

TRIAL STUDY

# 审判研究

2011年 第4辑 总第047辑



《审判研究》编辑委员会 编

## 本辑要目

郑尚元

劳动派遣法律关系之解构

王全兴 粟瑜

用人单位违法不订立书面劳动合同的“二倍工资”

条款初探

瞿玉娟

论我国职业灾害工伤保险与民事赔偿之间的衔接关系

黄昆

特殊劳动关系法律规制存在的问题及其完善

黄太云

刑法修正案(八)对打击黑恶势力犯罪相关法律条

文的修改和完善

刘亚平

尘封不息的历史车辙：

中国土地制度的历史沿革及启示



2011年 第四辑 (总第四十七辑)

---

T R I A L

审判研究

S T U D Y

---

《审判研究》编辑委员会 编



法律出版社  
LAW PRESS·CHINA

## 图书在版编目(CIP)数据

审判研究. 2011年. 第4辑:总第47辑/《审判研究》编辑委员会编. —北京:法律出版社, 2011. 11  
ISBN 978-7-5118-2693-0

I. ①审… II. ①审… III. ①审判—研究—中国  
IV. ①D925.04

中国版本图书馆CIP数据核字(2011)第217447号

©法律出版社·中国

责任编辑/李群

装帧设计/汪奇峰

出版/法律出版社  
总发行/中国法律图书有限公司  
印刷/固安华明印刷厂

编辑统筹/法规出版分社  
经销/新华书店  
责任印制/吕亚莉

开本/720×960毫米 1/16  
版本/2011年11月第1版

印张/15 字数/245千  
印次/2011年11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)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

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、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782 西安分公司/029-85388843 重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636 北京分公司/010-62534456 深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5118-2693-0

定价: 20.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

## 《审判研究》编辑委员会

主任：公丕祥

副主任：周继业

委员：（按姓名笔画为序）

刁海峰	马 荣	马汝庆	马志相
王世华	叶兆伟	刘 华	刘亚平
刘媛珍	汤小夫	苏学增	李玉生
李后龙	时永才	吴立香	何 方
宋 健	张 屹	张培成	陆鸣芬
范 群	茅仲华	周茸萌	周晖国
屈建国	胡道才	俞灌南	姜洪鲁
贺强兴	徐清宇	唐伯荣	蒋惠琴
谢国伟	褚红军	薛剑祥	

主 编： 马 荣

副 主 编： 孙 轶 沈明磊 曹也汝

编辑部主任： 孙 轶（兼）

副 主 任： 魏 明

执 行 编 辑： 魏 明

**专家论坛**

- 1 郑尚元 / 劳动派遣法律关系之解构
- 19 王全兴 粟 瑜 / 用人单位违法不订立书面劳动合同的“二倍工资”条款初探
- 35 翟玉娟 / 论我国职业灾害工伤保险与民事赔偿之间的衔接关系
- 47 黄 昆 / 特殊劳动关系法律规制存在的问题及其完善  
——从与特殊劳动关系有关的劳动争议入手所作的分析

**特 稿**

- 61 黄太云 / 刑法修正案(八)对打击黑恶势力犯罪相关法律条文的修改和完善
- 78 刘亚平 / 尘封不息的历史车辙: 中国土地制度的历史沿革及启示

**专题研究**

- 109 姚正陆 李新庄 / 重大涉诉矛盾纠纷风险评估的理论与实践
- 117 赵一波 / 解雇保护制度的法律经济分析与案例实证研究  
——兼谈劳资利益的平衡及法律实现
- 126 陈松宝 杨金姿 / 浅析证券服务机构独立责任的承担
- 135 叶利成 / 论我国公司治理的股东监督机制

**调查报告**

- 153 陆鸣苏 马 燕 / 2010年度江苏省法院再审改判与发回重审案件实证分析

## 各抒己见

- 程英卫 / 论垄断民事损害赔偿之确定 166
- 兼对最高人民法院相关司法解释(征求意见稿)的补充  
困境与方向:浅议土地征用补偿中的“村民资格”问题 174  
/ 卢丽珍 汪开友
- 简论德治与法治的关系 183  
/ 周斐奇
- 论我国检法关系的合理建构 191  
/ 王 静
- 相对弱化诉讼时效强制性之探析 200  
/ 滕 威 陈晓娇
- 试论危险驾驶罪司法适用及完善 209  
/ 徐孝军

## 审判参考

- 江苏省高级人民法院关于深入推进诉讼服务中心  
建设工作的意见 216
- 江苏省高级人民法院关于加强调解工作室建设  
工作的意见 225

## 专家论坛

## 劳动派遣法律关系之解构

郑尚元\*

近些年来,我国派遣用工形式越来越多,从辅业向主业逐步蔓延,从企业向机关、事业单位蔓延,合法派遣与非法派遣可谓鱼龙混杂。<sup>[1]</sup>法律制度治理一种乱象当厘清其中社会关系,换言之,法律关系的定位和定性问题至为关键。在劳动派遣法律关系中,存在派遣单位、实际用工单位、被派遣劳动者<sup>[2]</sup>之间的

\* 清华大学法学院教授,博士生导师。

[1] 郑尚元:“不当劳务派遣及其管制”,载《法学家》2008年第2期。

[2] 关于劳务派遣及相关法律主体的概念表述,存在很大差异。我国《劳动合同法》在特别规定一章中,取“劳务派遣”称谓,对于相关当事人,将派遣方、要派方规定为派遣单位和用工单位。学术界既有使用“劳务派遣”概念者,也有使用“劳动派遣”概念者;相关当事人,有的称为“派遣单位”和“要派单位”,有的称为“派遣公司”和“要派单位”,或“派遣机构”与“要派机构”、“派遣单位”和“接受单位”。从目前使用汉字的国家和地区看,我国采“劳务派遣”表述,日本和我国台湾地区采“劳动派遣”提法。至于相关当事人称谓更是差异明显,如日本劳动派遣法中规定将相关当事人称为“派遣元”和“派遣先”。欧盟国家中,英文使用“Temporary Agency work”,德国使用“雇员转让”概念,自然可以将上述当事人称为“转让方”和“受让方”。笔者在本文中采“劳动派遣”、“派遣单位”和“要派单位”表述,缘由为,日本和我国台湾地区“劳动派遣”概念使用日久。准确地说,应为“劳动者派遣”,属于劳动法调整的一个新领域,而“劳务派遣”概念并不科学,其一,劳务不能派遣;其二,劳务存在绝不止于劳动法调整的雇佣关系领域,民事法律调整的雇佣关系中也存在劳务问题。至于笔者采“派遣单位”和“要派单位”提法,主要考虑是:自劳动法颁布以来,“用人单位”概念已经沉淀为社会用语,“雇主”或“雇用单位”并没有被官方和社会所接受,“单位”表明不是自然人,我国《劳动合同法》规定派遣单位必须通过公司注册形式成立,《劳动合同法》第57条规定:“劳务派遣单位应当依照公司法的有关规定设立,注册资本不得少于五十万元。”因而,“派遣单位”要合理一点;至于“要派单位”的称谓,目前接受派遣工的单位既有企业,也有国家机关、事业单位,甚至有家庭、个人,如家政工(小时工、保姆)等,自然人也可以接受家政公司指派的相关人员。后者属于家政公司派遣到自然人家家庭的派遣关系,不属于劳动法调整的范围,换言之,自然人接受派遣劳动者如何规制尚存诸多疑难。因此,将派遣方、要派方单位化,“派遣单位”与“要派单位”更合理一些。



三角社会关系,即派遣单位与被派遣劳动者之间的社会关系、要派单位与被派遣劳动者之间的社会关系和派遣单位与要派单位之间的社会关系。其中,派遣单位与要派单位之间的关系是民事关系,还是劳动关系?这是许多学者关注的问题。派遣单位与要派单位之间肯定不是雇佣关系,凡是劳动法调整的用人单位和劳动者之间的社会关系,肯定是劳动法上的雇佣关系,雇佣关系中必然存在一方主体是具备劳动能力的自然人,也就是雇员,而派遣单位和要派单位之间的社会关系肯定不是社会生活中官方和学界所指的“劳动关系”。从法律调整的方法看,派遣单位与要派单位存在的纠纷,形式上具备平等主体之间的法律性质,又具备一定的商务性质,很容易将其纳入一般民事关系的范畴。事实上,《劳动合同法》对于派遣单位和要派单位(实际用工单位)所作的有关规定,不论是任意性规范,还是强制性规范,都可以反映出这两个法律主体之间的社会关系又不属于民事关系的许多特征,毕竟派遣单位和要派单位之间派遣劳动者进行劳动的合同涉及另外一方法律主体——被派遣劳动者,上述两个组织体之间的社会关系既非《民法通则》规定的财产关系,也非双方当事人本身的人身关系。但是,在我国现实生活中,常常将派遣单位与要派单位之间的社会纠纷视同民事纠纷,将上述两类主体之间的关系视同民事关系,双方当事人的行为也被视同民事法律行为。三角法律关系中,派遣单位与被派遣劳动者之间的社会关系被界定为劳动合同关系,《劳动合同法》第58条规定:“劳务派遣单位是本法所称用人单位,应当履行用人单位对劳动者的义务。劳务派遣单位与被派遣劳动者订立的劳动合同,除应当载明本法第十七条规定的条款外,还应当载明被派遣劳动者的用工单位以及派遣期限、工作岗位等情况。”那么,派遣单位与被派遣劳动者之间的劳动合同关系到底是怎样一种社会关系?有何特点?法律应如何应对?这些问题都需要进行深入的剖析。至于要派单位,也就是我国《劳动合同法》规定的用工单位与劳动者之间是一种怎样的社会关系,学界存在不同看法,我国现行法律制度又存在模糊不清的规定,如,用工单位支付加班费、支付绩效奖金的规定,用工单位被推定为雇主;从对劳动者保护的事后救济角度,《劳动合同法》第92条的相关规定,即劳务派遣单位与用工单位(要派单位)对权益受损害劳动者承担连带赔偿责任,也可以窥见用工单位作为雇主的影子。用工单位与被派遣劳动者之间的社会关系的性质,同样需要进行论证。本文通过劳动派遣法律关系中三角联动关系之法律关系结构进行整体分析,之后,分解三角法律关系结构。只有准确定性劳动派遣法律关系中的分与合,劳动派遣法律关系才能

清晰可见,法律制度才能因应现实生活,劳动派遣这种特殊的用工形式才能服务社会;只有准确定位劳动派遣法律关系,劳动派遣用工形式才能不被滥用,非法派遣才能得到遏制,劳动者作为法律主体才能不被随意交换,人权才能得到保障。

## 一、劳动派遣法律关系之三角化结构

“在历史上,法律关系的观念最早来源于罗马法之法锁(法律的锁链, *juris vinculum*) 观念……法锁的观念形象地描述了债作为私法关系存在的约束性和客观强制性,为近代法律关系理论的创立奠定了基础。”〔3〕法律关系最初被形象为法锁,可能更容易理解,在纷繁复杂的债权债务关系中,不同的当事人之间是否具有债权债务关系,通过法锁判断是否具备链接的可能,也就是彼此是否互存权利义务关系。当代社会,法律关系学说已逐渐推展至各类法律门类,既有私法上的法律关系,如民事法律关系,也有公法上的法律关系,如行政法律关系。法律关系一般为特定双方当事人之间存在的权利义务关系。但是,特定情形下,也可能形成多边法律关系,即涉及三个法律主体以上的当事人之间的权利义务关系。“所谓多向(多边)法律关系,又称‘复合法律关系’或‘复杂法律关系’,是三个或三个以上相关法律关系的复合体,其中既包括单向法律关系,也包括双向法律关系,例如,行政法中的人事调动关系,至少包括三方面的法律关系,即调出单位和调入单位之间的关系,调出单位与被调动者之间的关系,调入单位与被调动者之间的关系。这三种关系相互关联、互为条件,缺一不可。”〔4〕上述分析表明,涉及三方当事人之间彼此互为依托、缺一不可的三角法律关系是客观存在的。劳动法上存在诸多三角法律关系,例如劳动派遣法律关系、借调法律关系、职业介绍法律关系等,这些三角法律关系因其内容,也就是彼此间权利义务的不同,法律制度存在着明显的差异。

〔3〕 张文显主编:《法理学》,高等教育出版社 2003 年版,第 130 页。

〔4〕 上引书,第 134 页。

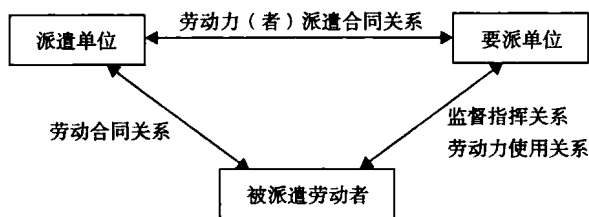
劳动派遣现象出现之前,<sup>[5]</sup>劳动法上的社会关系大体分为两类:一类是个别劳动关系,即产业领域的雇主与雇员之间的雇佣关系;另一类是基于个别劳动关系中劳动者权益保护而形成的团体劳动关系,这些社会关系的法律调整早已形成相应的法理。在传统劳动法律关系中,个别雇佣关系,呈现的是雇主与雇员双方当事人之间的权利义务关系,尽管由于劳动法的法律调整始终存在法律价值的倾斜性,即对劳动者的倾斜性保护,但是,无论公权力介入的深与浅,劳动法学界研究的着力点始终在雇主与雇员之间进行权利义务的分配和法律责任的的不同分担上。我国《劳动法》颁布于1994年,在21世纪之前,我国大陆劳动法学界无人分析过劳动派遣法律问题,也没有人知道其中蹊跷,弄清楚用人单位与劳动者之间的权利义务关系就非常不易了。可以这样说,就劳动派遣的理论研究与实践操作比较而言,我国劳动派遣的社会实践则明显走在了理论研究的前面。自20世纪末开始,我国社会生活中的劳动派遣现象不断涌现,出现了形式各异的派遣用工形式,但都可以归类至劳动派遣用工范畴。劳动派遣法律理论的学术展开则要滞后几年。不过,近年来该领域的学术成果不断涌现,硕士、博士论文选题不少集中于劳动派遣理论的研究。对于劳动派遣中的三角关系学界多有共识,但是,派遣单位、要派单位与被派遣劳动者之间的法律关系的深层次分析相对欠缺。

劳动派遣法律关系结构虽包含三类法律关系,但是,三类法律关系因劳动派遣的类型不同而有所差异。“依劳动派遣雇用实态,大约可以想定有两种模式。一是派遣劳工常时与派遣公司雇主间有劳动契约关系存在,称为‘常用雇用型

---

[5] 关于劳动派遣现象的出现,存在不同版本的说法。一种观点认为,“劳务派遣起源于20世纪上半叶的美国。20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,而后又训练她们操作计算器,满足当时企业对工人的短期需求,从而创立了劳务派遣这一用工模式。”参见王辉宇、万江:《劳务派遣法律实务操作指引》,中国法制出版社2008年版,第1页。另一种观点认为,现代派遣行业产生于20世纪40年代晚期和50年代中期,主要在法国、英国、荷兰、美国,参见张荣芳:《被派遣劳动者劳动权利保护研究》,武汉大学出版社2008年版,第1页。留学日本,对日本劳务派遣法律制度颇有研究的台湾学者邱祈豪先生认为,战前包含派遣劳动在内的劳动力调节手段在产业界即已非常盛行。制度上划分为公营的或免费的职业介绍所或民营的职业介绍所、“劳动者募集”业、人夫供给业等。相关论述参见邱祈豪:《台湾劳务派遣法制化之研究:由日本劳务派遣法制度及政策之历史发展考察》,致良出版社2003年版。上述说法存在一定差异,但也有共通之处,即产业发达国家在20世纪上半叶就已经出现了劳务派遣现象,至于中国内地何时出现的劳务派遣现象,一般说来是20世纪90年代末期至21世纪早期,也有观点认为,20世纪80年代出现的外企服务公司,外企与劳动者之间就应当属于劳务派遣关系。无论如何,我国出现这类现象以及由此产生的新型的劳动关系是比较晚的,与我国经济发展应当是同步调的。

派遣劳工’。二是派遣劳工并未常时与派遣公司雇主间有劳动契约关系存在,仅于派遣公司处登记,嗣派遣公司应要派公司之需求派遣劳工时,再与派遣公司订定定期劳动契约,此种型态之派遣劳工可称为‘登录型派遣劳工’。〔6〕常用型派遣一般是指,被派遣劳动者与派遣单位事先存在一份期限相对稳定的劳动合同关系,派遣单位需要积极拓展业务,寻找要派单位,与业务单位形成劳动力派遣合同之后尽快将劳动者安排到工作岗位上,三方各自获得安定。这种情形下,派遣单位的用工风险较大,无论是否找到下家——要派单位,都将承担劳动法上的雇主义务,换言之,常用型劳动派遣之派遣单位的雇主色彩明显浓重。〔7〕而登录型劳动派遣,劳动者需要积极寻找工作场所——要派单位,待具体工作基本有眉目时,再与派遣单位签订劳动合同。此等情形下,派遣单位因事先不存在劳动合同关系,雇用风险相对较小。两种劳动派遣单位展现的是三个法律主体之间权利义务上微小的差异。不论劳动派遣的形式如何,劳动派遣法律关系始终三类法律关系组合而成的法律关系结构。如下图所示,这三类法律关系分别是:派遣单位与要派单位之间的劳动力(者)派遣合同关系;派遣单位与被派遣劳动者之间的劳动合同关系;要派单位与被派遣劳动者之间的劳动力使用监督指挥关系。



劳动派遣法律关系图

在上图所显示的三类法律关系中,三类法律关系组合而成劳动派遣法律关系,也可以称为劳动派遣法律关系结构。所谓的劳动派遣法律关系,这三类法律关系缺一不可。以派遣单位与要派单位的劳动力(者)派遣合同关系为例,如果没有这一类法律关系,派遣单位和要派单位不仅没有派遣劳动者到要派单位工作的法律依据,更堪忧的是,要派单位不支付相应的费用,派遣单位有何动力?

〔6〕 邱骏彦:“劳动派遣之法律关系探讨”,载《万国法律》2004年总第138期。

〔7〕 我国《劳动合同法》规定的劳动派遣,更接近于常用型劳动派遣。现实生活中,同样存在登录型的派遣用工形式,这种带有挂靠性的劳动派遣存在不少隐患。

应当说,劳动派遣之所以存在,最大动因在于派遣单位与要派单位都各取所需,派遣单位需要利润,要派单位需要简化管理节约用工成本。显然,这一类法律关系是构成劳动派遣法律关系的重要组成部分。派遣单位与被派遣劳动者之间的劳动合同关系同样也是劳动派遣法律关系必不可少的一环,假若派遣单位与被派遣劳动者不存在劳动合同关系,那么,劳动者在薪水主张不确定的情形下根本不可能听命于派遣单位前往要派单位处工作;如果不存在劳动合同关系,派遣单位与劳动者之间的关系维系于一般的民事关系,劳动者职业劳动过程中权利保护将失去依托。要派单位与劳动者如果缺乏劳动法上的职业场所的指挥与监督,缺少职场劳动的基本约束,其生产经营将无法展开。我国大陆早期研究劳动派遣的学术观点,由于受到时空限制,部分观点值得商榷,“在这种现象中存在着派遣机构、要派企业和受派员工的三角关系。在要派企业与受派员工之间,受派员工提供劳动力由要派企业使用,受派员工已成为要派企业劳动组织的成员;要派企业组织劳动过程,对受派员工劳动力的使用进行管理,并向受派员工提供工资、福利、社会保险费等待遇。这表明,要派企业与受派员工的关系是劳动关系而不是劳务关系。”〔8〕这一观点一定程度上反映的是事物的表象,要派单位与被派遣劳动者之间存在着“劳动”类的社会关系。但是,劳动关系属于职业劳动领域的特定类的社会关系,包含法律保护类的社会关系和法律取缔类的社会关系,并非法律关系。派遣单位与劳动者之间存在的社会关系系劳动合同关系,而要派单位与劳动者之间存在的就不是劳动合同关系,如果以“雇主”和“雇员”的身份进行界别,要派单位显然不是“雇主”。还有学者认为:“从理论上讲,派遣机构与要派机构之间是劳务关系,受民法调整,双方可以通过意思自治、平等协商,在劳务合同中约定各自对派遣劳工的权利与义务,法律也可以对两个雇主在劳动法上的权利义务进行分配。”〔9〕将派遣单位与要派单位派遣劳动者进行劳动的法律行为视为民事法律行为,双方当事人享有高度的意思自治,劳动者算不算法律主体?两个雇主到底是否存在?角色有何差异?上述观点一定程度上影响了理论界和实务界。部分从事实务的同志亦坚持类似这样的观点,“劳务派遣的这种法律关系可以理解为如下的三方关系:派遣单位与被派遣劳动者之间存在劳动关系(或名义劳动关系、不完整的劳动关系);派遣单位与用人单位是契约关系(合同关系);用人单位与被派遣劳动者之间是指挥命令关系(或劳务

〔8〕 王全兴、侯玲玲:“劳动关系双层运行的法律思考”,载《中国劳动》2004年第4期。

〔9〕 董保华:“劳务派遣的法学思考”,载《中国劳动》2005年第6期。

关系、实质劳动关系、特殊劳动关系)。”<sup>[10]</sup>上述分析实际上没有准确解释劳动派遣法律关系系三类法律关系之结构组合,如名义劳动关系、不完整劳动关系、实质劳动关系、特殊劳动关系等表述皆非法律用语,尤其是派遣单位与要派单位之合同关系的认定,到底是什么合同关系呢?是民事合同吗?如果是民事合同,现行法律制度,乃至大陆法系国家为什么要管制劳动派遣呢?上述种种观点表明,劳动派遣法律关系作为三类法律关系的有机组合常常被割裂,尤其是派遣单位与要派单位之间的法律关系往往被割裂于劳动法调整之外,不禁让人唏嘘!

三类法律关系互为依托,没有派遣单位的存在就没有劳动派遣业的生产,要派单位用工必须直接与劳动者订立劳动合同;没有要派单位,派遣单位可谓没有业务,经营无法展开,自然不需要与被派遣劳动者订立劳动合同,相对而言,被派遣劳动者在三方主体中话语权相对弱小。但是,派遣单位与要派单位之间的交易如果绕开被派遣劳动者,完全视劳动者为交换的客体,三角关系将合并为两造关系,也就是双方当事人之间的关系,该类社会关系也不称其为劳动派遣法律关系,劳动法对该类社会关系的调整也就没有任何法理支撑!因此,审视劳动派遣法律关系切忌分割三类法律关系之结构,既不可直接单纯地想象派遣单位与被派遣劳动者之间属一般劳动合同关系,或者是单纯地认为派遣单位与要派单位之间的劳动力(者)派遣合同关系是民事合同关系,而是三类法律关系的有机组合。处理具体法律纠纷时更应在三方法律主体之间寻求平衡,尤其是,派遣单位与要派单位发生劳动力(者)派遣合同纠纷时,切忌只考虑上述双方当事人的关系,必须还要考量被派遣劳动者的利益,让其参加纠纷的解决,并让其具有相应的发言权。法律规制派遣单位的法律行为,维护劳动者合法权益时,同样不可忘却规制和警示要派单位。由此可知,劳动派遣法律关系实质上是一个三类法律关系的结构组合,不同于双方当事人之间法律关系,三类法律关系结构中的任何一类法律关系的梳理都与其他两类法律关系形成相应的联动,这是问题的合的方面。但是,这个结构同样需要分解,即,每一类法律关系须经过相应的法理透视,问题才能逐步澄清。

[10] 前引[5],王梓宇、万江书,第67页。

## 二、劳动派遣法律关系结构之分解

### (一) 派遣单位与被派遣劳动者之间的劳动合同关系

派遣单位与被派遣劳动者之间法律关系的分析,须从法律关系主体分析入手。派遣业的形成可谓一类新型行业的诞生,总体上属于第三产业,可以归类于中介服务业一类。派遣单位是经营人力、向需要劳动者的单位提供职业劳动力的经营性组织,一般须经过特定许可<sup>[11]</sup>和商业注册两个环节。笔者认为,派遣单位一般具备如下特点:第一,派遣单位属于中介服务类经营单位,以赢利为目的;第二,派遣单位虽有特定工作场所,但该工作场所相对来讲比较狭小,仅维系派遣单位本身运转的工作使用,被派遣劳动者一般不使用该工作场所;第三,派遣单位固定资产非常有限,与生产类经营单位相比,“作为雇主之派遣方没有任何生产资料,如机器设备、厂房、生产工具等,只是罗织劳动力的一个蓄水池。”<sup>[12]</sup>没有厂房与设备,换言之,传统企业存在破产可能,而派遣单位可能无产可破;第四,派遣单位不存在技术开发问题,不存在无形资产,一般来讲规范运营的派遣单位可能包含部分商业秘密,如客户名单、经营管理的经验和形式;第五,派遣单位没有相应的职业训练和技能提升系统,与传统企业职工技能养成形成较大区别的是,派遣单位不负担员工技能提升的义务;第六,派遣单位成立工会具有先天障碍,员工派到其他单位工作,被派遣员工分散,派遣单位办公场所制约工会成立。<sup>[13]</sup>与派遣单位相比,被派遣劳动者作为法律关系主体一方,具备什么样的特性呢?《劳动合同法》第66条规定:“劳务派遣一般在临时性、辅助性或者替代性工作岗位实施。”上述规定虽然原则,但可以推导——劳动者也应该是从事临时性、辅助性或者替代性工作的劳动者,换言之,这样的劳动者一般来讲市场竞争力不强。

通过上述关于法律关系主体特性的分析,派遣单位与被派遣劳动者之间的

---

[11] 依据日本《劳动派遣法》第59、60条的相关规定,一般劳动派遣业者须取得厚生劳动大臣之许可;特定劳动派遣业者须向厚生劳动大臣提出报备。未取得厚生劳动大臣之许可经营一般派遣业者,处一年以上有期徒刑或一百万日元的罚金;经营特定派遣业者,未向厚生劳动大臣提出报备的,处6个月以下有期徒刑或30万日元罚金。参见柯雅龄:“劳动派遣之法律问题与法制化之研究”,台湾地区私立中国文化大学2007年硕士论文,第309页。

[12] 郑尚元:“劳动派遣之立法因应——劳动派遣之社会价值与负效应”,载《南京大学法律评论》2005年秋季号,第217页。

[13] 目前,我国中介类服务性经营单位,如婚姻介绍机构、职业介绍机构、房屋中介机构,不管雇用多少员工,其规模有多大,分支机构有多少,此类单位一般不存在内部工会。

权利义务关系可以分类如下。

### 1. 被派遣劳动者的义务

(1) 劳务给付义务,即接受派遣劳动的义务,一般情况下,劳动合同中应当载明被派遣劳动者从事工作的种类和接受被派往其他单位工作的义务。派往异地工作的,劳动合同中须特别约定。<sup>[14]</sup> 被派遣劳动者进行劳动是获得劳动报酬的基本义务,但是,职业劳动为指挥监督劳动,具有相应的职场纪律与规则,一般情况下,劳动合同中并不约定此类内容。(2) 接受加班的义务。职业场所工作经常加班加点,只要在法律规定的范围内,经营单位要求劳动者加班加点并非不可理解,只是须具备一定条件。“只要派遣劳工之劳动契约许可,且劳工派遣契约中亦授权或许可要派人,则要派人应有权限地要求派遣劳工加班。”<sup>[15]</sup> (3) 向派遣单位请假的义务。除法定假日休息外,被派遣劳动者因个人原因,如婚丧嫁娶、生病和家事需要请假时,须向派遣单位提出,同时,需要告知要派单位。

### 2. 派遣单位的义务

(1) 工资和奖金给付义务。派遣单位为被派遣劳动者的用人单位,当然应当履行工资和奖金给付的义务;(2) 加班费给付的义务。从法理上讲,支付加班工资应当是用人单位的义务,“加班时之工资与所有各种财产给付,全应由派遣人负担。因此,此时派遣人应得请求要派人就加班时数支付所约定之派遣报酬。”<sup>[16]</sup> 我国《劳动合同法》第62条规定:“用工单位应当履行下列义务:(一)执行国家劳动标准,提供相应的劳动条件和劳动保护;(二)告知被派遣劳动者的工作要求和劳动报酬;(三)支付加班费、绩效奖金,提供与工作岗位相关的福利待遇;(四)对在岗被派遣劳动者进行工作岗位所必需的培训;(五)连续用工的,实行正常的工资调整机制……”笔者认为,派遣单位与要派单位的“雇主身份”一般不能逾越,要派单位过多负担用人单位的法律义务,更容易混淆派遣单位与要派单位彼此间的权利与义务。要派单位要求被派遣劳动者加班的,双方应互有记录,并将该记录及加班工资转至派遣单位,由派遣单位代为发放。

[14] 劳动派遣之异地派遣劳动,问题非常复杂,如员工请假问题,是否只能向派遣单位提出?而是向要派单位提出?该问题,笔者认为,应向要派单位提出,但应及时告知派遣单位。我国《劳动合同法》第62条规定,被派遣劳动者应与用工单位的劳动者同工同酬,用工单位无此类岗位的,参照用工单位所在地相同或相近岗位劳动者的劳动报酬确定。因此,异地派遣,被派遣劳动者的报酬标准应执行劳动合同履行地的标准。

[15] 黄程贯:“德国劳工派遣法律关系之法律结构”,载《政大法学评论》第60期。

[16] 上引文。



## (二) 要派单位与被派遣劳动者的监督指挥劳动关系

分析要派单位与被派遣劳动者之间的法律关系同样需要从法律关系主体的分析入手。何为要派单位？简单地讲，就是接受被派遣劳动者从事劳动的用工主体，也就是我国《劳动合同法》规定的“用工单位”。但是，如此分析并不准确，要派单位究竟属于什么样的组织，在我国现行法律制度中并没有确定，当然，这种不确定性从1994年颁布的《劳动法》对“用人单位”的界定的模糊性就开始了。<sup>[17]</sup>以笔者所见，要派单位作为劳动派遣法律关系主体之一，应当具备以下特点：第一，要派单位应当是经营性的企业；第二，要派单位接受被派遣劳动者从事职业劳动只是其雇佣劳动的组成部分或辅助部分；第三，要派单位从事经营的主业与辅业的分类中，派遣劳动应当是辅业中的雇佣劳动。而被派遣劳动者与上文分析是一致的，多为竞争力不强的劳动者，长期雇佣存在障碍的劳动者。<sup>[18]</sup>

要派单位与被派遣劳动者之间的法律关系究竟如何呢？如果说在上述三类法律关系结构中的其他两类法律关系，派遣单位与被派遣劳动者、派遣单位与要派单位之间存在合同关系的话，可以肯定地讲，要派单位与被派遣劳动者不存在合同关系。换言之，没有“契约”或“约定”之存在。不存在合同关系并不等于两个主体之间不存在法律关系。关于要派单位与被派遣劳动者之间的法律关系，学界存在认识上的分歧，不同法系的制度理念亦存在较大差异。美国法上之劳动派遣法律关系中，并没有像大陆法系中严格的三类关系分界，“美国通常以‘联合雇主’(joint employers)解释劳务派遣关系，认为派遣单位、用工单位是联合雇主。因为前者实施了传统雇主的考核、招聘，决定劳动者工资、委派地点以及解雇等事宜，行使了雇主的劳动控制权，理应是派遣劳动者的雇主；后者决定派遣劳动者的工作内容和工作方式，行使了雇主的劳动控制权，也是该劳动

---

[17] 我国《劳动法》规定，“用人单位”既包含企业、个体经济组织，事实上，“个体经济组织”并非法律主体应当使用的术语，实践中指的是“个体工商户”，同时也包含国家机关和事业单位。国家机关和事业单位是否是劳动法上的“雇主”主体，笔者研习劳动法以来，一直认为存在颇多疑点。公力机构与职业劳动者，也就是工勤人员形成的雇佣合同关系普遍存在，如将两者皆纳入劳动法的主体，如何监管公力机构。我国台湾地区“劳动基准法”以雇主从事的经营行业进行分类，列入调整的行业皆为生产经营的行业。市场经济国家经常将“劳动关系”称为产业关系“industrial relation”。由此，理性地分析，用人单位应当是产业领域中的经营者，不宜过度扩展。要派单位应当与产业经营者一致，准确地讲，应当是要派企业。上文注释中曾指出家庭接受家政公司派遣家庭工，不是规范意义上的劳动派遣法律关系，同样，国家机关、事业单位本不应该接受被派遣劳动者，成为要派单位的角色。

[18] 前引[12]，郑尚元文。