

我国劳务派遣适用范围的法律规制

■任家桔

摘要:从目前实践来看,《劳动合同法》修正案的颁布并未真正解决劳务派遣适用范围界定缺乏可操作性等问题。借鉴域外劳务派遣适用范围的法律规制,可以通过转变法律规制重心,改变界定适用范围方式,明确不符合规定的派遣员工的相关出路和完善配套制度等,完善劳务派遣适用范围的法律规制。

关键词: 劳务派遣 适用范围 法律规制

我国劳务派遣制度颇受争议,存在诸多问题。目前,劳务派遣用工仍呈现快速增长的态势^①,出现这些状况的原因之一在于法律对劳务派遣适用范围的规定较为模糊。如何对劳务派遣适用范围予以法律规制,一直是学界和实务界亟需解决的问题。

■我国劳务派遣适用范围法律规制的发展历程

劳务派遣适用范围的法律规制可以划分为以下两个时期:

法律空白时期

改革开放初期,劳务派遣多具有涉外性质。根据规定,外国常驻代表机构聘请工作人员,应当委托当地外事服务单位或中国政府指定的其它单位办理。这些服务单位构成了我国最早的劳务派遣单位。但是,法律并没有对这类工作人员的岗位、派遣期限以及常驻代表机构的行业等进行限制。

20世纪90年代中期开始的国企改革使大量国企工人下岗,同时,城市涌现大量进城务工人员,劳务派遣成为安置国企下岗员工及进城务工人员的重要途径,劳务派遣作为推动就业的方式之一,得到国家政策的支持。有诸多政策都部分间接涉及了劳务派遣的适用范围,如中共中央、国务院《关于进一步做好下岗职业人员再就业的通知》(2002)中“鼓励下岗失业人员通过非全日制、临时性、季节性、弹性工作等灵活多样形式实现就业。通过发展劳务派遣、就业基地等组织形式,为他们灵活就业提供服务和帮助”。各地也做了有关规定,如北京市《劳务派遣组织管理暂行办法》(1999)规定,“各用人单位使用劳务人员或临时工,应从劳务派遣组织中聘用”;上海市《关于进一步规范劳务用工和劳务型公司的意见》(2000)规定,“本意见所称劳务型公司是指专门从事为用人单位提供季节性、临时性、突击性用工,或因用人单位原因而造成难以与所用的劳动者直接签订劳动合同的用工需要,而

向用工单位输出劳务人员的公司”。虽然,国家政策没有明确限制劳务派遣的适用范围,但是从中可以看出,劳务派遣用工与劳动合同用工不同,主要集中于具有季节性、临时性的岗位,形成了规制的雏形。但不可否认,在当时,我国劳务派遣适用范围规制仍属于法律空白。

法律规制时期

由于国家层面的规章规定不够清晰,缺乏可操作性,劳务派遣在高速发展的过程中出现了大量侵害劳动者权益的现象。《劳动合同法》的实行,以国家法律的形式对劳务派遣做了系统规范,其中第六十六条规定“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”,构建了以劳务派遣适用范围为核心的法律规制制度。

由于《劳动合同法》对劳务派遣适用范围“三性”的界定较为模糊,一些地方政府通过制定地方性法规界定“三性”岗位的含义并增加限制劳务派遣适用范围的强制性,如重庆市《职工权益保障条例》、吉林省《劳务派遣管理办法》、上海市《关于规范本市劳务派遣用工的指导意见》等。这些地方性法规或规章虽具有一定的操作性,但层级较低且大多对法律有所突破,合法性问题受到质疑。^②

针对界定模糊问题,2012年,全国人大常委会通过了《劳动合同法(修正案)》,明确劳务派遣补充性、非主流用工形式的基本定位;将“一般”改为“只能”,使其成为法律刚性规定;进一步明确了“三性”的含义。

■我国劳务派遣适用范围规定存在的问题

“三性”的界定缺乏可操作性,不利于限制劳务派遣用工范围

修正案对“三性”的定义仍然存在概念不确定和难以操

作的问题。例如，将“临时性”岗位界定为“存续时间不超过6个月的岗位”，而《劳动合同法》第五十八条规定，劳务派遣单位应当与被派遣劳动者订立2年以上的固定期限劳动合同，而且劳务派遣单位与被派遣劳动者订立的劳动合同，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，这两条规定之间可能存在矛盾。因为被派遣劳动者可以在劳动合同中并未规定而拒绝去新的用工单位，这将不利于发挥劳务派遣这一灵活用工形式应有的作用；而若要求用人单位在签订合同之时就确定合同期限内的全部用工单位，则显然难以实现。

再如，就“辅助性岗位”的定义，何谓“主营业务岗位”，何谓“非主营业务岗位”，这本身就是个难以界定的问题，不同的行业、用工单位有不同的界定标准，而且范围还可能发生变化，如此规定则为扩大辅助性的认定留有空间。另外，“替代性”中的“等原因”应如何解释，“一定期间内”的期限是长是短均不明确。

此外，修正案规定，用工单位应当严格控制劳务派遣用工数量，不得超过其用工总量的一定比例，具体比例由国务院劳动行政部门规定。劳务派遣本是针对企业临时用工和短期用工的需求出现的，各行业、各企业的需求不尽相同，国务院劳动行政部门针对各行业、各企业需求规定相应的比例属不易之事。

缺乏不符合规定派遣员工的明确出路

法律没有明确不符合规定的派遣员工去向。首先，不符合规定的派遣员工不易确定。这些员工分为两种情况，一种属于在非“三性”岗位上的员工，另一类是超出比例的派遣员工。前者相对而言较好确定，但是哪些员工属于超出比例的？依入职先后确定或是其他？

其次，修正案只规定“责令改正”，但应当如何改正并未明示。一些企业为了规避风险，闻风而动，以各种方式变相调整派遣人员岗位。北京外企人力资源服务有限公司进行“新法实施下企业用工变化及其影响趋势”调查，发现面对新法带来的用工环境变化，用工单位普遍拥有三种选择，一是将原被派遣员工转成企业直接雇用，二是将部分业务以外包形式完成，三是继续选择派遣用工。^⑨除了转化为劳动合同用工，其他两种方式都容易损害派遣员工的利益。因此，不符合适用范围规定的派遣工的身份及其权益的保护仍是一个需要解决的问题。

■ 劳务派遣适用范围法律规制的域外分析

劳务派遣在西方国家发展时间较长，各国对其适用范围的规定都有所不同。

美国 目前，美国还没有全国性的关于劳务派遣专门规定的法律，虽然许多州制定了专门法律对其进行规制，但是，规制对象并没有包括适用范围。美国对劳动关系的国家干预一直保持很谨慎的态度，对劳务派遣也一直采取相当宽松的政策，并不特别加以限制或禁止，基本交由市场去调节。在美国，劳务派遣不仅仅流行于需要各种不同技能的特殊行业，而且渗透到整个经济的各个领域，从“看门人”到首席执行官，各个层面的劳务派遣发展迅速。^⑩即便如此，美国劳务派遣却维持着平稳的发展态势，派遣员工占从业人员的比例非常小。^⑪

究其原因，主要是由于美国“共同雇主”理论较为完善。在大部分州法中，主要由雇员租赁公司承担主要的雇主责任，在个别州，为了保护派遣员工的利益，将客户公司作为第二责任人或者使其承担连带责任。在联邦法中，法院许多判例表明，客户公司在符合某些条件时，将和派遣公司构成派遣员工的共同雇主，判定时主要考虑客户公司是否有权控制派遣员工。^⑫当然，美国高度尊重意思自治，雇员租赁公司与客户公司之间的责任可以通过协商来确定。在这一框架下，雇员租赁公司和客户公司的责任分配较为全面且严格，使得需要长期用工的用人单位无法通过劳务派遣的用工方式来规避法律责任。

此外，美国较为宽松的解雇政策也是一个影响因素，这使得美国劳动力市场本身灵活性较强，用人单位无需通过选择劳务派遣用工来避免承担解雇保护的责任。

德国 德国劳务派遣经历了从完全禁止到严格限制，又到逐步放松管制的过程，这种转变主要通过调整派遣期限和派遣行业来实现。

德国在承认劳务派遣合法性后于1972年颁布《劳工派遣法》，规定不论是营业性或非营业性的劳工派遣，其最长期限不得超过3个月，之后该法多次做出延长期限的修改。^⑬“哈茨法案”（《劳动力市场现代服务法》）出台后，《劳工派遣法》有了根本性的改革：“哈茨一”鼓励设立人事代理公司帮助失业人群重新就业，德国逐渐认识到劳务派遣在缓解就业压力和增加劳动力市场的灵活性中的积极作用，《劳工派遣法》也相应放松了对劳务派遣的规定，取消了对转让时间不超过24个月以及对订立有固定期限劳动合同的限制，并规定派遣员工享有与固定雇员在工资等劳动条件方面的平等权利（只有在就业后的头6个星期或者集体劳动合同中另有规定的情况下例外）。^⑭派遣员工据此也可以受到有关劳工保护的多重法律保护。劳务派遣工会在其中发挥了重要作用，其工作重点不再是防止雇主用派遣员工代替正式员工，而是如何为派遣员工争取同等的劳动条件和工资待遇。

除了对期限规制以外，德国对劳务派遣适用的行业进行

规制。因大部分违法行为都存在于建筑业,为此德国禁止了建筑业的劳务派遣用工。但是从1994年起,这种限制逐渐放松,允许建筑业之间进行雇员转让,但是前提是出借企业能够证明至少已有3年受同一框架性合同或具有普遍约束力协议的约束。^⑨新修改的法律还允许建筑企业和其他企业之前可以进行雇员转让协议。

日本 日本政府对于劳务派遣最初也持全面否定的态度,通过《职业安置法》对劳务供给事业做了全面禁止的规定。但是,劳务派遣并未因法律的禁止而消失,而是转为“地下化”,反而使派遣员工的权益无法得到保障。为了改变这一状况,日本政府采用了严格的指定业务范围和限制派遣期限等政府管制政策。

根据1986年颁布的《劳动者派遣法》,指定业务范围大致以下列两点为基准:一是有必要迅速和正确的处理专业知识、技术或者经验的业务,二是有必要进行特别管理、雇用的业务,据此规定了13种允许派遣的业务范围。随着日本劳务派遣越来越发达,可派遣的工作种类扩大到26种;1999年,日本对《劳务派遣法》进行了大规模修改,以反向立法的方式取代了之前正面列举的方式来规范其适用范围,规定包括建筑业在内等几大行业禁止采用劳务派遣;2003年修正案进一步缩小了禁止的范围。^⑩由此看出,日本对劳务派遣的限制实现了从“原则禁止”至“原则自由”的转变,劳务派遣不仅为企业提供具有特殊技能的专业劳动者,也可以提供临时劳动者。

除了行业限制外,为了避免派遣劳动者侵蚀正式员工的工作机会,政府也对派遣期限加以控制,并规定超过期限用人单位有直接雇用该劳动者的义务,以期将其控制在临时用工的范围,但此期限之后也被延长。^⑪

日本于2012年10月1日再次修改了《劳动者派遣法》,本次修改重心有所转变,重点强调了劳动条件的明示和派遣劳动者与用人单位劳动者的均等待遇,提出了派遣公司有保障派遣劳动者从有期雇用到无期雇用转换的努力义务,推动派遣劳动者在用人单位直接雇用,禁止日雇派遣和防止用人单位用派遣劳动者代替直接雇用的劳动者。^⑫

从上面各国的情况可以看出,劳动派遣适用范围的法律规定是一个复杂的问题,要根据经济发展的需要以及劳动者保护的不同情况不断加以调整。

■ 解决我国现存问题的政策建议

我国劳务派遣的法律规制越来越完善,但是,劳务派遣仍未实现平稳发展,正在不断冲击着正规雇用体系,域外劳务派遣适用范围的法律规定有诸多可借鉴之处。

转变法律规制重心,兼顾劳务派遣促进就业的作用

如前所述,美国劳务派遣能保持平稳发展态势的重要原因之一就是有着完善的共同雇主理论。这与美国有高度自由的市场经济和重于解决实际问题的立法理念是密不可分的。但是,我国缺乏相应的制度土壤,因此,不能将劳务派遣适用范围完全交由市场调节。共同雇主理论的核心在于明确派遣单位和用工单位的责任,鉴于我国通过控制适用范围来规制劳务派遣未能取得很好的效果,我们可以将规制重心置于严格分配派遣单位和用工单位的责任上。我国《劳动合同法》明确了两者的义务,应当针对各自的义务确定相应的主要责任主体;由于用工单位与派遣单位义务的履行有相辅相成的关系,当义务的履行需要另一方辅助时,可认定为二者有共同责任,可以主张二者承担连带责任;当涉及劳动合同、劳务派遣协议和法律都未作明确规定的责任时,应当在有利于劳动者维权的基础上确定责任主体。

德国和日本后期有关劳务派遣适用范围的修法重心都有所转变,即从限制期限或行业到实现派遣员工劳动条件和工资的平等待遇,值得借鉴。我们不能一味的关注如何解释适用范围,当用工单位利用劳务派遣无额外利益可图之时,劳务派遣的滥用自然会得到规制,这也是市场发挥作用的体现。

当然,改变立法重心并不意味着不对适用范围作出规定。确定劳务派遣适用范围是国家干预和市场调节不断博弈的动态过程,德日初期均对劳务派遣的适用范围国家干预力度较大,但迫于就业压力而不断放松规制。劳务派遣是市场经济发展的产物,在对其进行法律规制的同时不能忽视了它在满足企业灵活用工和短期用工需求,促进就业的积极作用。因此,劳务派遣制度的适用范围应当限定在最能发挥其促进就业功能的领域。

改变界定适用范围的方式

我国一种较为主流的看法是,劳务派遣是市场经济条件下市场主体自发选择的结果,“恰恰相当一部分劳务派遣就是为了非三性岗位而产生的,就是为了提供雇主无法直接用工下的长期用工,通过劳务派遣用工的引入,规避对用人单位用工自主权的限制。要使得劳务派遣仅运用于三性岗位,必然需要建立能进能出的劳动力资源市场配置机制,赋予用人单位足够的用工自主权,必然需要进行机关事业单位用工制度的改革。这在短期内是很难实现的”。^⑬

我国与日本对确定劳务派遣适用范围采用两种不同的技术选择:我国以岗位分类为标准,而日本以行业分类限制为标准。虽然,修正案对“三性”的具体含义给出了明确的界定,但是通过“三性”的界定来限定劳务派遣的适用范围既缺乏可操作性,又不符合市场主体理性选择的要求;而且,概念

毕竟有抽象性特征,理解具有较大的主观性,在司法实践中主要依赖于法官的自由裁量,不利于维护司法的统一和权威。“比较而言,依靠行业分类标准对劳务派遣适用范围进行界定更为直接、准确、便于操作。由于世界各国对行业的划分存在较大的共识,基本不存在由于个体认识的差异出现适用范围的分歧。另外,采用行业分类标准能够方便立法者根据本国经济发展情势及时调试劳务派遣的适用范围。”^①因此,我国可以在“三性”的基础上,考虑通过反向立法对行业进行限定的方式来界定劳务派遣的适用范围。

明确不符合规定的派遣员工的身份及其权益保护

法律应当对超出适用范围的派遣员工与用工单位之间法律关系如何变更做出明示。可以借鉴日本后期修法对“用工单位对超过期限的派遣员工有雇用的义务”,“派遣公司推动派遣劳动者在用工单位直接雇用”的规定,明确超出适用范围的派遣员工的出路,以防止劳务派遣的滥用。但需要区分“派遣之时不属于适用范围内”还是“派遣之时属于,之后情况发生变化却不属于”两种情况。针对前者,用工单位主观上具有可谴责性,客观上也有违法性,因此,应当将该用工关系直接作为劳动合同用工的劳动关系来对待。规定这一法律对用工单位更具威慑力,防止其利用劳务派遣规避法律责任,更能限制劳务派遣的规模。至于后者,则建议在派遣员工退回事由中增加“情况发生变化后不属于劳动派遣适用范围内”一条,据此将其退回派遣单位,如果继续使用则做劳动合同用

工对待。

完善配套制度

第一,劳动合同解除制度。美国较为宽松的解雇政策有利于实现劳务派遣平稳发展,我国也可通过完善劳动合同的解除制度来消除用人单位通过利用劳务派遣用工方式来规避责任的做法。《劳动合同法》将无固定期限劳动合同的解除条件设置成与固定期限合同一样的解除条件,使得这一制度在进口上较宽,在出口上则较紧,一定程度上加大了用人单位的抵触和为难情绪。因此,适当放松无固定期限劳动合同的解除条件,使其区别于固定期限劳动合同,消除用人单位的顾虑,充分调动用人单位的积极性,更有利于提高无固定期限劳动合同的签订率,稳定劳动关系。

第二,工会制度。美德日工会力量都非常强大,在限制劳务派遣适用范围上发挥了重要的作用,成为牵制雇主随意使用劳务派遣用工方式的重要力量,在保护派遣员工权益方面也发挥了重大作用。因此,可以通过加强工会力量,让工会和用人单位就劳务派遣问题开展集体协商,进一步发挥工会在劳务派遣中保护派遣员工权利的作用。

作者单位
中国社会科学院研究生院

①根据全总劳务派遣问题课题组“当前我国劳务派遣那用工现状调查”显示:2006年前后,全总粗略估算当时全国的劳务派遣大概是2500万人;根据全总研究室2011年企业职工劳动经济权益实现状况及思想动态调查测算,目前,全国企业劳务派遣工约3700万人。(中国劳动,2012年第5期。)

②董保华,劳务派遣的题中应有之义——论劳务派遣超常发展的“堵”与“疏”,探索与争鸣,2012年第8期。

③张萍,劳务派遣新法挑战传统用工理念,中国劳动保障报,2013年8月17日。

④⑥谢增毅,美国劳务派遣的法律规制及对我国立法的启示——兼评我国《劳动合同法》的相关规定,比较法研究,2007年第6期。

⑤2007年,美国劳务派遣的劳工人数大约为200万到300万;据美国职业雇主组织全国联合会公布的最新统计数据,2012年在职业雇佣组织就业的劳工仍然为200万到300万人。(数据转自沈同仙,论我国劳务派遣适用范围的法律规定,苏州大学学报,2013年3月。)

⑦参见黎建飞,“派遣劳动”应当缓行,法学家,2005年5月。

⑧蔡和平,哈茨改革能否扭转德国劳动力市场的颓废(上),中国劳动,2007年第2期。

⑨See, Manfred Weiss and Marlene Schmidt, “Labour Law and Industrial Relations in Germany” (2008), Kluwer Law International BV, the Netherlands, pp 129 et seq.

⑩刘炎白,劳务派遣法律规制研究,法律出版社,2012年6月版,第45—47页。

⑪参考刘璐、宋晓波,日本劳务派遣的发展现状与问题,中国劳动,2013年第9期。

⑫转自沈同仙,论我国劳务派遣适用范围的法律规定,苏州大学学报,2013年3月。

⑬周国良,关于劳务派遣同工同酬与三性认定问题的思考,中国劳动,2012年第6期。

⑭冯彦君、李娜,劳务派遣的法制化探寻——解释论与立法论的双重考量,“中日劳动与社会保障比较法”研讨会暨第五届中国社会法论坛论文集,第54页。