

劳务派遣规制失灵的原因与出路

谢增毅

内容提要:虽然劳动合同法设立专节规制劳务派遣,但法律规制并没有实现立法的预期目的,劳务派遣出现了“规制失灵”。劳务派遣规制失灵的原因是多方面的,既有劳务派遣法律规制内容本身的不足、城乡分割的用工体制以及部分企业二元用工机制的体制障碍,也有执法机制薄弱等方面的原因。因此,解决劳务派遣规制失灵问题需要从多方面入手:完善劳务派遣规制内容,明确劳务派遣法律关系,特别是确立派遣机构和用工单位“联合雇主”身份,科学设置派遣机构和用工单位的责任;完善执法机制,加强劳务派遣日常监管,完善“同工同酬”实施机制,将“同工同酬”纳入反歧视法的框架;改革现行用工体制机制,创造公平就业环境,为劳务派遣制度的顺利实施营造良好的社会环境。基于以上各种因素,劳务派遣的健康、规范发展仍是一个漫长的过程。

关键词:劳务派遣 法律规制 同工同酬 劳务派遣机构

谢增毅,中国社会科学院法学研究所副研究员。

劳务派遣因劳务派遣工数量巨大,存在问题较多,一直是劳动法研究的热点和难点问题之一。2007年《劳动合同法》对劳务派遣的法律规制并没有实现预期的目的,其背后原因值得反思。近年来关于劳务派遣的研究已有不少,但是从制度实施的角度,研究制度实施的情况、困境和原因,尤其是从立法、执法和体制环境等方面进行系统论述的成果并不多。本文将以太劳务派遣制度的实施为主线,进一步厘清劳务派遣的法律关系和当事人法律责任的分担,探索将反就业歧视法引入到劳务派遣制度的实施之中,并分析劳务派遣规范有序发展的体制机制,力图从立法规制、实施机制和体制环境等方面全面、系统地提出劳务派遣规范有序发展的法治对策。

一 劳务派遣的规制与失灵

改革开放以来,我国劳务派遣工的数量增长较快,主要原因是劳务派遣长期没有受到

法律的规制,许多企业利用劳务派遣规避用工风险和法律责任。《劳动合同法》出台之前,劳务派遣没有受到严格的法律规制,劳务派遣的数量一直没有精确的统计。2006 年前后,全国总工会测算,全国劳务派遣工大概为 2500 万人。^[1] 劳务派遣在快速发展的同时带来不少问题,主要包括:劳务派遣公司随意克扣劳务派遣工工资;劳务派遣工同工不同酬;劳务派遣工得不到正常晋升和工资增长;用工单位滥用劳务派遣;工伤等责任不明确。^[2] 因此,2007 年《劳动合同法》制订时,首次在全国性的立法中增加了劳务派遣的规制内容。2012 年又专门针对劳务派遣,修改了《劳动合同法》的相关规定。

《劳动合同法》对劳务派遣的规定并没有实现限制和规范劳务派遣发展的初衷,劳务派遣的数量仍然急剧上升。根据全国总工会的测算,2011 年全国企业劳务派遣工占企业职工总数的 13.1%,约 3700 万人。根据调研,一些地方劳务派遣工的比例更高。^[3] 劳务派遣的大量使用产生了许多突出问题,主要包括:一是劳务派遣单位过多过滥,经营不规范;二是许多用工单位长期大量使用劳务派遣,有的用工单位甚至把劳务派遣作为用工主渠道;三是被派遣劳动者的合法权益得不到有效保障,同工不同酬、不同保障待遇的问题比较突出。劳务派遣用工制度的滥用对常规的用工方式和劳动合同制度造成较大冲击。^[4] 与劳务派遣有关的劳动争议数量巨大。^[5] 换言之,劳务派遣并没有按照《劳动合同法》预期的目的规范有序发展,而是呈现出某种“非正常繁荣”,并产生了诸多问题。

二 劳务派遣规制失灵的原因

尽管《劳动合同法》设立专节规定了劳务派遣,但劳务派遣的数量不降反升,而且存在的问题更为突出,甚至出现了某种程度的法律规制“失灵”。为何《劳动合同法》关于劳务派遣的规制不仅没有起到规范劳务派遣有序发展的作用,而起到相反的效果? 概括起来,法律规制失灵的背后原因主要包括立法、执法和体制环境等三个方面的因素。

(一) 法律规制内容本身的不足

虽然 2007 年《劳动合同法》专节规定了劳务派遣,体现了限制和规范劳务派遣的立法思路,但在立法过程中在一些重要条款上的举棋不定,反映了立法者对劳务派遣缺乏严格规制的决心和立场。比如,在《劳动合同法》及其实施条例的草案中曾经有关于派遣转“直接雇佣”、“备用金”、“临时性、辅助性、替代性”的规定或界定,但在最终的立法中都没有被保留。^[6] 这种立法态度和立法价值的摇摆与我国长期将派遣用工等灵活就业形

[1] 全总劳务派遣问题课题组:《当前我国劳务派遣用工现状调查》2012 年第 5 期,第 23 页。

[2] 信春鹰主编:《中华人民共和国劳动合同法释义》,法律出版社 2007 年版,第 211-212 页。

[3] 全总劳务派遣问题课题组:《当前我国劳务派遣用工现状调查》2012 年第 5 期,第 23 页。

[4] 全国人大常委会法工委:《关于〈中华人民共和国劳动合同法修正案(草案)〉的说明》,全国人大网站:http://www.npc.gov.cn/npc/xinwen/lfgz/flca/2012-07/06/content_1729107.htm,最后访问时间:2013 年 3 月 5 日。

[5] 有统计指出,目前与劳务派遣相关的劳动争议的数量已经占到我国劳动争议总量的 20%。参见顾东武:《贯彻落实〈劳动合同法(修正案)〉之我见》,《工人日报》2013 年 1 月 15 日第 006 版。但目前官方并没有关于与劳务派遣有关的劳动争议数量的统计。

[6] 林嘉、范围:《我国劳务派遣的法律规制分析》,《中国人民大学学报》2011 年第 6 期,第 74 页。

式作为政府促进就业的重要手段的思路有关。^[7]我国对劳务派遣的立法规制并不严格。

从法律规制强度看,劳动合同法关于劳务派遣的规制力度并不大。我国劳务派遣的整体规制水平在国际上处于低端。^[8]对比一些国家,我国对劳务派遣缺乏严格的规制。以美国为例,美国是崇尚市场经济和自由竞争的国度,其劳动法也以自由和放松管制著称,^[9]但在劳务派遣领域的规制却极为严格。例如,在劳务派遣公司的设立上,许多州法都规定了设立的审批制度,一些州对劳务派遣公司的实际控制人、控制权的转移、甚至控制人的品行都有要求。^[10]2007年《劳动合同法》缺乏对劳务派遣适用范围的严格规定(“三性”缺乏硬约束),对劳务派遣合同的续签次数和持续时间没有限制,未规定劳务派遣向直接雇佣转变的制度,对劳务派遣机构的规制过于宽松,未规定同工同酬等制度的实施机制,缺乏对劳务派遣的动态监管。虽然2012年《劳动合同法》修正案提高了劳务派遣机构的设立门槛,增加了有关“三性”的界定以及同工同酬的规定,^[11]总体上,我国对劳务派遣的法律规制强度并不大。

(二) 执法体制的缺失:以同工同酬为例

“同工不同酬”被普遍认为是劳务派遣的最大问题,“同工同酬”也成为劳动合同法修正案加强规制的重要条款。^[12]问题的关键是如何在派遣工人和直接雇用的劳动者之间实现“同工同酬”?这是一个值得研究的难题。

虽然“同工同酬”原则天经地义,但本身的实现却存在诸多困难。根据原劳动部1994年颁发的《关于〈劳动法〉若干条文的说明》(劳办发[1994]289号)的解释,“同工同酬”是指用人单位对于从事相同工作、付出等量劳动且取得相同劳动业绩的劳动者,支付同等的劳动报酬。^[13]由此可以看出,同工同酬必须具备三个条件:一是工作岗位、工作内容相同;二是劳动工作量相同;三是劳动业绩相同。工作岗位和内容较好判断,工作量和作业业绩则难以衡量。科学准确判断和量化“相同工作”、“等量劳动”、“相同劳动业绩”等抽象概念是几乎不可能完成的任务。而且,虽然我国劳动法、劳动合同法规定了同工同酬,但却没有任何的实施机制和责任机制,使得“同工同酬”成为一个“美丽传说”,相关条款形同虚设。

从国外立法和实践经验看,由于同工同酬本身判断和实施难度很高,国外立法和实践并不过于强调“同工同酬”原则本身,而是将该原则置于反就业歧视法的框架之中,并依靠反就业歧视法的执法机制加以实施,即在就业领域,立法要求雇主不因性别、种族、年龄等自然因素而在工资上实施差别待遇。在国际上,有关同工同酬的原则和规定主要体现

[7] 林嘉、范围:《我国劳务派遣的法律规制分析》,《中国人民大学学报》2011年第6期,第74页。

[8] 钱叶芳:《劳务派遣规制强度的国际比较及对我国的启示》,《法治研究》2012年第5期,第77页。

[9] 最典型的表现是,在大部分国家,雇主与雇员解除合同必须有正当理由,而美国基本奉行“自由雇佣”政策,雇主与雇员解除合同无需正当理由。See Mark A. Rothstein, Charles B. Craver, Elinor P. Schroeder, Elaine W. Shoben, *Employment Law*, West, 2005, pp. 746-747.

[10] 谢增毅:《美国劳务派遣的法律规制及对我国立法的启示》,《比较法研究》2007年第6期,第105页。

[11] 《中华人民共和国劳动合同法》第57、63、66条。

[12] 《劳动合同法》第63条。

[13] 劳动部:《关于〈劳动法〉若干条文的说明》(1994)第46条。

在 1951 年的《男女工人同工同酬公约》中,该公约规定,男女工人同工同酬是指报酬率的订定,不得有性别上的歧视。^[14] 可见,同工同酬原则的初衷在于解决男女工资上的平等待遇问题。在一些国家,同工同酬原则也主要为了解决男女工资平等待遇问题。例如,英国于 1970 年通过了《平等工资法》(Equal Pay Act 1970),但其基本要求是对“相同工作”(same employment)的“男女”给予“平等待遇”(equal treatment),并不是泛泛而谈“同工同酬”。^[15] 随着反歧视法的发展,反歧视的事由不仅局限于性别,而是扩大到种族、宗教、信仰、民族等。而且,反歧视涵盖的环节并不仅仅局限于就业的机会公平,而是涵盖就业的整个过程,包括就业的条件和待遇,其中也包含工资待遇的平等。例如,欧盟 2000 年《建立就业和职业平等待遇的一般框架》指令(2000/78)就明确反歧视的事由包括宗教、信仰、残疾、年龄、性取向,反歧视的覆盖环节包括就业的准入和招聘条件、职业培训、就业和工作条件,以及解雇和工资待遇。^[16] 可见,关于工资的平等待遇主要被纳入反歧视法的框架。

尽管将工资的平等待遇(同工同酬)纳入反就业歧视的框架也面临判断“同工”、“同酬”等抽象概念的判定难题,但这一做法的优势是可以利用反就业歧视的规则体系、特别是执行机制落实同工同酬的原则。例如,很多国家都设立了反歧视和平等促进的专门机构。美国 1964 年《民权法案》设立了平等就业机会委员会。^[17] 欧盟 2000 年的《种族待遇指令》和 2002 年修改后的《平等待遇指令》要求成员国必须建立促进平等待遇的独立机构。^[18] 该类机构不仅应帮助个人提起诉讼,还必须具有从事研究和提出独立政策建议的职能。除了通过设立专门的反歧视和平等促进机构,许多国家反歧视法还通过举证责任的设置以及规定雇主的责任和受歧视者的救济内容,使受害人的权利得到真正的救济。

具体到派遣工的平等待遇,随着实践发展,有关派遣工的平等待遇问题也得到专门立法的重视。欧盟于 2008 年通过了《临时派遣工作指令》。根据该指令,反歧视法的平等待遇原则也适用于临时派遣工人和直接受雇于用人单位的工人,而且平等待遇的内容不仅包括工资,还包括工作时间、加班、休息、休假、夜班工作、假期等工作条件。^[19] 在德国,2004 年开始实施的法律规定派遣单位不得与用人单位约定被派遣雇员在被派遣期间的劳动条件低于用人单位的主要劳动条件,否则约定的内容无效。劳务派遣公司违反这一规定的,则有可能被撤销或收回行政许可。^[20]

从上可以看出,欧美国家对同工同酬的保护通常是将其纳入反歧视法的框架,禁止基于性别、宗教、信仰、残疾、年龄等与工作无关的事由而实施工资歧视;同时,将派遣工的身

[14] 《男女工人同工同酬公约》(1951)第 1 条。

[15] Section 1 of Equal Pay Act 1970.

[16] Article 1, Article 3, Council Directive 2000/78 Establishing a General Framework for Equal Treatment and Occupation.

[17] Section 705, Title VII of the Civil Rights Act of 1964.

[18] Article 13, Racial Equality Directive (Council Directive 2000/43); Article 8a, Revised Equal Treatment Directive (Council Directive 2002/73).

[19] Article 1, 3, 5 of Council Directive No. 2008/104 on Temporary Agency Work.

[20] 蔡和平:《德国雇员转让法及其发展》,载周长征主编:《劳务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 95-96 页。

份作为禁止歧视的事由,雇主必须向派遣工和直接雇佣的雇员提供平等待遇,而且平等待遇不仅包括工资还包括其他工作条件和待遇。这样的立法和实施机制,就使得派遣工的平等待遇有执法机制的保障。

对比国外反歧视的立法和实践,我国在反歧视方面的立法和实施机制严重落后,特别是行政机关并没有明确的反歧视职责。2004年制定的《劳动保障条例》并没有将反歧视作为政府劳动保障监察机构监察的事项。^[21] 实践中,行政机关受理的案件凤毛麟角。虽然《就业促进法》第62条赋予遭受就业歧视的劳动者向人民法院提起诉讼的权利,但是,法院对反歧视案件经常不予受理,从而导致很多关涉歧视的案件不能顺利进入司法程序,被歧视者的合法权益得不到保护。^[22] 最高人民法院公布的民事案件的案由也没有包括歧视或者就业歧视。^[23] 因此,法院受理案件变成“缺乏依据”。就业歧视案件占整个民事案件的比例微乎其微。根据一项对五个基层法院和中级法院2005年—2009年就业歧视案件数量的调查,结果发现在这期间,有两个法院受理的案件数为0,两个法院受理的案件数为1,一个法院受理的案件数为2。^[24] 可见,法院处理的就业歧视案件几乎可以忽略不计。由于中国缺乏对就业歧视的定义、举证责任以及对受害人的救济内容的详细规定,特别是缺乏有力的行政执法机构,^[25] 实际上,反就业歧视法的实施举步维艰。^[26]

因此,在目前中国反就业歧视立法和实施机制都非常薄弱的情形下,实现“同工同酬”的目标仍是无源之水、无本之木。实践证明,主张同工同酬的案例也遭遇裁判困境。裁判实践遇到的困境包括同工同酬的法律定义不明确,证明责任体系不健全,国有企业的身份管理体制壁垒,等等。^[27] 因此,在同工同酬本身的立法和实施机制不清、反就业歧视法的规则和实施机制薄弱的背景下,有关同工同酬的规定恐将难以实现。

(三)我国用工体制机制的制约和影响

1. 企业用工机制的限制与影响

在使用劳务派遣的企业和行业中,有一个现象引人注目,即国有企业是使用劳务派遣的“主力”。通常,国有企业由于各种因素的影响,被认为更能遵守劳动法,较少规避劳动法,但国有企业却是劳务派遣使用的主力军。国有企业和机关事业单位充当劳务派遣主力的现象值得关注。

上述现象看似偶然,其实是现行经济体制、用工体制的一种必然反映。首先,国有单

[21] 参见我国《劳动保障监察条例》第十一条规定。从该规定可以看出,就业歧视并没有明确属于劳动保障部门监察的事项。

[22] 刘小楠主编:《反就业歧视的理论与实践》,法律出版社2012年版,第99页。

[23] 最高人民法院:《关于印发修改后的〈民事案件案由规定〉的通知》,2011年。

[24] Jiefeng Lu, Curb Your Enthusiasm: A Note on Employment Discrimination Lawsuits in China, *Richmond Journal of Global Law and Business*, Spring 2011, p. 220.

[25] Timothy Webster, Ambivalence and Activism: Employment Discrimination in China, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, May, 2011, p. 705.

[26] Jiefeng Lu, Employment Discrimination in China: the Current Situation and Principle Challenges, *Hamline Law Review*, Winter, 2009, p. 189.

[27] 参见柯菲菲、蒋彦龙、蒋天成:《劳务派遣工主张“同工同酬”的裁判困境分析》,《中国劳动》2011年第12期,第19-20页。

位存在鼓励使用劳务派遣的传统体制。比如,主管部门对工资总额、人员编制和数量的限制,客观上使企业无法直接雇用更多人员,通过使用劳务派遣不仅可以克服工资总额和人员编制的限制,还可以将劳务派遣的费用作为企业成本,减少纳税及其他与员工数量有关的支出。第二,与上述因素有关,传统的国有单位用工“二元化”的现象继续存在。在国有单位,体制内的正式职工存在能进不能出的现象,加上体制内的正式职工存在数量限制,当企业需要增加员工时,就采用劳务派遣的形式,招聘劳务派遣工,从事那些辅助性和低端的工作。体制内的正式职工可以享受垄断行业或垄断企业带来的高工资和高福利,而大量的劳务派遣工只能获得市场的工资,同工不同酬的现象由此产生。企业通过劳务派遣,人为将企业人员分为两类,一方面维持已有正式职工的既得利益,另一方面,使用劳务派遣,解决企业的实际用工需要。这种二元制的弊端非常明显。国有企业当下实行的“双轨制”用工,事实上是一种等级化的用工制度,造成了歧视和严重的分配不公,体制外劳动者包括劳务派遣工的权利受到侵害,这背离了国有企业的本质属性,违反了市场经济的基本原则,也有悖于社会公平和正义。^[28] 对这种用工制度进行改革,将极大触及国有企业经营者和固定工的利益,因此,国企用工制度改革必然受阻,并将缺乏动力。^[29] 在国有企业中,劳务派遣工和正式工很难做到同工同酬,原因在于正式工享受了诸多市场外的福利,他们不愿降低工资和其他福利待遇。^[30] 因此,在打破传统的用工二元体制之前,是无法抑制企业使用劳务派遣冲动的。

2. 劳动力城乡分割体制的制约和影响

根据全总的调查,劳务派遣工中农民工和外地户籍人员均占 52.6%。^[31] 可见,派遣工的主体是农民工。农民工由于自身在户籍身份、教育、资源等方面的不足,在劳动保护和福利上处于弱势地位。比如,根据一项调查数据,2010 年,外来劳动力签订合同的比例为 25.7%,城市本地劳动力签订合同的比例为 64.6%。^[32] 从合同期限看,外来劳动力签订固定期限合同的比例要高于城市本地劳动力,相反,外来劳动力签订无固定期限合同的比例却远远低于城市劳动力。例如,根据 2009—2010 年的一项调查,外来劳动力中,3/4 的劳动力签订的是固定期限劳动合同,签订无固定期限劳动合同的比例仅为 19.9%;与此同时,城市本地劳动力中,53.5% 的劳动力签订的是固定期限劳动合同,签订无固定期限劳动合同的比例为 44.6%。^[33] 我国城乡分割二元化的劳动用工体制以及带来的劳动保护的不平衡不可能在短期内消除。我国农民工的数量也一直高居不下。例如 2013 年全国农民工总量达到 26894 万人,其中外出农民工 16610 万人。^[34] 这种城乡二元化的体制以及农民工的巨额数量及其用工情况,也严重影响了劳务派遣的有序规范发展。

上述三方面原因中,劳务派遣法律规制内容的不足,加上《劳动合同法》对用人单位

[28] 陈剩勇、曾秋荷:《国有企业“双轨制”用工制度改革:目标与策略》,《学术界》2012 年第 1 期,第 25 页。

[29] 陈剩勇、曾秋荷:《国有企业“双轨制”用工制度改革:目标与策略》,《学术界》2012 年第 1 期,第 15 页。

[30] 信春鹰主编:《中华人民共和国劳动合同法释义》,法律出版社 2007 年版,第 212 页。

[31] 全总劳务派遣问题课题组:《当前我国劳务派遣用工现状调查》,《中国劳动》2012 年第 5 期,第 24 页。

[32] 王美艳:《劳动合同法的实施:问题与对策建议》,《贵州财经学院学报》2013 年第 1 期,第 27 页。

[33] 参见王美艳:《劳动合同法的实施:问题与对策建议》,《贵州财经学院学报》2013 年第 1 期,第 27—28 页。

[34] 人力资源和社会保障部:《2013 年度人力资源和社会保障事业发展统计公报》。

义务和责任的强化,特别是有关订立无固定期限合同的要求以及解除合同的严格条件,导致了許多用工单位倾向于使用劳务派遣规避劳动合同的风险和责任,是诱发劳务派遣过度使用的内在原因。执法体制的缺失,使劳务派遣工的“同工同酬”等基本权利难以实现,是劳务派遣工权益受损和过度使用的外在原因。而用工体制机制的僵化,使国有企业等国有单位成为劳务派遣的重灾区,是诱发劳务派遣在部分行业和部分企业被滥用的体制原因。

三 解决劳务派遣规制困境的出路

从上可以看出,劳务派遣成为劳动保护的“重灾区”并非偶然,劳务派遣问题的解决也不可能一蹴而就。劳务派遣问题的解决也有赖于整个用工体制的改革和法律制度的完善,是一个长期而系统的工程。完善劳务派遣规制内容尤其是劳务派遣法律关系的理清以及执法体制的完善是其中的核心问题。从长远看,劳务派遣的有序发展也有赖于用工体制机制的改革和完善。

(一) 法律规制内容的完善:法律关系的厘清

劳务派遣法律规制的内容相当丰富,核心是厘清主体之间的法律关系,这是完善劳务派遣法律规制内容的基础和关键。

1. “单一雇主”与“联合雇主”之争

劳务派遣法律关系的复杂性在于三个主体之间法律关系的性质不易理清。根据我国劳动合同法的规定,劳务派遣机构是派遣工的用人单位,因此,劳务派遣机构和派遣工的劳动关系较为清晰。但实际用工单位(接受单位)与派遣工的关系是否为劳动关系,用工单位是否是派遣工的“雇主”,劳务派遣机构和用工单位是否是“联合雇主”,针对这些问题学界则缺乏共识。在法律关系的确定上,目前主要有两种模式,即“单一雇主”和“联合雇主”模式。“单一雇主”模式的特点是法律拟制派遣单位为被派遣劳动者法律上的雇主,承担主要的雇主责任,这种模式主要为欧洲国家所采纳。^[35] 例如,在德国,派遣工人虽然要根据用工单位的要求提供劳务,并接受其指令和监督,但派遣工人与用工单位之间并不存在劳动合同关系,派遣工人只与派遣机构建立劳动关系,是派遣机构的雇员。^[36] “联合雇主”模式主张,在劳务派遣中,派遣机构和派遣工人之间,以及用工单位与派遣工人之间形成的都是“特殊劳动关系”。双重特殊劳动关系的叠加构成了一个完整的劳动关系。两个雇主共同对派遣劳工承担劳动法上的义务。^[37] 美国在联邦法上采用了“联合雇主”的理论。^[38]

中国应选择“单一雇主”模式还是“联合雇主”模式?这个问题的回答只能寻求法理和法律的规定。从现有法律规定和实务看,除了《劳动合同法》第58条的规定,实务上,

[35] 张荣芳:《论我国劳务派遣法律规制模式》,《法学评论》2009年第6期,第56页。

[36] 蔡和平:《德国雇员转让法及其发展》,载周长征主编:《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89页。

[37] 董保华:《劳务派遣的法学思考》,《中国劳动》2005年第6期,第11页。

[38] 谢增毅:《美国劳务派遣的法律规制及对我国立法的启示》,《比较法研究》2007年第6期,第110页。

劳务派遣单位承担了招聘、分配派遣工人的工作、解聘、支付派遣工的工资和社会保险费用等法定义务,因此,劳务派遣单位属于派遣工人的“法定雇主”应无疑义。问题是,实际用工单位是否是派遣工人的雇主?根据《劳动合同法》第 62 条的规定:用工单位应当履行的义务包括:(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。”因此,用工单位必须履行法律规定的此类义务。此外,用工单位事实上还承担了对派遣工人日常的指挥和管理,派遣工人劳动的过程也处于用工单位的控制之下。我国原劳动和社会保障部于 2005 年颁布了《关于确立劳动关系有关事项的通知》,根据该《通知》,同时具备下列情形的,劳动关系成立:(一)用人单位和劳动者符合法律、法规规定的主体资格;(二)用人单位依法制定的各项劳动规章制度适用于劳动者,劳动者受用人单位的劳动管理,从事用人单位安排的有报酬的劳动;(三)劳动者提供的劳动是用人单位业务的组成部分。^[39]在劳务派遣中,派遣工人显然必须接受用工单位的劳动管理,其提供的劳务也是用工单位的组成部分,而且主体也没有违反法律的限制性规定。因此,从劳动关系的一般认定标准以及我国的相关规定看,认定用工单位是派遣工人的“雇主”的理由是充分的。

事实上,劳务派遣机构和用工单位对派遣工人的指挥、管理和控制是无法截然分开的。在劳务派遣关系中,劳务派遣机构和用工单位在不同的环节上对被派遣劳动者实行指挥、控制和管理。派遣单位侧重于在招聘、订立合同、工资、社保支付、解除合同等方面实施管理,用工单位侧重在劳动合同的履行、加班、安全卫生等方面实施管理。而且,有关劳务派遣的很多决定是由双方共同作出的。《劳动合同法》第 59 条规定的劳务派遣机构和用工单位之间的劳务派遣协议即是双方共同意志的体现。因此,无论根据派遣单位、用工单位各自与派遣工人之间的关系,还是根据派遣单位与用工单位之间的共同行为,派遣单位与用工单位作为派遣工人的“联合雇主”是可以成立的。

当前,我国还存在劳务派遣规制模式即“单一雇主”模式和“联合雇主”模式之争。例如,有学者认为,在理论上,我国劳务派遣的法律构造可以选择“单一雇主”模式或“联合雇主”模式,但从制度基础看,只能选择“单一雇主”模式。主要理由有三:一是我国法律规定,劳动者只能与一个主体形成完整的劳动关系。二是我国认定劳动关系的依据首先是书面合同,不是当事人之间的控制与被控制的事实。三是在劳务派遣实务中,往往只要求派遣单位承担法定的义务和责任。^[40]笔者认为,上述观点和理由值得商榷。第一,我国劳动合同法并未禁止一人同时与多个用人单位建立劳动关系,从《劳动合同法》第 39 条规定看,^[41]一人同时与多个用人单位建立劳动关系是允许的。第二,我国认定劳动关

[39] 《关于确立劳动关系有关事项的通知(劳社部发[2005]12号)》,第1条。

[40] 张荣芳:《论我国劳务派遣法律规制模式》,《法学评论》2009年第6期,第57页。

[41] 《劳动合同法》第三十九条规定,劳动者有下列情形之一的,用人单位可以解除劳动合同:(一)在试用期间被证明不符合录用条件的;(二)严重违反用人单位的规章制度的;(三)严重失职,营私舞弊,给用人单位造成重大损害的;(四)劳动者同时与其他用人单位建立劳动关系,对完成本单位的工作任务造成严重影响,或者经用人单位提出,拒不改正的;(五)因本法第二十六条第一款第一项规定的情形致使劳动合同无效的;(六)被依法追究刑事责任的。从该条规定看,法律并不完全禁止劳动者同时与多个用人单位建立劳动关系。

系的依据并非主要是书面合同,而主要是依据“劳动”或“用工”的事实。《劳动合同法》第10条规定,“用人单位与劳动者在用工前订立劳动合同的,劳动关系自用工之日起建立”,恰恰说明了“用工”事实是认定劳动关系的基本标准。上述2005年颁布的《关于确立劳动关系有关事项的通知》也确认了这一原则。第三,在实务中,用工单位不仅应承担相关义务(《劳动合同法》第62条),而且司法实务中,亦有判决用工单位承担连带责任的。因此,认为我国只能选择“单一雇主”模式的观点是值得商榷的。总之,不管从法理还是从我国现行规定看,我国对劳务派遣可以采取“联合雇主”模式。

需要指出的是,“单一雇主”模式虽然法律关系简单,可以避免法律关系的复杂化,也被一些欧洲国家采纳,但这一模式的建立有其背景和前提。首先,在欧洲国家,被派遣工在实际用工单位的工作具有临时性的特点,而与派遣机构之间的关系相对稳定,^[42]因此,由派遣单位承担雇主责任不仅符合实际,也对派遣工人更为有利。更为重要的是,这一模式要求法律对劳务派遣机构有严格而有效的规制,劳务派遣机构经营规范,且具有承担责任的能力。因此,这一模式对劳务派遣运行的法律环境和劳务派遣机构的诚信、合法经营要求较高,显然还不适应中国的实际。目前,我国劳务派遣机构经营不规范,侵犯派遣工人权益的情形十分严重。例如,虽然我国《劳动合同法》对劳务派遣机构与派遣工应当订立的合同类型和期限已有明确规定,并且要求劳务派遣机构承担支付工资和社会保险费用的义务,^[43]但调研表明,劳务派遣工与劳务派遣单位签订1年及以下的劳动合同的比例高达22.7%;以完成一项特定工作为期限签订劳动合同的比例为12.8%。在基本社会保险权益方面,仅有72.7%的劳务派遣工表示单位给自己缴纳了养老保险费,医疗保险的比例为73.4%,失业保险、工伤保险、生育保险的比例更低。^[44]可见,相当一部分派遣工没有参加社会保险。因此,在目前的体制和现实情况下,采用单一雇主模式只会损害派遣工人的利益,也使用工单位的违法行为得不到查处,并变相鼓励用工单位使用劳务派遣。

2. 认定“联合雇主”关系的实益

派遣机构和实际用工单位“联合雇主”身份不仅在理论上可以证成,其实益还在于为派遣机构和用工单位的义务和责任承担寻求法理基础。具体主要包括以下两个方面。

第一,为“同工同酬”的权利实现奠定基础。同工同酬要求用工单位为派遣工和直接雇用的工人提供平等待遇。倘若派遣工和用工单位不存在劳动关系,用工单位不是派遣工的雇主,派遣工不是实际用工单位的雇员,则同工同酬的实现就会存在困难。一般认为,同工同酬原则适用于同一用人单位、同一工作岗位。^[45]可见,同工同酬条款的适用范围通常是同一用人单位内部,即只有与用人单位有劳动合同关系的才能主张同工同酬的权利。^[46]因此,认定劳务派遣关系中用工单位的雇主身份才能为派遣工同工同酬的权利奠定基础。

[42] 张荣芳:《论我国劳务派遣法律规制模式》,《法学评论》2009年第6期,第53页。

[43] 《劳动合同法》第58、59条。

[44] 全总劳务派遣问题课题组:《当前我国劳务派遣用工现状调查》,《中国劳动》2012年第5期,第24页。

[45] 冯彦君:《同工同酬原则的困惑与反思》,《法商研究》2011年第2期,第66页。

[46] 涂永前:《劳务派遣制被滥用的缘由及法律规制》,《政法论坛》2013年第1期,第181页。

第二,为“雇主责任”的承担提供法理基础。2007 年《劳动合同法》第 92 条规定:“被派遣劳动者造成损害的,劳务派遣单位与用工单位承担连带责任。”这一规定遭到了一些学者的质疑,被认为缺乏理论基础。例如,有学者认为,该规定虽然有利于劳动者保护,但本条关于连带责任的规定是缺乏理论基础的。^[47] 还有学者认为,派遣单位侵害了劳动者权利,用工单位既未参与实施侵权行为、也不存在侵权的意思联络,无法要求用工单位承担连带责任。^[48] 上文分析已经表明二者构成派遣工人的“联合雇主”,而且,通过二者之间的劳务派遣协议,双方对派遣工人的用工行为已达成某种“概括合意”,因此,二者承担连带责任既有法理基础,也有现实意义。特别是当前派遣机构极易利用派遣行为逃避责任,连带责任不仅可行而且必要。通过连带责任有利于用工单位更加谨慎使用劳务派遣,减少劳务派遣的滥用。

3. 法律责任的强化和完善

明确了劳务派遣的法律关系以及确认派遣单位和用工单位的“联合雇主”身份之后,派遣单位和用工单位的法律责任就容易确定了。但 2012 年修改的《劳动合同法》关于连带责任的规定却出现了倒退,令人费解。修正前的条文规定“给派遣劳动者造成损害的,劳务派遣单位与用工单位承担连带赔偿责任”。根据该规定,不管是派遣单位还是用工单位给派遣劳动者造成损害的,二者都要承担连带责任。这种规定有利于解决用工单位不实际承担责任、劳务派遣单位实际承担不了责任的问题。”^[49] 全国人大向社会公布的劳动合同法修正案(草案)也做了相同的规定。^[50] 按照原草案,无论是劳务派遣单位还是用工单位给派遣工造成损害的,二者均需承担连带责任。立法机关在草案的说明中指出:“劳务派遣单位准入门槛低,承担责任能力差,被派遣劳动者的合法权益受到侵害后,难以获得有效赔偿。”^[51] 但《劳动合同法》修正案最终条文变成“用工单位给被派遣劳动者造成损害的,劳务派遣单位与用工单位承担连带赔偿责任”。从字面理解看,只有用工单位给被派遣劳动者造成损害的,劳务派遣单位与用工单位才承担连带赔偿责任;因派遣单位给被派遣劳动者造成损害的,用工单位无需与劳务派遣单位承担连带赔偿责任。这一条款的修改使得当派遣单位损害派遣工人的权益而不承担责任或无力承担责任时,派遣工人无法向用工单位主张。这一修改的动因和个中缘由,值得回味。仅仅通过提高派遣单位的设立门槛、增加注册资本并不能有效解决派遣单位承担责任的问题,因此,修正案关于连带责任条款的修订,不仅不利于派遣工人利益的保护,因用工单位免于承担连带责任也不利于用工单位对劳务派遣单位的监督,更难以遏制用工单位使用劳务派遣。司法实践中,劳务派遣的连带责任正在逐步从劳务派遣机构和用工单位相互承担连带责任,向仅由劳务派遣机构连带承担用工单位的责任,而用工单位不连带承担劳务派遣机构的责

[47] 林嘉、范围:《我国劳务派遣的法律规制分析》,《中国人民大学学报》2011 年第 6 期,第 76 页。

[48] 张荣芳:《论我国劳务派遣法律规制模式》,《法学评论》2009 年第 6 期,第 56 页。

[49] 信春鹰主编:《中华人民共和国劳动合同法释义》,法律出版社 2007 年版,第 321 页。

[50] 参见《中华人民共和国劳动合同法修正案(草案)》第四点,全国人大常委会法工委,2012 年 7 月, http://www.npc.gov.cn/npc/xinwen/lfgz/flca/2012-07/06/content_1729107.htm, 最后访问时间:2015 年 1 月 10 日。

[51] 参见《中华人民共和国劳动合同法修正案(草案)的说明》第二点之(二),全国人大常委会法工委,2012 年 7 月, http://www.npc.gov.cn/npc/xinwen/lfgz/flca/2012-07/06/content_1729107.htm, 最后访问时间:2015 年 1 月 10 日。

任转变,这种责任的变化使劳务派遣的法律关系更加复杂,也不利于劳务派遣的规范发展。因此,劳务派遣机构和用工单位责任的科学划分仍有待进一步探索和完善。

(二)法律实施机制的完善

1. 在实行行政许可的基础上加强日常监管

对劳务派遣机构实行许可制是很多国家的通行做法。例如,美国许多州都对劳务派遣业务实行行政许可。在德国,根据法律规定,从事经营性劳务派遣企业也需获得行政机关许可。^[52] 如果劳务派遣公司没有获得许可或者许可被撤销,劳务派遣公司和派遣工之间的合同关系无效;同时,实际用工单位将被视为派遣工的合同相对方,承担相应义务和责任。^[53] 劳务派遣公司不同于一般公司,其经营的业务不是普通的商业或服务,而是人力资源,涉及人的基本权利,其设立程序应该更加严格。^[54] 因此,2012年劳动合同法修正案关于实施许可和增加注册资本额的修改值得肯定。

对劳务派遣机构的规制除了设立条件和设立程序的规制外,过程和动态监管也非常必要,这一点正是修法的不足。美国一些州法如佛罗里达州的法律规定,只有劳务派遣公司向主管机关提交已经履行了支付工资和其他职工福利的证明后,主管机关才能颁发劳务派遣机构的初次或后续的行政许可。^[55] 只有建立对劳务派遣公司日常和动态的监管制度,才能掌握劳务派遣的规模和监督劳务派遣公司守法的情况,包括是否遵守“三性”的规定,是否履行支付工资和缴纳社保费用等义务。虽然《劳动合同法》修正案并没有关于劳务派遣日常监管的规定,欣喜的是,2013年7月1日实施的《劳务派遣行政许可实施办法》规定了劳务派遣单位的报告义务以及许可机关的核验和监督职责。^[56] 因此,许可机关和劳动行政部门应该在建立许可制度的同时,加强对劳务派遣的日常监督。上述关于加强劳务派遣日常监管的规定应当上升为法律或法规的内容,以提升行政机关日常监管的职责,增加其权威性。劳动行政部门也应当将劳务派遣作为劳动监察的重点对象。《劳动合同法》相比《劳动保障监察条例》,明确将劳务派遣增加为劳动监察的对象(《劳动合同法》第74条),也说明了劳务派遣日常监察的重要性。

2. 将同工同酬纳入反歧视法的框架

《劳动合同法》修正案第63条进一步明确了同工同酬的义务主体是用工单位,克服了修法前义务主体不清的弊端,同时明确了派遣工同工同酬的参照对象是用工单位的劳动者,而且新增加的条款进一步强化了用工单位和劳务派遣机构关于同工同酬的共同义务和责任。^[57] 这些规定,充实了同工同酬的制度要素。但如上所述,仅仅规定用工单位

[52] 蔡和平:《德国雇员转让法及其发展》,载周长征主编:《劳务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89页。

[53] Manfred Weiss and Marlene Schmidt, *Labor Law and Industrial Relations in Germany*, Kluwer Law International, 2008, p. 65.

[54] 谢增毅:《美国劳务派遣的法律规制及对我国立法的启示》,《比较法研究》2007年第6期,第112页。

[55] Fla. Stat. § 468.529 (4) (2006).

[56] 参见《劳务派遣行政许可实施办法》第22、23条的规定。

[57] 《劳动合同法》修正案第63条增加了一款——“劳务派遣单位与被派遣劳动者订立的劳动合同和与用工单位订立的劳务派遣协议,载明或者约定的向被派遣劳动者支付的劳动报酬应当符合前款规定。”

同工同酬的义务以及派遣工人同工同酬的权利并不能使权利得到真正落实。从立法完善角度看,必须将同工同酬纳入反歧视法的制度框架,依靠反歧视法的执法机制,才能使派遣工人的同工同酬权利得到实现。而且,派遣工人的平等待遇并不仅限于工资报酬,还包括有关加班、休息休假等安排。^[58] 因此,我国可考虑借鉴欧盟 2008 年《临时派遣工作指令》,要求用工单位向派遣工人和直接雇佣的工人提供平等待遇。^[59] 将身份(派遣工和直接雇佣的工人)作为歧视的禁止事由,纳入反歧视法的制度框架。从国外经验看,同工同酬的实现有赖于反歧视法的制度完善及有效实施,这一点正是目前中国所严重欠缺的。当前尤其重要的是应强化行政机关反歧视的职责,设立相应的反歧视和平等促进机构。目前,比较现实可行的办法是在劳动行政机构设立专门的反歧视和平等促进的部门。^[60] 此外,应完善举证责任制度,确立一定程度的“举证责任倒置”规则。实践中,因实行民事诉讼“谁主张、谁举证”的一般原则,派遣工要承担用工单位违反同工同酬的举证责任,往往因无法举证而败诉。^[61] 因此,必须合理分配歧视案件当事人的举证责任。总之,只有建立完善的反歧视法及其实施机制,才能使同工同酬这一原则得以真正落实。

(三) 改革现有用工体制机制、创造公平就业环境

从以上劳务派遣规制失灵原因看,单靠法治无法彻底解决劳务派遣规制失灵问题,必须从体制机制上进行改革,破除国有企业使用劳务派遣的冲动以及滋生问题的根源。首先,国有企业要实行市场化改革,打破垄断和僵化管理体制,引入竞争,使国有企业在企业经营和用工体制上遵循市场的通行做法,避免垄断企业形成的行政僵化和垄断利益,以及由此形成的职工垄断福利,消除国有企业使用劳务派遣的根源。其次,政府要改革对企业用工管理的内容和方式。应改革政府对企业不合理的工资总额以及人员编制控制等计划经济时代的企业管理方式,使国有企业在用工方面更加自由,人员进出不存在体制障碍,减少其使用劳务派遣用工的需求。同时要改革税收财务制度,消除国有企业使用劳务派遣的经济便利和利益驱动,减少其使用劳务派遣的冲动。再次,国有企业要转变用人管人的体制和观念,改革人力资源管理方式。国有企业对劳动者要实现从“身份管理”到“岗位管理”的转变,实行市场化的人力资源管理,不再人为地将职工分成三六九等,即正式工与非正式工、长期工与短期工等不同类型的,禁止刻意划分职工身份等级,应按照市场规则和劳动法要求,对所有职工实行统一规则、统一管理,按照岗位职责而非身份等级进行人力资源管理。最后,应抓住城镇化和户籍改革时机,大力推进城乡劳动力市场统一,减少城乡劳动力分割和不平等待遇。应通过城镇化和户籍制度改革,使城乡居民在就业和其他福利的差距缩小,使城乡居民在就业机会和门槛上更加公平,待遇和福利更加公平,为劳务派遣创造更加良好的市场环境和社会环境。

[58] 例如,欧盟指令明确规定,派遣工和正式工应在工作时间、加班、休息、休假、夜班工作、假期,以及工资方面实现平等待遇。See, Council Directive No. 2008/104, Article 3.

[59] Article 5, Council Directive No. 2008/104 on Temporary Agency Work.

[60] Xie Zengyi, New Developments in Anti-discrimination in the Workplace in China: Law and Practice, in Ulla Liukkunen and Chen Yifeng (eds), China and ILO Fundamental Principles and Rights at Work (Bulletin of Comparative Labour Relations), Kluwer Law International, 2014, p. 161.

[61] 陈文涛:《劳务派遣违反同工同酬应当如何认定》,《中国劳动》2014 年第 1 期,第 50-51 页。

(四) 小结

上述解决劳务派遣规制失灵三方面的出路建议是并行不悖的,但落实路径应有所区别。劳务派遣的法律关系作为学理问题难以在法律条文中直接写明,不过作为劳务派遣制度的基础性问题,可通过案例实践加以确立,并体现在未来具体法律规则的修改之中,以便为同工同酬的实现以及雇主连带责任的落实提供法理依据。执法体制的完善中,将劳务派遣工的反身份歧视纳入反就业歧视法的框架之中,已经被许多国家采纳,无疑应成为我国努力的方向,不过,该做法有赖于反歧视法的完善以及反歧视文化的提升。我国可在未来修订《就业促进法》、制定单独的反就业歧视法或其他行政法规时将派遣工的身份作为禁止歧视的事由,将其纳入反就业歧视法的框架之中。同时要完善反歧视法的实施机制,进一步发挥行政机关的作用,提高法院处理歧视案件的积极性、主动性和裁判能力,提升全社会的反歧视文化和就业平等意识。关于用工体制机制以及公平就业环境的改善,目前宜充分利用中央全面深化改革、政府简政放权、全面推进依法治国的有利时机,出台政府对国有企业监督管理的改革措施,改革国有资产监督管理部门对国有企业有关工资、人员数量等不合理的监管措施,并严格禁止国有企业在“三性”之外的岗位实行劳务派遣,从而从源头上制止国有企业等单位滥用劳务派遣的势头。当下,国有资产管理部门对国有企业的行政监管相比劳动部门的监管以及劳动者的私力救济更为直接,也更为有效。当然,劳务派遣的规制是一个各国共同面临的难题,不可能一蹴而就,需要逐步完善。例如,劳务派遣工的同工同酬问题是一个普遍性难题,即使在劳工保护比较发达的德国,同工同酬仍然只是一个原则,在实践中难以完全实现。^[62] 在我国当前背景下,解决劳务派遣的首要问题是应严格将劳务派遣限制在“三性”岗位,避免劳务派遣被滥用,禁止用工单位在本应通过直接雇用、签订劳动合同的岗位上使用劳务派遣,或者将劳务派遣作为企业主流用工形式,从而使劳动者的工资、社会保险及其他福利严重受损。此外,也应严格限制劳务派遣机构将派遣工再派往其他劳务派遣机构,使派遣关系更加复杂、处于更加不稳定的状态,并使劳动者的利益更易受损。同时,要明确在超出“三性”岗位上使用劳务派遣以及其他违法使用劳务派遣的情形下,派遣工和用工单位的法律关系如何处理。为防止劳务派遣被滥用,强化用工单位责任,如果实际用工单位违法使用劳务派遣,在法律上应将“派遣工”视为用工单位的雇员,用工单位应当承担用人单位的法定义务和责任。总之,只有通过系统性、综合性的治理和改革,通过立法、执法和体制机制的全面推进,才能为劳务派遣创造良好环境。

四 结 论

劳务派遣数量近年来快速增长以及由此产生的问题是多方面原因造成的,虽然立法者试图加大对劳务派遣的规制,但立法的指导思想并不明确和坚定,对劳务派遣的规制仍

[62] Manfred Weiss and Marlene Schmidt, *Labor Law and Industrial Relations in Germany*, Kluwer Law International, 2008, pp. 67 - 68.

显不足,加上劳务派遣相关规则执法手段的缺失、城乡分割的用工机制以及部分企业沿袭传统的二元用工机制等因素的影响,劳务派遣的规制出现了“失灵”。因此,我国必须进一步完善劳务派遣的规制内容,重点是明确派遣机构、用工单位和被派遣工之间的法律关系,确立派遣机构和用工单位的“联合雇主”身份,合理分配派遣机构和用工单位的责任。要进一步完善劳务派遣执法机制,解决“同工不同酬”的突出问题,将同工同酬纳入反歧视法的框架,并通过完善反歧视法的实施机制实现这一原则,同时要加强对劳务派遣的日常监管。由于劳务派遣问题产生的复杂性,除了完善劳务派遣的立法和执法机制,还必须改革相应的用工体制机制,创造更加公平的就业环境,为劳务派遣的规范有序发展创造良好的市场基础和社会基础。总体上看,劳务派遣的健康、规范发展仍是一个漫长的过程。

[**Abstract**] Although the 2007 Chinese Labor Contract Law contains a special section on the regulation on labor dispatch, the Law has failed to achieve its expected legislative objective and the regulation of labor dispatch is a failure to some extent. The reasons for this failure are multiple, including defects in legal control mechanism itself, the urban-rural dual labor market system, the “dual employment system” in some enterprises, and the weak mechanism for law enforcement. Accordingly, multiple measures should be taken to handle the problems in the labor dispatch market: firstly, the relevant laws and regulations should be improved so as to clarify the legal relationship between labor dispatch agency and recipient employer, especially to establish their status as “joint employers”, and impose proper liabilities on both of them; secondly, law enforcement should be strengthened by reinforcing the daily monitoring on labor dispatch, improving the mechanism for the implementation of the principle “equal pay for equal work” by incorporating the principle into the anti-discrimination law; and thirdly, the current employment mechanism should be reformed, so as to create a fair labor market and a good environment for the operation of labor dispatch system. In view of the above factors, the establishment of a healthy and orderly labor dispatch market will be a long process.

(责任编辑:田 夫)