚信,安全、自由、平等、人权、民主与宽容等基本价值与信仰,构成所谓世道人心,关乎人的生存和尊严,却恒定而不变,万古而常青。这是人世生活本身的要求,也是合理的人间秩序的固有品质。既然一切法制和法意均源于生活本身,分别表述了生活的规则性存在和意义性存在,那么,法律之道即生存之道,法意即生活的意义,而生活的意义主要即在此世道人心。

晚近中国对于西方法律的大规模移植,意味着对其背后的知识、学理乃至道德和信仰因素的有选择继受,同时并是一个将它们与中国人文善加调和的过程。此一建设现代中国法制和法意的过程,迄今而未止。百年间现实法制建设的顿挫,“有法不依”现象的普遍

存在,反映的不仅是规则的无效,同时并彰显了意义的危机,世道人心的紧张。由此,对于基本法理的阐释,关于规则的道德关切和信仰因素的追索,总之,对于“法意”的深入研究和进一步考问,依然是一个问题,甚至是一个更为急切的课题。

“法意”由清华大学“法治与人权研究中心”筹组,旨在度集汉语法律学术资料,积累汉语法律思想成果,阐释法律的意义世界,对于上述问题作出现时代的回应。所收内容覆盖法哲学、比较法、宪政和人权等领域;体裁不拘,包括专著、文集、译著和选辑。经此劳心劳力,盼能涓滴汇流,聚沙成塔,增益中国文明的法律智慧,建设中国现代法制,最终塑育中国人理想而惬意的人世生活与人间秩序。或许,这也是当下法意的意蕴之一,而为编者馨香祝祷者!

许章润

2003年6月30日

于清华明理楼

序

劳动派遣作为一种特殊的劳动用工形式、特殊的劳动关系形态,原本发端于欧美等发达的市场经济国家和地区,其在我国孕育、发展的时间跨度并不长。然而,这一特殊的社会存在在中国大地上短短十余年时间发生了量的外延放大与质的内涵变异。对于劳动派遣,不同的角度存在不同的色彩,不同的角色有着不同的认知:为其放赞歌者有之,贬损者有之。学界如此,实务部门同样如此,究其原因,除具有决定性的利益导向外,还有世人对其并不透彻理解的诸多因素导致了认知上的混乱。劳动法学界对于劳动派遣法制的认识时间同样短暂,学术研究取得了一些成绩,但综合性、系统性的研究几乎未见;至于《劳动合同法》关于劳务派遣的寥寥几个条文几乎解答不了现实问题,更不能启发理论。近年来已经有众多的学位论文选择了这一命题及相关问题,但是,全面了解仍有待时日。本人近年来亦开始关注该问题,发表过几篇相关文章,有一些粗浅的认识,督促学生做一相对全面的研究,较之自己习作更感欣慰。

去年,在博士论文选题之际,我建议李海明以此为题努力尝试作一全面研究。今成此作,对一尚未毕业的博士生而言,确为不易。《劳动派遣法原论》共分八章;

第一章,分析了劳动派遣这一社会存在或社会现象的概念、性质、特征,划分劳动派遣的类型,界别了劳动派遣与相似用工形态之间的差异。第二章,分析了劳动派遣法的基本问题,涉及劳动派遣与法制之间的切换、该法的立论问题、制度构建问题。第三章,从静态视角,分析了劳动派遣法律关系的性质,以及彼此间的权利义务关系。第四章,从动态视角,分析了劳动派遣法律关系的产生、变更与

消灭问题。第五章,对于劳动派遣业的管制进行了比较深入的分析,分两个方面,其一,市场准入之管制;其二,从业之经营管制。第六章,专门从劳动派遣被动地位之劳动者权益保护角度,从个别权利保护、集体权益保障,以及社会法上权益之保护角度进行了分析。第七章,论述了劳动派遣法之特殊问题,涉及人才派遣、涉公派遣、海外派遣等专题。第八章,从派遣法角度审视了劳动法的现实与未来。

从与现实生活中已经出版的严肃著作的比较角度分析,这一著作显然具有相应的创新性,至少说是自己写出来的。这一点,我作为他的指导教师一直要求其形成自己的写作风格,宁可不得发表与出版,也不模仿与抄袭。几年来,他写了不少文章、参编了相关教材,参与了相关课题的研究,都能够做到一“写”而成。劳动派遣问题相当复杂,尽管作者本人用了很长的篇幅进行理论推理与论证,但能否获得读者认知,能否反映劳动派遣、劳动派遣法制之真实有待实践检验,亦有待学界之审视。客观地讲,一直处于书斋里的年轻学者,并不能完全理解现实生活之鲜活,可能有些问题的探讨过于书生味道,此等情形在所难免。常言道,万事开头难!相信作者本人在今后的学术道路上会更加严谨,更加求实,既注重理论基础之厚实培养,亦关注现实生活之期许。

海明自偶然机会选了我的本科课程之后,硕士研究生、博士研究生阶段皆随我学习、研究劳动法与社会保障法。坦率地讲,本人确实不够为人著述作序的资格,为学生之作而序更多是推荐与介绍。序如何去作没有定律,对于著述好坏之评价属于分内的话,本人更想借助这一机会谈谈学生的秉性。海明来自革命老区河北平山县农村,为人厚道,乐于助人,朋友众多。属于典型之内秀男生,有时腼腆至极甚至有些木讷。近年来,我参与了不少博士生答辩,也指导了数位博士生,感觉海明还是学术领域中之佼佼者。假若他的学术研究多一些主动,少一些蹉跎,可取得更大的学术进展。海明硕士毕业分配至长春工业大学,一年后(2008年)放弃工作攻读中国政法大学博士研究生,成为一位纯粹的学生。2009年5月我调动至清华大学法学

院工作,包括他在内的三位博士生继续由我指导。于我而言,工作调动只是我个人的职业选择,所指导学生与本人的关系将恒久不变,我与几位学生基本上属于亦师生亦朋友之关系。我所能给予学生的是,尽量让他们在学业上有所长进,尽量能写得了东西。已经博士毕业的扈春海博士和海明系师兄弟,都是这么做的,期待后来学生向他们学习。海明 2011 年博士研究生阶段的学习将要结束了,期待他能够有一个好的着落,在今后的学术道路上虚心向所有同行前辈学习求教;热心与同辈学者交流,踏踏实实地走好每一步路,为中国劳动法和劳动保障法学研究的进步添砖加瓦。

期待海明更多的作品面世!

郑尚元

清华大学明理楼

2010 年 12 月

前 言

劳动派遣是一种特殊的制度现象,更是一种复杂的社会现象。它源于西方自由市场国家的临时就业代理,成熟于若干大陆法系国家的派遣立法。我们基本上可以从美国的临时工和日本的派遣工中看出其间的进化痕迹。而我国对“劳务派遣”的介绍与尝试均可追溯到改革开放初期,但是劳动派遣蔚为壮观之势则是《劳动合同法》前后数年的事而已。在某种意义上,劳动派遣并非市场的制度,而是制度的市场,此不分中外,却在我国尤甚,这显然违背劳动派遣之本原。因此,系统分析劳动派遣法律制度,深入探究劳动派遣背后的问题与学理,在我看来极有必要。我可以断言劳动派遣之法理塑造与制度完善并非完结,而是刚刚开始,阐释应然的劳动派遣法既有切实的现实意义,也有长远的理论意义。

近年来我国研究劳动派遣的学位论文近百篇、期刊论文过千篇,域外相关研究成果同样呈浩瀚之势,可见大家对此一崭新理论领域的认可与角逐。然而,大量的研究停留在社会调查与规范分析的层面上,很少有人关注劳动派遣的命运。于是我有一个问题——劳动派遣会不会是昙花一现。我想把这个问题带入我的研究中,我想在系统分析劳动派遣法律制度的过程中更多地关注劳动派遣之基础理论。另外,我有心对劳动派遣法律制度做周详的分析,却苦于自身条件,最终以“原论”完成自己对劳动派遣法律制度的系统分析。“原论”可为自己开脱之处有二:其一,所谓原论,要超脱一些,为自己的个人浅见寻找一个托词;其二,所谓原论,也确因劳动派遣现实之纷乱,在实然法与应然法之间存有不小的差距,故而未敢有“法律制度研究”之谓。

所谓前言,就是开头的话,可以说是说给作者自己的,也可以说是说给读者的。前言因目的不同在内容上也有所差异。一般地,写给自己,以导入为主;写给读者,类似于介绍与说明,以导读为主。我想如同澄清书名一样,来澄清书中的几个问题,实际上是收笔时的遗憾,权当导读罢了。

1. 应当强调劳动派遣法的研究方法,这是布局谋篇的基石,也是真知灼见的源泉

劳动派遣法是现行的法律,不同的国家有不同的立法例,国际组织也有其独立的见解与文件,法院也随着劳动派遣纠纷的出现而形成判例或案例。因此,法律规范分析是劳动派遣法研究中最基本的研究方法,比较分析成为法律规范分析的进一步要求。我在资料搜集与问题研究中深刻感受到比较法学的方法论意义。例如,我曾经检索到了大量的日文资料,也在日文资料中得到不少的启发,并对布局谋篇产生了很大的影响,然而在具体日文文献的引用上却存有很大障碍,倘若假以时日精通日文则必然在具体问题上有更深入的比较与探究。应当说,以规范分析为主的法学研究必须精通古今中外,精通中外之关键在于是否掌握熟练的语言工具。关于劳动派遣法的视野主要停留在日本劳动派遣立法和日本学者研究成果的层面上,尽管知道德国对劳动派遣有立法、有研究,却因为文献稀少而难有全面的感知。在劳动派遣的理论探索中,缺少日文和德文两个语言工具,使得有些细节只能停留在抽象的分析上,而缺少了比较法意义上考察,这是一个遗憾。

劳动派遣法是现实的问题,换言之,劳动派遣法的制度与理念会受到社会现实的影响、国情的局限。例如,美国的劳动派遣、日本的劳动派遣、德国的劳动派遣,风格迥异,立法差异很大。有理由相信,不同的经济环境、制度环境、文化环境左右着劳动派遣法的动向。因此,关注我国的劳动派遣法就需要社会调查、需要具体问题具体分析。因此,社会学意义上的调查问卷与实证分析对劳动派遣法之基础理论研究来说很有必要。然而,当我想到一个问题时,由于数据资

料的缺乏很难进行实证分析,如劳动派遣中公派遣与私派遣的比例如何,或者国家机关、事业单位、社会团体以及国有企业作为要派单位之情形是多还是少?在没有统计数据的情况,这些问题就只能搁置,这也是一个遗憾。

2. 应当表达对劳动派遣法的见解,尽管有些见解只是看法,而不是结论

我力求超越道德上的善恶去分析劳动派遣、分析劳动派遣法,却不免对劳动派遣法带有偏见。于是,在观念上存有两种并不相容的思维:劳动派遣管制理念和劳动派遣自由理念。在规范分析上,常常体现为管制理念,把管制作为解决问题的手段,乃至成为一种情结;在本原分析上,常常体现为自由理念,把契约自由作为劳动派遣的特征,然而自由更多是应然的,需要太多的条件。在认识这种大局的、宏观的问题上,我的导师给了我有力的指导。在一定程度上,在未触及劳动派遣具体制度之前,导师会提出一些基本的观点供参考。如在尚未落笔之前,导师认为,对于劳动派遣,允许存在,适当发展,准确定位;心理上接受不代表可以法律化;不能当做劳动法上的基础性的关系;人才派遣不是劳动派遣,等等。这些观点是我兼顾实务与理论的基础,也是我不断分析和感悟的警句,我想我遵循这样的思想,但是不一定达到深刻理解的程度。自己在劳动派遣法的实务研究上尚有不足,故不敢在理论上妄断,多区分实然与应然两种状态,这也是一个不足。如果有可能,希望自己能抛开实然与应然的区分习惯,着重从律师、法官所关注的问题出发来系统研究一下劳动派遣,那就可称为“劳务派遣法律制度研究”了。

劳动派遣的善恶问题。劳动派遣的善恶问题是劳动派遣法理论研究绕不开的问题,而该问题又是一个超越法律的问题。这意味着劳动派遣的规范分析很可能事过境迁,也意味着法学学术研究的风险。记得2004年到2007年在中国政法大学攻读经济法学硕士学位时,学界对资产证券化的制度研究极其热衷,也备受学生喜欢,成为学位论文选题的重要领域;而2008年次贷危机以来,有关资产证券化

的反思才进入我们的视野。自己对资产证券化了解不深,但是身在经济法专业,其间的理念变迁对我的影响很大。法学总是喜欢理念的纯粹,法律制度总是如墙头草一样随着社会问题之风而摇摆,这在经济法制度领域中同样如此。自己担心自己的研究脱离实践,更惧怕自己的研究不管实际,出于学理与学术的考虑,我选择在劳动派遣现象上多加琢磨,在劳动派遣的来龙去脉上多费笔墨。

在劳动法学中很少有纠缠于法律关系的研究取向,也很少有纠缠于概念的研究取向。这是一个好现象,而我却恰恰有此两种取向的苗头,深感不安。在劳动派遣法律关系的分析中,我提出了一个观点:将劳动派遣法律关系整体定性为劳动法上的关系,以派遣权为核心,在元法律关系之间呈现三层结构、三角框架。“三层结构、三角框架”的提法把通识意义上的“三角关系”复杂化了。另外,关于“劳务派遣”与“劳动派遣”的词汇选择也着墨甚多,到最后,连自己也感觉没意思了。第一次就一个制度作系统性研究,又天性喜欢独自捉摸,现在看来担心很多,希望能得到宝贵的商榷意见,同时也希望得到些许的鼓励。

从问题出发是劳动法学研究中重要的研究取向。我在全力推出“三层结构、三角框架”的同时,更是在力所能及的范围对劳动派遣的法律问题进行全面的考察和分析,希望自己能在自己的理论框架下对劳动派遣的具体法律问题进行分析。从派遣权利义务,到劳动派遣业,到劳动者保护,均围绕具体问题而展开。然而,问题终究还是问题,自己的见解肯定有所偏失。在具体问题的研究中,我深刻感受到劳动派遣法学的浩瀚,绝不可能毕其功于一役。例如,自己对劳动派遣法中工伤保险问题、劳动安全卫生问题等的研究还有待深入,相关文献的检索与相关问题的考证还有待日后努力。

最后,超越已有的论证,我既有对劳动派遣的厌恶,也有对劳动派遣的期望。凭着感性认识,劳动派遣不应当是简单的用工问题,而是一种制度创新。我感觉,非官僚化的单位,不足以成为要派人;层级化的单位,总倾向于成为要派人。随着企业的发展,企业会越来越

官僚化,企业结构会越来越层级化。就算天真地对比,劳动派遣的出现与公司的出现该有相似之处吧。当然了,这些观点在本书并没有位置,但是我却有所考虑、不忍割舍,就在此稍微提及好了。

3. 关于派遣法与劳动法

派遣法与劳动法的关系,以及派遣法与劳动法互为视野的思考是贯穿始终的,而且我在最后一章又专门论述派遣法视野中劳动法的现实和未来。只是因为篇幅已经过于庞大,最后又超出派遣法过多,以及其间诸多观点在前文有所涉及,所有关于派遣法与劳动法的专门分析只能草草收尾。倘若说在我现在的视野中还有遗憾的话,一个是具体问题的研究尚有不足之处;另一个就是派遣法视野中的劳动法研究还没有充分展开。在派遣法与劳动法互为视野的思考中强调自由精神、契约理念,是我提到却未分析透彻的。这可能是我最大的遗憾了。

目 录

第一章 劳动派遣的一般理论	1
第一节 劳动派遣的概念、性质与特征	1
一、“劳务派遣”的词汇选择	1
二、劳动派遣的概念	11
三、劳动派遣的性质	15
四、劳动派遣的特征	21
第二节 劳动派遣的类型	26
一、劳动派遣的分类与类型	26
二、真假劳动派遣	27
三、临雇劳动派遣	31
四、公派遣	34
五、兼营派遣	35
六、再派遣	36
第三节 劳动派遣的界别	37
一、界别劳动派遣的意义、标准	37
二、劳动派遣与承揽(业务外包、人力资源外包、自雇)	41
三、劳动派遣与借调(出差)	47
四、劳动派遣与职业介绍(涉他契约)	52
五、劳动派遣与人事代理	56
六、小结	60
第二章 劳动派遣法的基本问题	62
第一节 劳动派遣法之原问	62

一、无法的劳动派遣	63
二、脱法的劳动派遣	66
三、劳动派遣的发展逻辑——规避法律与法律规制的 切换	68
第二节 劳动派遣法的立论问题	80
一、“劳动不是商品”是劳动派遣法立论的起点	81
二、劳动派遣法的背景	89
三、劳动派遣立论的几个论断	96
第三节 劳动派遣法的制度问题	101
一、劳动派遣法的制度嵌入与制度衔接	101
二、劳动派遣法的原则	107
三、劳动派遣法的内容与问题	111
第三章 劳动派遣法律关系之解构——静态的分析	116
第一节 劳动派遣法律关系的解构前提	116
一、法律关系的概念和思维方式	116
二、劳动法律关系之内涵与特征	121
三、小结	125
第二节 劳动派遣法律关系的性质	125
一、劳动派遣法律关系的性质的若干学说	125
二、劳动派遣法律关系解构论	137
三、劳动派遣法律关系的性质	150
第三节 劳动派遣三方之权利义务	157
一、派遣权	157
二、劳动给付义务	163
三、工资给付义务	173
四、两造之权利义务	179
五、小结	188
第四章 劳动派遣法律关系的产生、变更和消灭——动态的分析	189

第一节 劳动派遣法律关系的动态分析	189
一、作为研究方法的发生学	189
二、发生学视角下的劳动派遣法	193
三、劳动派遣法律关系的问题意识	195
第二节 劳动派遣法律关系的产生	197
一、劳动派遣法律关系的建立	197
二、劳动派遣合同与派遣类劳动合同的签订孰先孰后	201
三、要派单位介入派遣单位人选决定之法律问题	204
四、规范(转换)用工过程中涉劳动派遣之法律问题	210
第三节 劳动派遣法律关系的存续	221
一、劳动派遣法律关系之存续	221
二、要派单位直接发放工资之法律问题	228
三、派遣单位代为招聘之法律问题	235
四、劳动者加入要派单位工会之法律问题	238
第四节 劳动派遣法律关系的消灭	244
一、劳动派遣法律关系的消灭	244
二、退回与解除的一揽子协议——派遣法上的合意 解除合同	247
三、劳动者转正——派遣法上的约定终止(期限、条件)	253
第五章 劳动派遣业的管制法	258
第一节 劳动派遣业的“管”理念	258
一、劳动派遣业的界定与兴起	259
二、劳动派遣业的社会角度的考察	266
三、劳动派遣业的经济解释	274
四、劳动派遣业的“管”理念	277
第二节 劳动派遣业的市场准入制度	282
一、市场的限定——限定行业、工种、岗位	282