

劳务派遣的超常发展与规制

○ 常秀鹏

(北京外国语大学 法学院, 北京 100089)

[摘要] 劳务派遣作为用工的辅助形式源于上世纪 20 年代英美等市场经济较为发达的国家, 自诞生起就受到严格管制, 其发展一直在规制中前行。自改革开放在我国出现后得以迅猛发展, 尤其在《劳动合同法》实施后更有了超出常规的发展, 本是用工的辅助形式, 其发展规模却严重冲击标准用工形式, 任其发展将影响我国经济及社会稳定和谐, 应从国家宏观安排、行政执法、社会保障、完善法律及劳动者保护等各方面加以规制。

[关键词] 劳务派遣; 超常发展; 规制

劳务派遣作为用工的辅助形式, 兴起于上世纪 20 年代的英美等市场经济发达国家。劳务派遣用工形式在我国出现是在改革开放之初, 此后较长时间, 我国对劳务派遣用工形式并没有明确的法律规范, 随着市场经济的快速发展, 劳务派遣用工形式在我国得以迅猛发展。为规范日益增多且无序的劳务派遣市场, 我国在借鉴发达国家对劳务派遣的规范做法的基础上, 在 2008 年实施的《劳动合同法》中, 对劳务派遣用工形式进行了明确的法律规范。其立法初衷本来是规范、限制劳务派遣的, 然而该法实施后, 却引发劳务派遣市场异乎寻常的繁荣景象。如何规范好劳务派遣市场已成为影响我国经济发展的重大现实课题, 着实值得实务界和理论界的反思与探究。

一、劳务派遣用工形式的兴起及其规范发展

(一) 劳务派遣及其起源

劳务派遣 (Service Dispatching), 国内有劳动派遣、劳动力派遣、人才派遣、人才租赁、劳动力租赁、员工派遣、派遣劳务等称谓; 国外也有不同称谓, 德国和日本称其为人才派遣、劳动派遣、员工出让等, 美国并无劳务派遣、劳动派遣等称谓, 一般称为 temporary agency work, 是指一种临时的雇佣关系^[1] (the temporary employment relationship), 即通过临时性工作机构 (temporary work agencies) 而形成的一种临时工作关系 (temporary work relations)。学界对劳务派遣一词有多种解释, 但一般认为: 劳务派遣是指派遣单位 (或称派遣机构、派遣组织、派遣企业、派遣公司等) 根据用工单位 (或称要派单位、要派机构、要派企业等) 的要求, 与用工单位签订派遣协议, 将与其建立劳动合同关系的劳动者派往用工单位, 受派劳动者 (或称被派遣劳动者、派遣工、劳务工、派遣劳工、派遣劳动力等) 在用工单位的指挥和管理下提供劳动, 派遣单位从用工单位获取派遣费, 并向受派劳动者支付劳动报酬的一种特殊的劳动形态。劳务派遣究竟起源于何时何地, 国际上还未形成一致说法。一种说法是, 劳务派遣最早起源于 20 世纪初的美国。^[2] 20 世纪 20 年代, 名叫萨缪尔·沃克曼 (Samuel Workman) 的美国人创立的人力租赁业务模式的公司 (rented help)。在当时这家公司雇佣一批已婚妇女, 在夜间处理盘点工作, 随后又训练她们使用计算器, 然后将她们租赁给企业, 让企业可以应付临时或短期的人力需求。这种劳动形态在当时也称为“临时性人力支援”。^[3] 另一种说法是, 依据欧洲法院大法官 Alain Dutheil de Lamonthé 的观点, 劳务派遣可能源于英国, 时间在两次世界大战之间。同时一家“业务支援 (Business Aid) 的经营派遣业务的公司于 1926 年在法国成立, 派遣业务涉及文书写作、电话接线等。”^[4] 自此劳务派遣在发达国家逐渐发展起来, 到 20 世纪 60、70 年代, 这种新型用工形式受到社会广泛关注。

(二) 发达国家对劳务派遣用工形式的态度及其法律规制

起初由于人们持有“劳动力非商品”的观念, 各发达国家均认为在劳务派遣中雇主并不直接使用劳动力, 而将使用权转让以获取利润, 这种利润的产生是通过买卖劳动力实现的, 其实是对人的贩卖, 违背现代社会理念, 因此, 许多国家是严令禁止的。上世纪 70 年代前, 多数发达国家均将劳务派遣机构作为营利性职业介绍机构而明令禁止。德国、法国、荷兰、比利时、西班牙及亚洲的日本、韩国等国家立法经历了从最初禁止到严格管制, 再到逐步放松的过程。上世纪 70 年代, 德国进入老龄化社会, 新增劳动力不足。由于劳务派遣用工方式既可以不用承担大量移民带来的福利负担, 又能够得到异国的廉价劳动力, 德国于 1973 年实施了《用工出让法》(或《员工转让法》、《劳务派遣法》), 规范了派遣公司、派遣劳工、用工企业三者间的权利义务, 意在推动劳务派遣用工形式的发展。然而, 实施效果并不乐观, 许多企业不履行作为雇主应尽的义务, 尤其是建筑行业存在大量违法行为, 1981 年开始, 法律禁止在建筑业通过劳务派遣从事通常由工人来完成的工作。此后, 德国对《员工出让法》进行多次修改, 承认劳务派遣有促进就业、搞活劳务市场、减少摩擦失业的功能。进入新世纪, 随着《劳动市

场政策措施改革法》、《劳动市场现代服务法》的颁布实施,德国彻底取消了对派遣期限的限制,放松了对建筑行业的限制。法国长期以来,一直对劳务派遣规范比较严格。1972年1月,针对实际存在的劳务派遣情况,法国颁布法律,规范劳务派遣的法律框架。以后又进行多次修改,主要是对使用劳务派遣的情形和派遣期限的适当放宽,将平等待遇作为法国规范劳务派遣行为的重要原则,其立法基本是将劳务派遣作为劳动力市场政策工具,加强对派遣工的保护,减少对常规用工的冲击。日本1947年制定的《职业安定法》第44条规定,禁止有偿职业介绍,即劳务派遣行为是违法的,直到1985年《劳务派遣法》获得通过,劳务派遣方获合法地位。但仍限制在13种行业工作中,1996年扩大至26种,此后修改为只列举港湾运送业、建筑业、执业律师、警备业、医疗业等几个行业禁止外,其他行业允许劳务派遣。值得注意的是,日本政府担心《劳务派遣法》的实施会招致企业派遣员工代替正式工,而危及日本企业的“终身雇用制”和以家庭为单位的“全体雇用制”政策,对西方的劳务派遣制度进行了“扬弃”,规定派遣的劳动者都需有专门技能与知识,可享受高于临时工的工资待遇。日本的“派遣劳动者”群体与原本承担调节劳动力需求功能的边缘劳动力群体有着本质区别。韩国很长时间劳务派遣均处于非法用工状态,直至1993年韩国劳动部试图开禁劳务派遣,但遭到工会组织的激烈反对而作罢。^[5]直到1997年金融危机爆发,为提高劳动力市场弹性,韩国于1998年制定《派遣劳动者保护相关法案》,在第6条第3项规定:“使用两年以上的派遣劳动者被视为用人单位直接雇用的劳动者。”但却引起用人企业的强烈反弹,仅2000年6-7月间,就有数万派遣劳动者被解雇。美国、英国、澳大利亚、加拿大、新西兰及俄罗斯等国没有采取上述国家禁止与管制的做法,而是以维护劳动力市场秩序为主旨,对劳务派遣采取相对宽容的态度。美国目前没有专门针对不确定劳工的联邦立法,仅有如德克萨斯州2003年9月生效的《职员租赁服务法》等个别州的立法。但美国《全国劳工关系法》、《职业安全卫生法》、《公平劳动标准法》、《家庭事务与病假法案》等法律以及通过判例法创设的共同雇用理论并将其运用到派遣的法律规制上,使劳务派遣在法治的整体系统内运行。美国工会具有强大的影响力,始终强调传统劳动形态的正当性,对劳务派遣基本持反对态度,致使雇主不敢随意使用派遣工。英国基本上采取自由放任的态度,只有在上世纪70-90年代初,曾实施过短暂的许可制。^[6]近期英国有试图规制劳务派遣的动议,结束长期的放任状态,但也如其他国家将是一种放松管制的做法。主要发达国家尽管放松了对劳务派遣的规制,但这些国家劳务派遣仍然只是标准用工形式的补充,其所占标准用工形式的比例很小,详见下表。^[7]

国家名称	美国	日本	德国	英国	法国	西班牙	澳大利亚	葡萄牙	意大利	韩国	荷兰	南非	瑞士	比利时	瑞典	挪威
所占比例 (%)	1.93	1.3	1	2.6	2.1	0.8	1.38	0.9	0.63	0.34	2.5	4	1	2	1	1

二、劳务派遣用工形式在我国的兴起及超常发展

(一) 劳务派遣在我国兴起及其法律规制

劳务派遣用工形式在我国大陆始于上世纪 80 年代初,随着改革开放的深入,外国驻华机构、外资企业日益增多,为规范其用工形式,我国政府建立了外国企业服务机构,引入劳务派遣的用工形式。此后,为帮助国企下岗职工再就业和农村富余劳动者转移就业,各地政府鼓励设立劳务派遣机构或劳动服务公司提供就业服务,劳务派遣作为一种新型的用工形式在中国大陆劳务用工领域逐渐传播蔓延开来。为规范劳务派遣用工形式,我国于 2007 年颁布的《劳动合同法》,首次对劳务派遣用工形式设立专节进行了立法规范。国务院随后颁布的《劳动合同法实施条例》也对劳务派遣用工形式进行了具体规范。在这些规范中,我国借鉴并且移植了发达国家对劳务派遣的一些规范原则及做法,除对劳动者的同工同酬等各项权益、劳务派遣单位和用工单位的责任义务等规范外,还对劳务派遣单位的注册资本规定比其他公司更高的数额,且严格规定:“劳务派遣一般在临时性、辅助性或者替代性的工作岗位上实施。”采纳了国际劳工组织及一些国家对劳务派遣作为标准用工的补充形式适度允许的做法。

(二) 我国劳务派遣用工形式的超常发展

《劳动合同法》颁布实施后,劳务派遣市场出现了与立法初衷完全相反的结果。突出表现在:一是从事劳务派遣的单位过多、过滥且不规范。该法实施前,我国大陆派遣劳动者的总数约为 2000 万,到 2010 年底,劳务派遣工数量急剧增加至 6000 万,^[8]竟然占到全体就业职工的 20%。^[9]劳务派遣公司数量迅速增加且“公营劳务派遣”现象严重。二是众多用工单位长期大量使用被派遣劳动者,许多单位特别是一些国有企业把劳务派遣作为用工主渠道。有些企业将劳动者整体打包给劳务派遣公司,将正式用工变为劳务派遣,或者以外包承揽等方式伪装派遣,规避建立劳动关系。劳务派遣工在上海市国有企业中已经占到了职工总数的 47%,有的企业已达 90%。^[10]《劳动合同法》仅实施不足一年,中国邮政集团采用派遣工已占职工总数的 50.18%;中国移动通讯集团已占 72.19%;中国联合网络通讯集团已占 36.9%,甚至建筑行业全行业都采取劳务派遣制,实属世界罕见。^[11]三是被派遣劳动者权益得不到保障,同工不同酬现象普遍,参与企业民主管理和工会组织的权利得不到落实,致使许多被派遣劳动者长期无归属感,心理落差大。这不仅损害了劳动者的合法权益,更对常规的用工方式和劳动合同制度造成破坏。

(三) 法律规制及其有限性

针对劳务派遣市场的畸形发展,2012 年底召开的第十一届全国人大常委会第三十次会议上,通过了《劳动合同法(修正案)》,明确规定经营劳务派遣业务“应当向劳动行政部门依法申请行政许可”,否则不得经营。进一步明确了经营条件,注册资本不得少于 200 万元;有与开展业务相适应的固定的经营场所和设

施;有符合法律、行政法规规定的劳务派遣管理制度。进一步强调“劳务派遣只能在临时性、辅助性或者替代性的工作岗位上实施。”并对“三性”进行了比较严格的界定。从2013年7月1日实施新法以来,在一定程度上起到了抑制劳务派遣泛滥、规范用工市场秩序的作用。但要根本改变劳务派遣市场的混乱局面,恢复劳务派遣用工制度正本清源的功能与作用,切实保护劳资双方的权益,其效果是有限的。因为要想真正发挥劳务派遣用工形式的作用,不仅需要立法者制定严谨规范的法律、法规和规章,还需要劳务市场监管部门的积极作为,更需要找出企业热衷于劳务派遣用工的真正原因并加以解决。最低注册资本200万元在物价上涨的现今着实不算高,无论从劳务派遣公司信誉度,还是提供多种业务服务来讲都需要劳务派遣公司成规模地经营。关于“三性”的具体界定,除对“临时性”和“替代性”有相对严格的刚性规定外,“辅助性工作岗位是指为主营业务岗位提供服务的非主营业务岗位”,对辅助性界定的宽泛、模糊,涵义伸缩性大。例如,高校的构成人员中除教学、科研之外,行政管理和后勤服务等岗位是否都属于辅助性岗位?^[12]实践中的确很难界定清楚,模糊不清的法律规定为执行者和监督者留下自由裁量的空间。事实上《劳动合同法》颁布前后出现的“辞退潮”和持续的“劳务派遣热”均源自企业对《劳动合同法》几种可签订无固定期限合同情形规定的忌惮,而《劳动合同法(修正案)》对此却未作任何触及,深层次问题并未得到解决与消除,劳务派遣用工形式还将超常发展,迫切需要探寻劳务派遣的健康之路。

三、影响我国劳务派遣市场法治的制约性因素

首先,“准身份”现象依然存在。我国大陆地区虽然没有法定的身份制度,但历史积淀下来的身份观念与计划经济体制、长期封闭的社会管理模式,逐渐形成了严重的“准身份”现象,形成了涵盖全社会的巨大“身份圈”,将全部人口划分为农业和非农业人口,筑成了“准身份”现象的基础,农业人口圈的成员非经正式手续转入其他子圈,即便劳动方式改变,已经进入其他阶级或阶层,甚或“离土”一生,也只能被认为是一个农民;城镇居民圈的人员在“粮本”时代,享受较稳定优良的商品粮,现今虽“风光”不比当年,但仍享有城镇户口所带来的种种优惠;所有城镇职工又划分为工人和干部两个圈,由政府劳动部门管理的即为工人圈的;由人事部门管理的即为干部圈的,干部中又有一般干部和领导干部之别。^[13]四个圈之间不能按自己的意愿随意流动,事实上形成了“高”与“低”的关系,存在着不相同的经济和政治待遇,形成了既得利益阶层或集团,自觉或不自觉地维护着因“准身份”所获得的利益。其次,劳动力供大于求。上世纪50-70年代,为我国大陆人口出生的高峰期,这批人成年后适逢改革开放,人口自由流动频繁,成万上亿的农民工涌向城镇、沿海发达地区,劳务市场的天平倾向用工方,受雇者与雇佣者根本无“讨价”机会。而恰逢此时,曾经长期被国际劳工组织禁止的劳务派遣开始放松,许多发达国家禁止的劳务派遣也开始放松管制。

而中国的劳务派遣用工形式与发达国家相比,自诞生起,就未曾经历由长期禁止到放松,再到鼓励的规制过程,一开始就处于自由放任状态,由此造成后来法律规制的艰难曲折。再次,社会保障制度不够健全,众多劳动者的社会保障缺失。将劳动者社会保障的责任全部推给用工单位是不公平的,因为社会保障是在政府的管理之下,以国家为主体,依据法规,通过国民收入的再分配,以社会保障基金为依托,对公民在暂时或永久性失去劳动能力以及因各种原因生活发生困难时给予物质帮助,以保障居民的最基本的生活需要。由此可见,劳动者的社会保障应该由国家、社会、企业和个人共同承担,而不是仅靠企业和个人。最后,劳动主管部门监管不力。长期以来负有监管责任的部门对劳务派遣市场实际存在的违规甚或不法行为熟视无睹,对雨后春笋般的各类派遣公司和急剧膨胀的被派遣工问题,缺乏有效应对,甚或束手无策。法律经修改后,将经营劳务派遣从原来的“准则主义”改为“核准主义”,不仅需要劳动监管人员的勤奋、认真、公正,还需要其无私,因为“部分行政部门或其附属机构直接经营劳务派遣,形成‘国有’劳务派遣机构现象,这些机构大多与行政机构有着千丝万缕的联系,甚至行政机构从中提取相应的利润。”^[14]而企业工会组织过于行政化、职业化,主旨不显,缺乏“地气”,对劳务派遣规制作用有限。

四、我国劳务派遣市场的科学规制

科学规制我国超常发展的劳务派遣市场,需要依靠社会各方力量,采取多种手段并做长期不懈的努力。首先,要做好经济发展的宏观布局,重视国家经济的均衡发展,增加内地、农村的资金投放力度,鼓励多种经营,促进农村经济发展。在做好“城镇化”建设的同时,重视“三农”问题,加大政策、资金、技术、人才等在内地、农村的投放、扶持力度,加快农业、农村的发展。从源头上分流劳务派遣工的庞大基数。其次,强化劳动保障监察。要真正解决劳务派遣用工过多过滥问题,行政主管部门要真抓实干,下力气解决。用工单位大量使用劳务派遣工现象屡禁不止,其最根本的原因就是违法成本太低,甚至无成本,致使有法可以不依,有令可以不行,法律的规定如隔空喊话,流于外表。法律的生命力在于实施,行政执法部门应加大执法力度,强化执法手段,提高执法能力,切实将法律落到实处。再次,建立国家、社会、企业、个人四者共同负担的社会保障制度。我国劳务派遣市场的超常规发展,客观而言不能完全归咎于派遣单位和用工单位之责,既有我国经济发展不均衡,存在城市与乡村、沿海与内地间的差别,也有实行市场经济过短,经济发展过快的原因,因此,在解决新生劳动者的社会保障上,国家和社会也应尽相应的责任,不应只有用工企业及个人承担,因为他们既在为当地经济发展作贡献,也在依法向国家纳税。建立起由国家、社会、企业及个人共同负担的养老、医疗保障制度,是国家、社会、企业、职工共赢之策,对促进社会和谐,加快经济发展,将发挥重要作用,也从根本上减少劳务派遣工。最后,完善劳务派遣的法律制度,建立“同工同酬”的保障机制。应进一步明确“辅助性”用工的

具体界限,增强法律的可操作性,填补法律空白,使意欲违法者无可乘之机。要加大对被派遣劳动者合法权益的保护力度,实施“同工同酬”。可以这样讲,解决好“同工同酬”问题,是规制劳动派遣超常发展的治本之策,要明确界定标准,加大监察力度,增强被派遣劳动者的维权意识,充分发挥工会的作用,切实维护被派遣劳动者的合法权益。

注释:

[1]美国临时性工作机构的传统作用是给那些需要临时性帮助的客户提供工人,替代客户请病假或者产假的工人,或者执行客户短期的工作任务。这些临时性工人为同一用户一般工作几天或几周,有时几个月,然后从一个客户处移到另一客户处,唯一相对稳定的是与临时工作机构间的派遣与被派遣的关系。

[2]另说:“日本在20世纪20年代初出现劳务派遣的雏形,后来因战争需要而演变成战争经济直至战争结束。”持此说者学界甚少。见朱四明、张建飞:《劳务派遣制度的立法缺陷及其修正》,《经济研究导刊》2008年第11期。

[3]朱达明、田培杰:《人力派遣法律保障制度及其路径选择》,载丁薛祥主编:《人才派遣理论规范与实务》,法律出版社,2006年,第158页。

[4]焦兴恺:《论劳务派遣之国际劳动基准》,《辅仁法学》2002年第19期。

[5]韩国劳动部于1993年拟定了《劳动者派遣事业的适当运营和派遣劳动者的保护相关法案》草案,并提交给国会,但因工会组织的激烈反对,此草案最终未能通过国会劳动委员会的正式审议。1995年通商产业部建议制定“为支援中小企业结构改善的特别措施法”,此法案里包含劳动者派遣制、弹性劳动时间制等,同样遭到韩国工会组织的激烈反对,没有获得通过。

[6]董保华:《劳动力派遣》,中国劳动社会保障出版社,2007年,第221-223页。

[7]依据劳动力派遣业者国际联合会(CIETT)2004年的统计数据。2.6%是依据2004年英国贸易与工业局(DTI)的估算英国劳务派遣工数量是600000人,约占全体就业人数的2.6%,数字不够精确。

[8]依据人社部、国家统计局统计:2008年我国城镇就业劳动者总数3亿多,按每年新增就业者1千万人计算,至2012年底约增至3.4亿人,除去此间的退休人数,约为3.3亿左右,派遣工在所有就业劳动者中所占比例为18.05%-20%,远远超过主要发达国家2%-3%的比例。

[9]李长安:《靠劳务派遣“增厚”国企利润可休矣》,《京华日报》2011年5月14日。

[10]刘建:《用人单位随意退职工工利益被最小化 滥用劳务派遣导致劳动争议多发》,《法制日报》2011年5月18日。

[11]《建筑行业劳务派遣制度调查》,《南方周末》,2009年5月21日。

[12]常秀鹏:《高等学校后勤管理与运行的科学模式》,《河北学刊》2012年第1期。

[13]朱光磊:《当代中国社会各阶层分析》,天津人民出版社,2007年,第6-7页。

[14]郑尚元:《我国劳动派遣现状与劳动者权益保护》,《国家行政学院学报》2007年第2期。

[责任编辑:徐子]