

劳务派遣的法律规制

◎ 李国华 范可心

[摘要]由于市场经济和对外开发的成功推进以及适应了现阶段我国的国情，劳务派遣在我国迅速发展，《劳动合同法》第一次在国家基本法的层次上对劳务派遣法律制度做出了规定。随着相关操作性立法和监管措施的完善，劳务派遣必将对我国的经济和社会发展产生深远影响。

[关键词]劳务派遣；劳动合同法；劳动关系

劳务派遣近年来在我国迅速发展，劳务派遣用工形式非常普遍，《劳动合同法》第一次在国家基本法的层次上对劳务派遣法律制度做出了规定。对劳务派遣的法律规制从无到有，体现了立法者对劳务派遣这一就业新途径的肯定态度。本文着重从劳务派遣的涵义和优势、法律关系、法律完善等方面展开论述。

一、劳务派遣的涵义及其优势

劳务派遣，又称劳动派遣，指的是劳务派遣单位根据接受以劳务派遣形式用工的单位(称用工单位或要派单位)的要求，与用工单位签订劳务派遣协议，将与自己建立劳动合同关系的劳动者派往用工单位，被派遣劳动者在用工单位的指挥和监督下提供劳务，劳务派遣单位从用工单位获取派遣费，并向被派遣劳动者支付劳动报酬的一种用工形式。

在劳务派遣关系中，劳务派遣单位、用工单位、被派遣劳动者组成了一个三角关系：劳务派

遣单位与用工单位之间订立派遣协议，劳务派遣单位与被派遣劳动者之间订立劳动合同；被派遣劳动者为用工单位提供劳动。在这过程中，劳动力雇佣与劳动力使用相分离了，形成了“有关系没劳动，有劳动没关系”的特殊形态。

劳务派遣近年来在我国迅速发展，劳务派遣用工形式非常普遍。就行业分布而言，主要有服务业、制造业和建筑业，如电信、银行、饭店、医院、邮政、家政、电力、铁路运输等服务性行业，以及建筑业和制造业的一些部门。目前石油销售企业的劳务被派遣劳动者已占用工总量的三分之二以上，主要分布在加油工的岗位上，少量的进入到站长、领班、油库的操作工及后勤勤杂等岗位。就企业的实际需要而言，劳务被派遣劳动者所占用工总量的比例还可以提高，适用的岗位范围还可以扩大。根据几年的实践，所有的加油站岗位、油库操作岗位和后勤勤杂岗位乃至客户经理等都适用劳务被派遣劳动者。从规律上看，企业之所以青睐劳务派遣用工，肯定使用劳

劳务派遣工对企业来说有好处。那么，企业使用劳务派遣工到底有哪些好处呢？

1. 劳务派遣有利于降低企业用人成本

一般情况下，劳动者与企业签订正式的劳动合同后，企业首先必须给这名劳动者支付除规定工资待遇（如基本工资、津贴、加班费、轮班费等）、社保公积金之外的奖金福利待遇。为了让劳动者尽快掌握操作技能并不断提高，企业还必须对他们进行培训，支付必须的培训费用。而被派遣劳动者在进入企业之前已经经过劳务派遣单位针对性的技能培训，能够在最短时间内就进入工作状态，如被派遣劳动者不能胜任工作，劳务派遣单位负责重新培训或调换人员，从而企业无需支出大量的培训费用。

2. 降低企业用工风险

由于被派遣劳动者是与劳务派遣单位签订的劳动合同，因此所有有关劳动保障及管理风险都由劳务派遣单位承担。如被派遣劳动者在企业发生劳动纠纷，就会由劳务派遣单位出面进行调解；若员工发生工伤、怀孕、生病及其它安全问题，也将会由劳务派遣单位承担经济损失。因此，就企业而言，使用被派遣劳动者将大大降低企业的用工风险，减轻企业的工作负担，使企业能够集中精力参与市场竞争。

3. 劳务派遣有利于改善企业灵活的用工机制

企业使用多种劳务用工形式，有利于分散经营风险，根据市场需求灵活组织生产，在固定一定比例正式员工的基础上，科学机动地配置员工，实现以低成本获取高利润的企业经营原则。另一方面，劳务派遣也可以在一定程度上提高员工的生产积极性，如园区、高新区等企业会将优秀的被派遣劳动者聘为正式的企业员工，这对被

派遣劳动者甚至正式员工都能产生不小的激励作用。

二、劳务派遣中当事人之间法律关系分析

传统的劳动关系即单一用人单位与劳动者之间通过签订劳动合同而建立的权利义务关系，企业职能完整地归属于用人单位一方，其权利义务归属明确。劳动派遣作为一种特殊的劳动用工方式，劳动的实现离不开劳务派遣单位与被派遣劳动者签订劳动合同；劳务派遣单位与用工单位签订劳务派遣协议；被派遣劳动者在用工单位的管理下从事生产劳动三个环节。《劳动合同法》正是从三个环节规制三方主体之间的权利和义务，劳务派遣单位与被派遣劳动者之间是劳动合同法律关系，劳务派遣单位与用工单位是关于劳务的民事法律关系，被派遣劳动者与用工单位是用工法律关系，如果将劳务派遣三个环节分开考量，则《劳动合同法》对劳动派遣的规制与传统劳动关系理论之间存在冲突。因此，在考量《劳动合同法》对劳务派遣的法律规制时，必须将劳务派遣的三个环节作为一个整体来分析，劳务派遣单位与用工单位对被派遣劳动者的义务加起来正是用人单位必须承担的劳动法上用人单位的全部义务，劳务派遣单位与用工单位共同成为一方主体与劳动者形成劳动法律关系，与传统劳动关系理论相符。

从总体上讲，劳务派遣中当事人之间的法律关系体现为：

1. 劳务派遣机构与被派遣劳动者之间是一种法律上的劳动关系

虽然劳动给付的对象不是派遣机构，但劳

动合同的签订双方是派遣机构与被派遣劳动者，劳务派遣机构根据劳动合同的内容，提供就业信息、帮助推荐工作，支付已派遣人才的工资、福利、社会保险等，协调处理有关被派遣劳动者与用工单位之间的劳务纠纷等问题，被派遣劳动者则按合同要求提供劳动或服务，各国实践与立法均承认二者之间的劳动关系。我国《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。可见，我国法律也将派遣机构视为法律上的雇主，其应当承担雇主的义务。

2. 劳务派遣机构和用工单位之间是一种关于劳务的民事法律关系

根据与用工单位签订的劳务派遣协议，劳务派遣机构负有向用工单位派遣人才的义务，而用工单位负有定期支付被派遣劳动者的工资、福利等费用以及派遣公司的管理费等义务。

3. 用工单位和被派遣人员是一种事实上的劳动关系

在用人单位与派遣工人之间是否存在劳动关系一直存在争议，主张一重劳动关系说的学者认为用工单位和被派遣人员之间并未签订劳动契约，不受劳动法调整，将二者的关系定义为用工关系、服务关系、劳务关系等，但这使用人单位承担相关责任缺乏理论依据；主张二重劳动关系说的学者则认为用工单位和被派遣劳动者之间形成的都是“特殊劳动关系”。特殊劳动关系的特征是只受到部分劳动基准法的限制，双重特殊劳动关系的叠加构成了一个完整的劳动关系。该说将受派遣劳动者同劳务派遣单位和用工单位形成的一个劳动关系分割成两个不完整的劳动关系，混同于业余兼职或非全日制工作中的劳动者同时

与多个用人单位建立劳动关系的情况，也不尽合理。我国法律对用人单位与劳动者之间的关系并无明确定义，但从《劳动合同法》对用工单位的义务和责任的规定来看，其是基于被派遣劳动者为用工单位提供劳动或服务，用工单位对被派遣劳动者负责工作安排和考核这一事实，从实质公平的理念出发，起码将用人单位视为事实上的雇主，从而在合同之外对其加以法律上的强制义务，以保护处于弱势地位的被派遣劳动者。

三、劳动合同法的相关规定及其完善

《劳动合同法》第五章第二节共11个条款对劳务派遣做出了专门规定，标志着我国劳务派遣法律制度的正式确立，填补了我国在劳务派遣法律制度上国家立法的空白，对规范和完善我国劳务派遣法律制度，促进我国劳务派遣市场的健康发展，更好地维护劳动者的合法权益起到重要作用。但其中也有很多不足之处。

现就劳动合同法的相关规定及其完善谈谈自己的想法。

1. 关于劳务派遣单位设立条件

针对长期以来，我国对劳务派遣单位设立几乎没有限制，劳务派遣单位过多过滥的现状，《劳动合同法》第57条对劳务派遣单位设立条件从主体条件和资产条件上做出了较严格的规定。一方面是劳务派遣单位应当按照公司法的有关规定设立。在主体资格上劳务派遣单位只能以有限责任公司、股份有限公司或一人公司的形式设立，而不能以其他非法人单位或非公司制组织形式设立。另一方面是设立劳务派遣单位要有不少于50万元人民币的注册资本。劳务派遣公司作为一种特殊类型的公司，其最低注册资本明显高于

公司法中规定的有限责任公司3万元和一人公司10万元的最低注册资本。严格规范劳务派遣单位设立条件有利于我国劳务派遣单位的专业化、规模化发展，有利于保障特殊债权人——被派遣劳动者的合法权益和其他债权人的交易安全。

但是，《劳动合同法》在劳务派遣单位设立的规制上存在着两点不足：

第一，仅规定了劳务派遣单位设立的主体条件和资产条件，没有设立严格的实质审查制度。按照《劳动合同法》的规定，只要劳务派遣单位具备了公司的组织形式和不少于50万元的最低注册资本即可设立，而劳务派遣单位是否具备足够的劳动法、社会保险法和相关的法律知识、具有一定任职资格和数量的专业技术管理人员、健全的管理制度和财务制度并不是设立劳务派遣单位的法定要件，因此在没有规定劳动风险备用金，又不对劳务派遣单位的设立进行严格实质审查的情况下，被派遣劳动者仍将面临很大的风险。

第二，没有考虑登录型派遣和雇佣型派遣的不同特点在设立条件上进行分类规制。登录型派遣（是指在被派遣劳动者接受派遣前，劳务派遣单位与被派遣劳动者之间并未签订劳动契约，被派遣劳动者仅是在劳务派遣单位进行求职登记，直到用工单位向劳务派遣单位提出人力需求时，劳务派遣单位方与被派遣劳动者签订劳动契约）中的被派遣劳动者主要是中低端劳动者或非技术型劳动者，其与劳务派遣单位劳动关系具有临时性，对用工单位的依赖程度要大于对劳务派遣单位的依赖程度，劳务派遣单位承担的风险相对较低；雇佣型派遣（是指劳务派遣单位将其长期雇佣的劳动者派至用工单位提供劳务）中的被派遣劳动者多为高端劳动者或技术型劳动者，其与用

工单位的劳动关系具有临时性而与劳务派遣单位的劳动关系则具有相对稳定性。现阶段，我国劳动派遣中登录型派遣泛滥，而雇佣型派遣则发育不足，因此应当在设立条件上有所区别，对登录型派遣应当从严审批，加强规制，对雇佣型派遣则需要鼓励支持其发展。

2. 关于雇主责任的划分

《劳动合同法》对劳动派遣中的三方劳动关系（即劳务派遣单位、用工单位、被派遣劳动者三方）没有做出明确规定，不能不说是该法的缺憾，此外，该法对两个雇主间的责任划分没有采用由劳务派遣单位和用工单位内部通过派遣协议约定分配责任的原则，也没有采用依据两个用人单位各自对被派遣劳动者承担的法律义务划分责任的原则，而是在第92条确立了给被派遣劳动者造成损害的，劳务派遣单位和用工单位承担连带赔偿责任原则。这一原则对保护被派遣劳动者的利益无疑是最有利的，但是如果不分雇主责任的类型，仅笼统的规定一概由两个雇主对劳动法上的全部义务承担连带责任，虽然能起到最大限度保护被派遣劳动者利益的目的，但是实际上却存在着弊端：

首先，一概由劳务派遣单位和用工单位承担连带责任混淆了两个雇主在劳动基准法上各自对劳动者所应承担义务的分工。劳务派遣的特点是一个劳动关系下的分层运行状态，劳务派遣单位和用工单位对于被派遣劳动者都只享有部分权利、承担部分义务，而不是劳动合同的全部，只有当两部分义务合并才形成一份完整义务。劳务派遣单位与被派遣劳动者是形式上的雇主，其义务主要是负责招工、签订劳动合同、派遣劳动者、档案管理、支付劳动报酬，交纳社会保险等

与财产关系有关的非生产性管理服务；用工单位是被派遣劳动者的实际雇主，负责劳动全过程中的劳动力使用、组织管理、劳动安全卫生、提供福利待遇、支付劳动力再生产费用等与劳动过程中人身关系有关的生产性劳动管理义务。因此，劳动过程中发生与人身关系有关的纠纷最有可能发生在用工单位，与财产关系有关的非生产性管理服务纠纷如劳动合同、支付劳动报酬、缴纳社会保险费等最有可能发生在劳务派遣单位。此外，由于劳务派遣单位或用工单位对另一方违反劳动法职责都是难以控制掌握的。所以，不加区别一概由两个雇主承担连带责任不仅显失公平，也混淆了两个雇主对被派遣劳动者所应承担的法定义务分工。

其次，一概由劳务派遣单位和用工单位承担连带责任不利于两个雇主自我约束、自觉履行各自法定义务的积极性。《劳动合同法》第58条到第62条明确规定了劳务派遣单位和用工单位各自对被派遣劳动者应当履行的劳动法上的义务，实际上也明确了各自所应承担的法律责任。在法定义务和责任明确的情况下，可以促使相关责任人加强责任心，尽力履行自己的管理职责。如果一概承担连带责任，让履行了法定义务的雇主连带承担不履行法定义务的雇主责任和风险，那么必然会挫伤无过错雇主履行法定义务的积极性；有过错雇主也会因为有无过错雇主连带承担责任而更加无视履行自己的法定义务。

对此，我认为《劳动合同法》应当对连带承担责任做出细化规定，当两个雇主在履行法定管理职责时都存在瑕疵、共同侵权、责任竞合或合谋给被派遣劳动者造成损害的情况下应当连带承担责任，或者被派遣劳动者在劳动过程中过失

致他人损害，两个雇主对其共同管理下的被派遣劳动者的侵权行为应当连带承担责任。此外，两个雇主在派遣合同中违反法定义务的内部责任约定，不具有对抗被派遣劳动者和其他受害人的法律效力。

3. 关于劳动报酬等的支付

及时足额向被派遣劳动者支付工资、加班费等报酬是劳务派遣单位和用工单位的基本义务。目前我国劳务派遣中，劳务派遣单位拖延、克扣被派遣劳动者工资；用工单位不及时足额向劳务派遣单位支付报酬或管理费，或者为降低用工成本，不支付被派遣劳动者加班费、绩效奖金的情形比较普遍，被派遣劳动者的权益常常受到侵害。《劳动合同法》第58条、59条、62条以立法的形式对向被派遣劳动者支付劳动报酬、社会保险费等义务在劳务派遣单位和用工单位间进行了分配。劳务派遣单位应当履行按月向被派遣劳动者支付劳动报酬的义务，用工单位应当履行告知被派遣劳动者劳动报酬、支付加班费、绩效奖金，提供与工作岗位相关的福利待遇的义务。也就是说，被派遣劳动者劳动报酬的支付被分为两个部分：工资部分是由工资的终极提供者——用工单位依据劳务派遣协议的约定，以派遣费或管理费的形式先向劳务派遣单位支付，再由劳务派遣单位向被派遣劳动者转移支付；劳动报酬中除工资部分以外的加班费、绩效奖金部分由用工单位直接向被派遣劳动者支付。

在这种立法模式下，劳动报酬的支付变得复杂化，容易产生更多纠纷，因为无论是用工单位还是劳务派遣单位哪一个环节出现问题，都将影响到被派遣劳动者能否及时足额得到劳动报酬，此外劳动报酬支付的复杂化，也给被派遣劳动者

合同的审查与风险防范

◎ 于传博 胡云侠

[摘要]合同的签订把关,对于防范经营风险,实现经营目标有非常重要的作用。同时,合同审查是非常细致牵扯问题比较多的工作。企业应当加大对合同审查工作的管理力度和重视程度,配置得力的专业人员,认真把好合同法律审查关。有效防范合同风险,应该从合同的审查开始。

[关键词]合同;审查;风险防范

依法订立和生效的合同,不仅是当事人履行合同的依据,而且也是司法机关或仲裁机构裁定当事人承担责任的依据。有效防范合同风险,应该从合同的审查开始。

维权和劳动行政部门的监管增加了难度。因此,我认为应该通过立法,规定由用工单位直接向被派遣劳动者支付工资、加班费和绩效奖金。这样做的好处在于:第一可以减少劳动报酬支付的中间环节,消除或防止不必要的劳动纠纷。第二可以直接解决劳务派遣单位拖延、克扣被派遣劳动者工资和工资不透明的问题。第三可以促使用工单位贯彻同工同酬的原则,也便于被派遣劳动者比较和用工单位自身雇员的工资水平,监督用工单位是否真正执行了同工同酬原则。第四发生劳动纠纷便于分清雇主的责任,有利于被派遣劳动者更好地维护自身权益。

一、合同审查的基本内容

1. 审查合同主体

签订合同要选好合作对象,好的合作对象,能够信守合同,使签约双方达到签订合同的目的。

综上所述,由于市场经济和对外开发的成功推进以及适应了现阶段我国的国情,劳务派遣在我国的发展速度很快,现《劳动合同法》专门进行了规定,我们相信,随着相关操作性立法和监管措施的完善,劳务派遣必将对我国的经济和社会发展产生深远影响。

[收稿日期]2009-08-03

[作者简介]李国华,范可心,天津工程职业技术学院。

[责任编辑]方广江