

左春玲 / 著

劳务派遣下的 劳动关系

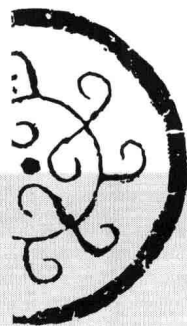


知识产权出版社

全国百佳图书出版单位

劳务派遣下的 劳动关系

左春玲 / 著



知识产权出版社
全国百佳图书出版单位

内容提要

劳务派遣下存在着多方行为主体,他们在政府用工和就业政策的规制下,按照市场机制完成劳动关系的构建、运行、调整及解构。本书将在理论研究和现状分析的基础上,对劳务派遣进行宏观政策研究和微观管理研究。重点探寻宏观政策的形成、变迁和效应。还将对劳务派遣下劳动关系的各个侧面(如劳动标准、劳动争议处置等)进行分类研究。

责任编辑:纪萍萍

图书在版编目(CIP)数据

劳务派遣下的劳动关系 / 左春玲著. —北京:知识产权出版社, 2014. 1

ISBN 978-7-5130-2341-2

I. ①劳… Ⅱ. ①左… Ⅲ. ①劳务派遣 - 劳动关系 - 研究 - 中国 Ⅳ. ①F249.26

中国版本图书馆CIP数据核字(2013)第234484号



劳务派遣下的劳动关系

LAOWUPAIQIAN XIA DE LAODONGGUANXI

左春玲 著

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 8370

印刷: 知识产权出版社电子印制中心

开本: 720mm×960mm 1/16

版次: 2014年1月第1版

字数: 225千字

邮 编: 100088

邮 箱: bjb@cnipr.com

传 真: 010-82000860 转 8240

经 销: 各大网络书店、新华书店及
相关销售网点

印 张: 14.75

印 次: 2014年1月第1次印刷

定 价: 45.00元

ISBN 978-7-5130-2341-2

出版权专有 侵权必究

如有印装质量问题,本社负责调换。

序

进入 21 世纪，特别是在《劳动合同法》实施之后，关于劳务派遣是与非的争论日益成为政策制定者和社会公众关注的焦点。一方面，劳务派遣用工在现实当中的迅猛发展昭示了它在社会总效用提高方面担当着越来越重要的作用，无论是雇佣方、受派方还是劳务派遣的管理方都可以从这种灵活的雇佣机制当中寻找到各自利益的契合点。另一方面，劳务派遣争议的激增以及由劳务派遣所引致的典型社会事件及热点话题又使得这种新型的劳动力要素配置模式备受质疑。在中国，劳务派遣机制运行的结果对派遣制劳动者在职业稳定、同工同酬等方面的权益构成了严重的挑战。两方面之间所呈现出的矛盾将政策制定者推到了两难的境地。到底应该如何来看待和把控这种复杂的劳动关系呢？劳务派遣当中效率、公平能否兼得？本书的写作意图正是发轫于此。

本书将研究视角分布于 7 个侧面。第一章 劳务派遣的发展对派遣机构和要派单位在劳务派遣当中所充当的角色类型进行了细致刻画，还对劳务派遣在实践当中的衍生形式进行了深入分析，由此形成了本书立论的两个重要的基点，即复合雇主观点和派遣机制边界模糊观点。第二章 劳务派遣的法律规制重点对劳务派遣行业准入规制、适用范围规制以及对于劳务派遣协议的规制进行了比较和分析，在结合中国国情和中国法发展历史的基础上提出了改进劳务派遣法律规制的多个设想。第三章 劳务派遣的主体及行为研究主要沿着要派单位、派遣机构以及派遣制劳动者三个脉络展开。重点探讨了三个主体在劳务派遣机制当中对于劳动力要素的需求和供给行为及特征；探讨了劳务派遣中雇主责任分配的重要问题；还对无良

劳务派遣进行了初步的绘形。第四章 派遣制下的契约关系重点阐述了作者对于劳务派遣所涉契约在契约自由、契约平等以及诚信原则方面所秉承的价值判断理念；运用信息经济学的方法对契约的不完全性进行了较为深入的分析。第五章 被派遣劳动者的集体劳权首先对工会代表权这一重要概念进行了简要的阐释。以此为基础，围绕着派遣制劳动者在自由结社、集体交涉以及集体行动三方面的权益展开对中国法规制的检讨。第六章 劳务派遣下的劳动争议研究沿着劳务派遣争议的调解、仲裁以及诉讼三个脉络展开。特别对争议的当事人、争议处置的责任分担等问题进行了具体而深入的分析。第七章 劳务派遣下的同工同酬问题运用博弈论和信息经济学的分析方法对派遣制劳动者的同工同酬问题进行了定量分析，得出的结论令人深思。模型支持“同工同酬”在理论上实现公平与效率兼得，但由于劳务派遣报酬分配机制的固有特点以及实施同工同酬的现实障碍，劳务派遣领域的同工同酬仅能在极为严苛的条件下才可能实现。

本书的撰写得益于笔者在劳动关系领域从事研究和教学工作时所做的积累。许多问题的认识的框架和观念等借鉴了作者业已完成并已出版的既往著作。对劳务派遣中所蕴涵的复杂劳动关系的探索反映了笔者对派遣制劳动者劳动权益的关切。作为一个冷静的观察者和思考者，笔者认为劳务派遣机制的变迁永远遵从市场机制的安排，是派遣机构、要派单位以及派遣制劳动者三方之间的复杂博弈构造并形成了劳务派遣的动态格局。这意味着，假如雇佣方无法从政府规制的约束中寻找有效的激励策略，不设法对制度规制有所突破，则劳务派遣配置劳动力资源的效率将无法得到优化。

左春玲

2013年5月23日

目 录

第一章 劳务派遣的发展	(1)
一、不同法域下的劳务派遣	(1)
二、劳务派遣的性质和特征	(3)
三、劳务派遣的种类	(5)
四、劳务派遣的发展历程	(8)
五、劳务派遣的发展动因	(16)
六、劳务派遣中劳动关系的性质	(17)
第二章 劳务派遣的法律规制	(24)
一、规制劳务派遣的法律	(24)
二、对劳务派遣行业准入的规制	(25)
三、对劳务派遣适用范围的规制	(35)
四、对劳务派遣协议内容的规制	(51)
五、规制中国劳务派遣的设想	(56)
第三章 劳务派遣的主体及行为	(59)
一、要派单位的要派行为及特征	(59)
二、派遣机构的派遣行为及特征	(68)
三、被派遣劳动者的行为及特征	(70)
四、劳务派遣下的雇主责任	(79)
五、无良劳务派遣	(88)

2 劳务派遣下的劳动关系

第四章 派遣制下的契约关系	(90)
一、劳动契约的价值理念	(90)
二、劳务派遣下的劳动契约自由	(98)
三、劳务派遣下劳动契约的不完全性与诚信原则	(102)
四、劳务派遣下劳动契约的期限	(109)
第五章 被派遣劳动者的集体劳权	(117)
一、集体劳权概述	(117)
二、被派遣劳动者与自由结社权	(119)
三、被派遣劳动者与集体交涉权	(133)
四、被派遣劳动者与集体行动权	(142)
第六章 劳务派遣下的劳动争议	(151)
一、劳动争议概述	(151)
二、劳务派遣下劳动争议的状况	(161)
三、劳务派遣下劳动争议的处置	(163)
第七章 劳务派遣下的同工同酬问题	(180)
一、劳务工的报酬状况	(180)
二、理论研究回顾	(184)
三、劳务派遣相关主体的公平偏好	(187)
四、实现同工同酬的障碍	(192)
五、实现同工同酬的一个视角——基于劳务定价与劳动报酬 比较的视角	(195)
参考文献	(203)
附件 美国国家劳资关系法	(208)

第一章

劳务派遣的发展

一、不同法域下的劳务派遣

劳务派遣^①在不同的法域之下有许多内涵接近的不同称谓，例如德国称为“雇员转让”，法国称为“临时劳动”，美国称为“雇员租赁”，日本则称为“劳动者派遣”等。

在德国 1972 年的《规范经营性雇员转让法》^②（以下简称《雇员转让法》）中，雇员转让是指雇主（转让方）以经营的形式将自己雇佣的劳动者（被出借的员工）提供给第三方（借用方）使用的行为。

在法国的《劳动法典》中，雇佣关系被分为常态雇佣（雇主与雇员签署无固定期限劳动合同）和非常态雇佣。非常态雇佣又分为三类，它们是：雇主与雇员签署固定期限劳动合同的情形、雇主与雇员签署临时工作合同的情形和非全日制雇佣。按照雇佣关系发生的形态，“雇主与雇员签署临时工作合同”与中国的“劳务派遣”基本对应。《劳动法典》法律篇

① 劳务派遣是中国法中的一个特定的称谓。这一称谓最早见于 2002 年中共中央、国务院联合发布的《关于进一步做好下岗失业人员再就业工作的通知》中。此后，中国的官方文件开始通用“劳务派遣”一词。

② 德国法将雇员转让分为两类：一类即所谓的“非营利性之劳务派遣”，指劳动者平时从事劳务给付的对象为派遣单位，只有在偶尔遇到特殊情形时，才由派遣单位将其出借给另一用工单位，为该用工单位提供劳务给付。另一类即所谓的“营业性劳务派遣”，指派遣单位将其所雇佣的被派遣劳动者，派遣至用工单位提供劳务给付，这种派遣又被称为“专业的暂时性工作”。

2 劳务派遣下的劳动关系

第 1251—1 条规定：“采取临时工作的目的，在于由临时工作企业为了该企业客户的利益，把劳动者派遣到该企业客户那里履行一定的任务。”其中，“临时工作企业”为派遣企业，“该企业客户”就是要派企业。

在美国，主要由职业雇主组织或雇员租赁公司^①经营“雇员租赁”业务。美国没有专门规范劳务派遣的法律，执法机构根据雇员租赁公司、客户单位对派遣劳动者行使控制权的事实来确定劳务派遣关系及其中的权利义务关系。这里有三种情形（见表 1—1）。其中，情形 2 最接近于中国法意义下的劳务派遣；情形 1 在中国法意义上目前几乎没有现实存在；而情形 3 可以部分表征中国劳务派遣的很多中间状态。

表 1—1 美国雇员租赁的三种情形

情形	雇员租赁公司	客户公司	雇佣关系
1	负责招聘、考核被派遣劳动者，并且直接委派管理人员到工作场所执行监督管理权，决定被派遣劳动者的工资、社会保险、解雇等事宜	对被派遣劳动者几乎没有实质性的控制权	雇员租赁公司就是被派遣劳动者的单一雇主
2	仅担当“被派遣劳动者”工资、社会保险支付主体的角色	对被派遣劳动者行使实质性的控制权	客户公司就是被派遣劳动者的单一雇主
3	对被派遣劳动者享有相应的实质性控制权	对被派遣劳动者享有相应的实质性控制权	雇员租赁公司与客户公司是被派遣劳动者的共同雇主 ^② 或者联合雇主 ^③

① 在美国，从事人力资源管理、雇员福利、薪水和工伤赔偿外包服务的机构被称为职业雇主组织或雇员租赁公司，它实际上担当的是派遣劳动者的角色；使用职业雇主组织提供的雇员的组织称为“客户公司”，它就是所谓的要派机构。

② 共同雇主的概念由美国法最先提出，其含义为“两个或两个以上公司虽然实际上是各自独立的，但是它们在雇佣问题上共同参与决定”。

③ 按照美国《国家劳资关系法》和《家庭和病假法》，如果多个雇主对相同雇员实施重要控制（有证据证明他们分享或共同决定关于雇佣条件和基本条款的事情），则这多个雇主构成所谓的联合雇主。联合雇主对相同雇员实施联合雇佣，既有劳务派遣这种雇佣形态，又有非全日制雇工为多个雇主工作的形态，还有在密切关联企业中租赁和出借雇员的形态。因此，从概念的范畴来看，联合雇佣包含劳务派遣。在美国，雇员租赁公司与客户公司是作为被派遣劳动者的单一雇主还是共同（联合）雇主，美国劳工局还要对有关要素进行考察，要看它们之间是（转下页）

日本于1996年颁布了《确保劳动者派遣业合理运行及改善劳动者就业条件的法律》(以下简称《劳动者派遣法》)。该法规定:“劳动者派遣,谓将自己雇佣之劳工,于该雇佣关系下,接受他人之指挥命令,为该他人从事劳动,但不包含与他人约定由其雇佣该劳工在内”的行为。

在中国,“劳务派遣”这一谓是在《关于进一步做好下岗失业人员再就业工作的通知》(中发[2002]12号)这份中央文件中被确定下来的。目前,中国法还没有对劳务派遣进行科学的界定。^①2007年的《劳动合同法》仅仅通过第58、59、60、62条的规定来对雇佣型劳务派遣予以界定,确认派遣单位为派遣制劳动者的用人单位,履行法定雇主义务;同时用工单位也负有相应的雇主义务。简言之,中国的理论界和实践界只对雇佣型派遣的主体结构和运行机制形成了比较一致的看法。显然,中国法对于劳务派遣内涵的刻画还尚待完善。

二、劳务派遣的性质和特征

劳务派遣是一种非标准的劳动力配置形式,它是传统的劳动力资源配置方式与市场经济发展之间相互矛盾、相互作用的产物。与标准的劳动力配置形式相比,劳务派遣表现出独特的性质和特征。

第一,劳务派遣蕴涵着更为复杂的雇佣机制。劳务派遣的运行机制中涉及三方主体,分别是:派遣机构、被派遣劳动者和要派单位。其中派遣机构与要派单位通过民事协议形成平等的民事关系。派遣机构与被派遣劳动者通过劳动合同形成具有从属性质的雇佣关系。^②由于民事协议和

(接上页)否可以作为《工人调整性再培训和预告法》上的雇主。需要考察的要素包括:机构的所有权人构成,执行人员构成,机构的实际控制权、人事政策的决策权,机构运作的依赖性等。如果以上要素共性多,说明两个以上的机构是同一实体,法律上作为单一雇主来看待。

① 中国的一些地方法规对“劳务派遣”进行的界定有:《北京市劳务派遣组织管理暂行办法》(1999)规定:“本办法所称劳务派遣是指本市行政区域内具有独立法人资格的企业,安排本单位职工从事社会劳动,并取得劳务收入的行为”;《湖南省劳务派遣管理办法(试行)》(湘劳社政字[2006]14号)规定:“劳务派遣,是指具有独立法人资格的机构将其职工派往其他单位提供劳务的劳动用工形式”;等等。

② 常凯.劳动关系学[M].北京:中国劳动社会保障出版社,2005:10-11.

劳动合同都是在市场机制下达成的，故而都具有诺成、有偿和双务合同^①的特征。通过契约间的属性传递，要派单位与被派遣劳动者之间形成对劳动力要素的使用和被使用的关系，它们两者之间的作用遵循组织内部行政管理机制的安排。在市场机制和行政机制两种机制的作用下，三个主体之间的关系胶合在一起，就构成了更为复杂的雇佣关系。

第二，劳务派遣的本质特征是派遣机构与要派单位共同参与劳动力所有权的分割与交易。劳动力所有权是占有权、使用权、收益权和处分权等权利的综合。在标准的雇佣形式下，劳动者仅与雇主就劳动力的部分所有权（主要指使用权、部分占有权和部分处分权）进行交易以获得自身生存和发展的经济条件，劳动者与雇主之间一般是通过劳动合同来确认劳动力所有权的交易机制。在劳务派遣形式下，与劳动者进行劳动力所有权交易的是派遣机构和要派单位。由于存在两个交易主体，就必然出现交易标的物的分割问题。劳动力使用权、部分占有权和部分处分权的分割和交易要由派遣机构和要派单位之间达成的劳务派遣协议来确定。如果派遣机构参与劳动力所有权分割交易的程度高，则会出现与表 1-1 中情形 1 相接近的情况；如果要派单位参与分割交易的程度高，则会呈现出接近于情形 2 的情况；当然，根据参与情况的不同，还会出现情形 3 所描述的各种中间状况。总之，劳务派遣协议最终确定的权利和义务关系将成为派遣制劳动者与派遣机构构建劳动关系的外部约束，进而会影响到他们之间就达成劳动合同所进行的各种努力。

第三，劳动力所有权交易链条变长致使受派劳动者劳权损耗增大。在劳务派遣中，派遣机构成为劳动力所有权交易新增的重要环节。这个环节的增加必然导致交易费用的增大。这样一来，要派单位必须酌情采取新的交易策略来努力控制劳动力所有权交易费用的增加。策略一是仅在较短的期限内购买劳动力所有权，这样可以使因使用派遣制劳动者而增加交易费用的情况仅在短期内发生。这种做法对于要派单位来说是理性的，却会导

① 诺成合同，是指合同双方就合同或协议条款涉及的各项权利和义务，能够进展到彼此承诺进而达成一致的状况，并且随后予以签署，进而宣告成立的合同。有偿合同，是指合同的买方根据合同卖方提供商品的数量和质量来进行支付的合同。双务合同，是指双方当事人都享有权利和承担义务，且权利与义务呈彼此对应状态的合同。

致受派劳动者就业稳定性的降低，从根本上侵蚀其劳动权益。策略二是仅与派遣机构进行劳动力所有权交易，利用劳务派遣市场上普遍存在的需求约束，努力将交易费用维持在标准雇佣形式下交易费用的水平或者略高一些的水平。在这个偏紧的交易约束下，讨价还价能力较弱的受派劳动者在与派遣机构进行劳动力所有权交易时，其劳动权益会进一步受损。

三、劳务派遣的种类

在劳务派遣的发展进程中，基于不同的派遣或要派动因，发展形成了各种各样的劳务派遣模式。按照不同的标准，大致可作以下分类。

（一）短期派遣和长期派遣

按照派遣期限的长短，劳务派遣可分为短期派遣和长期派遣。从多国实践来看，短期派遣通常是指派遣期限在6个月以内的劳务派遣。对于长期派遣，根据各国的法律，派遣期限的上限有“无限期”（如德国、美国）、18个月（如法国）、24个月（如韩国）和36个月（如日本）等多个种类。

（二）雇佣式派遣、登记式派遣

在日本、东亚等地区，按照受派劳动者与派遣机构的结合程度，有两种劳务派遣模式。

一是雇佣式派遣。雇佣式派遣下，派遣机构与受派劳动者订立劳动合同，建立劳动关系。派遣机构有义务将受派劳动者派遣到合适的工作岗位工作并在其提供合格劳务后按约向其支付劳动收益；而受派劳动者有义务遵照受派机构和要派单位的指令履行雇员义务。受派劳动者在等待派遣期间，或已经派遣但尚未开始到要派单位工作，或在两段派遣之间的“间歇期”，或派遣机构与要派单位因故解除或终止派遣协议时，他与派遣机构间的劳动关系仍然存续。

二是登记式派遣。登记式派遣下，派遣员工首先在派遣机构登记，直到要派单位向派遣机构提出用人需求时，派遣机构才与受派劳动者订立与

劳务派遣协议上约定期限相同的劳动合同，并将其派遣至要派单位工作。当工作期满，派遣机构与受派劳动者的劳动关系也随之终止，后者又恢复登记状态。

（三）营利性劳务派遣和非营利性劳务派遣

按照派遣机构从事劳务派遣业务是否以营利为目的，可将劳务派遣分为营利性劳务派遣和非营利性劳务派遣两类。营利性劳务派遣是指以谋取利润为目的的劳务派遣；而非营利性劳务派遣则反之。目前，仅有法、德等少数国家还以“是否营利”为标准来对劳务派遣进行大的分类。德国对非营利性劳务派遣不设立法限制；法国法则许可雇主集团向其集团内部派遣劳动者的行为合法。德国通过《雇员转让法》对营利性劳务派遣的适用进行规范；法国则明确禁止营利性劳务派遣，除非派遣行为发生在《劳动法典》所规定的“临时工作的企业”。

（四）义务型劳务派遣和权利型劳务派遣

义务型劳务派遣是指因法律规定必须采取劳务派遣方式用工而引致的劳务派遣。权利型劳务派遣是指用工单位根据自身需要而选择采取劳务派遣方式用工而引致的劳务派遣。在中国法域之下，这种分类方式仍然具有一定的现实意义。

中国的义务型劳务派遣包括两类：一是外事服务单位向外国企业（以及华侨和香港、澳门、台湾同胞在境外设立的公司、企业和其他经济组织）的常驻代表机构派遣劳动者。根据《国务院关于管理外国企业常驻代表机构的暂行规定》，外国企业常驻机构招聘工作人员需要通过特定的劳务派遣单位办理。《北京市人民政府关于外国企业常驻代表机构聘用中国雇员的管理规定》中明确规定，无论外国企业常驻代表机构招聘中国雇员，还是中国公民到外国企业常驻代表机构应聘均应由外事服务机构办理。例如，北京外企服务集团有限责任公司（FESCO）即为政府指定的专门从事劳务派遣的外事服务机构，它从20世纪80年代中期就开始向外国企业的驻京机构派遣劳动者。二是外事服务单位向驻华外交机构及其他代表机构或个人派遣劳动者。根据有关规定，如北京市人民政府通告（京

政发[1991]70号),向各国驻华大使馆、欧洲共同体委员会驻华代表团、联合国系统组织驻华代表机构和外国驻京新闻机构(或个人)提供工作人员,必须通过北京外交人员服务局。

(五) 劳务派遣在实践中的衍生类型^①

在实践领域,劳务派遣还与劳务承揽^②、职业介绍以及劳务输出^③等劳动力配置形式之间存在连带关系。劳务派遣与这几种形式结合在一起,分别衍生出虚假承揽、一日型派遣、预订介绍派遣、复合派遣和专属派遣(见图1-1)。

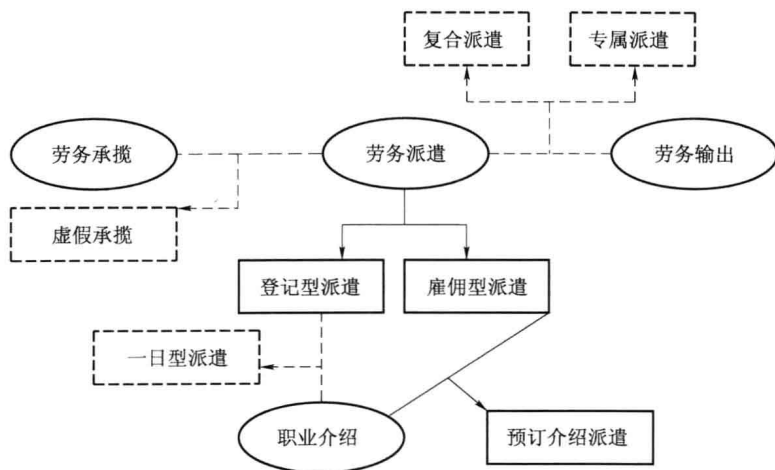


图 1-1 劳务派遣的衍生形式

注：虚线方框为现行日本劳动者派遣法禁止的形式

虚假承揽是指以劳务承揽的名义开展劳务派遣活动，即两个企业表面上签订劳务承揽合同，但实际的操作却是承揽方以履行合同为由将自己的

① 孟繁强，李新建，浅析日本劳务派遣及相关概念[J]，日本学刊物，2010(2)。

② 劳务承揽是指具有承揽资格的自然人或者机构，以自己的设备、技术和劳动独立地为签约人完成特定工作任务，并依据工作结果获取报酬的行为。

③ 劳务输出是日本企业进行劳动力配置时的一种典型方式，在日本又称为“劳动出向”或“员工借调”。劳务输出是指企业有意识地将所属员工派到另一个企业工作，而接受派遣的企业大多是该企业的供应商或合作伙伴。

员工派遣到对方企业工作，承揽方并不对被派遣劳动者进行业务管理。由此导致对被派遣员工的管理无法确认，进而也导致工作条件（如职业安全等）供给主体的模糊。虚假承揽通过承揽合同剥离了承揽如对被派遣劳动者的管理责任。由于没有派遣协议，因此，用工单位与被派遣劳动者之间也不存在法律上的使用和管理关系，使部分雇主责任处于空白状态，劳动者的部分权益难以追溯。

一日型派遣和预订介绍派遣是登记型派遣与职业介绍两种劳动力配置方式结合的衍生物。一日型派遣的主要特征在于：①派遣公司只向派遣劳动者支付工作期间的劳动报酬，没有工作时则不支付工资；②派遣期限较短，往往只有数日，甚至只有一天。一日型派遣的职业稳定性最弱，被派遣劳动者在工资、社会保险、职业安全等方面的权益难以获得相对稳定的保障。预订介绍派遣是指受派单位在对其所接受的派遣劳动者工作满意的情况下，在其派遣期结束后，对其直接雇佣的情况。预订介绍派遣最早源自美国，传至日本后得到改进。1999年日本再次修订《劳动者派遣法》，预订介绍派遣得到法律的许可。

劳务派遣和劳务输出相结合形成的衍生态，主要包括复合派遣和专属派遣。复合派遣是指一家企业以自己拥有的派遣公司为经营对象，先将所属员工在职输出到派遣公司，然后经由派遣公司派遣到其他用工企业，即形成“先在职输出、后劳务派遣”的劳动配置形态。复合派遣中实际上出现了四方雇佣关系。在复合派遣中，管理关系先转移到内部派遣公司、后转移到外部用工企业。专属派遣是指派遣公司是用工企业的子公司，所属员工与派遣公司签订劳动合同，并被派遣公司以劳务派遣的形式派遣到用工企业内，从而形成专属派遣。这种行为避免了复合派遣中形成的四方雇佣关系，但容易形成同一企业中雇佣关系和管理关系分属不同主体的局面，企业有用派遣劳动者取代标准雇佣劳动者之嫌。

四、劳务派遣的发展历程

劳务派遣起源于欧美国家。催生并促进这种劳动力配置方式不断发展的原因是它能够满足临时用工、短期用工和不愿被长期雇佣的劳动者

的就业需求等。尽管劳务派遣具有灵活配置劳动力资源的特殊功能,由于它涉及劳动力要素的交易问题,这与国际劳工组织“劳动力不是商品”的思想相抵触,所以早期的国际劳动公约对于私营职业介绍所^①从事营利性劳务派遣业务持坚决的禁止态度。第二次世界大战后,“不应把劳动力仅仅看成是商品”成为新的认识主流,在此背景下,国际劳工组织的态度逐渐发生转变。相应地,国际劳动公约及建议书对于私营职业介绍所的政策取向也从限期废除或严格管制逐步转变为鼓励并规范其发展。到了20世纪60年代,以各种面貌出现的劳务派遣异军突起,从而引发了国际劳工组织对私营职业介绍所问题的新讨论。最终,国际劳工组织采取了肯定并鼓励包括劳务派遣在内的私营职业介绍服务发展的务实的态度。《1997年私营就业机构公约》(第181号公约)和《私营就业机构建议书》(第188号建议书)发布。公约将私营职业介绍机构的职能描述为:“雇佣工人的服务,目的是使这些工人可供第三方使用,第三方可能是自然人或者法人,他们给工人分配任务并监督这些任务的执行。”对于这项职能的描述标志着在国际劳动公约层面对私营就业服务机构的合法业务范围进行了扩展,劳务派遣在国际法层面得到了认可。这两份法律文件为国际劳工组织的各成员国对劳务派遣关系的法律规制提供了一个基本框架。近三十年来,随着经济全球化的不断推进和劳动力市场的激烈演化,越来越多的国家将劳务派遣视为调节劳动力需求、解决就业问题的有效工具。各国政策界、实践界对劳务派遣的态度从禁止或回避逐步转变为接受和鼓励。很多国家通过立法修订,一方面放松对劳务派遣的限制;另一方面加强对派遣制劳动者劳动权益的保护。

(一) 国外劳务派遣的发展模式

国外劳务派遣的发展模式大致可分为两类。

^① 按照《1997年私营就业机构公约》(第181号公约),“私营就业机构”是独立于政府并且提供以下三种服务的自然人或法人:第一种是为招聘与求职双方提供配对服务,其自身不成为劳动合同关系的当事一方。第二种是招聘劳动者并派其为第三人(用工企业)提供劳动,第三人给劳动者布置工作,并且监督其履行情况。第三人可以是自然人,也可以是法人。第三种是其他与求职相关的服务。基于这样的界定,私营就业机构可以分为三种类型:第一种是私营职业介绍所;第二种是劳务派遣机构;第三种是其他私营就业机构。

1. 宽松的发展模式

美国是宽松发展模式的典型代表。美国没有批准关于职业介绍所的任何国际公约，美国国内法体系中也并没有禁止或限制劳务派遣的专门立法，因此美国的劳务派遣从诞生之初就处于比较宽松的条件之中。在美国，关于劳务派遣争议的判例以及分散于联邦及州立法中的有关劳务派遣的规定^①构成关于劳务派遣的司法框架。

美国的劳务派遣，据考证最早出现于 20 世纪 20 年代，盛行于 20 世纪 70 年代。早中期的现代劳务派遣方式主要见于化工和石油、工程和设计、建筑等特殊行业。这些行业的雇主通过雇员租赁的方式来满足他们的雇佣需求（特别是对技能型员工的需求）。1972 年，在美国的加利福尼亚州最早的雇员租赁公司诞生了。从此，劳务派遣在雇员租赁公司的运作下得到了快速发展。20 世纪 90 年代开始，美国雇佣法和工会组织的活动使得标准雇佣的成本与风险不断增加，为避免违反法律或者与工会发生对抗，越来越多的雇主转而寻求外部劳动力市场，这为劳务派遣的蓬勃发展提供了现实基础。经过四十多年的发展，雇员租赁公司已遍布全美各地，约有两百万人以受派者身份进行工作。在美国，受派雇员一般都是雇员租赁公司的长期雇员，即使在待派期间，仍然可以从雇员租赁公司那里获得保健、医疗、补助薪金等福利待遇。美国的雇员租赁公司以向中小企业出租各级各类专业人员为主，租赁方式大致有两种：一是按照受派雇员的才能价值来进行租赁业务定价。这种方式下，受派单位除向雇员租赁公司提供与标准雇佣下数量相当的薪金总和外，还要向租赁公司支付约为薪金总和 10%~15% 的租金，然后由租赁公司扣除雇员社会保险基金后的薪金总和发给受派人员。二是按照劳务价值来进行租赁业务定价，即按照受派人员承担的工作任务的期望目标的价值，或者由实际完成的业绩或成果的价值来决定向雇员租赁公司支付租赁费，再由租赁公司按一定比例，将其作为薪金，发放给受派人员。^② 目前，劳务派遣已经渗透到美国经济社会的

① 涉及劳务派遣的美国联邦立法主要有：《职业安全卫生法》、《国家劳资关系法》、《家庭事务与病假法案》、《公平劳动标准法》等。一些州法中也设置了许可制度、派遣公司保险制度、员工手册制度等。

② 李小平，美国的“影子部队”和雇员租赁公司 [J]，改革，1988（6）。