

# 劳务派遣诊断及劳动正义实现进路探讨

张云河<sup>1</sup>, 曹 飞<sup>2</sup>

(1. 无锡商业职业技术学院 江苏 无锡 214153;  
2. 西安电子科技大学 陕西 西安 710071)

**摘 要:** 劳务派遣堪称非典型劳动关系的典型代表。在我国,劳务派遣的孕育、发展有其独特的逻辑脉象,劳务派遣在发展实践中显示出真假面相相间、利弊结果皆存之复杂样态。劳务派遣与典型、传统的劳动关系之显著区别在于基于雇佣与使用离分的转变:由一份契约、两方主体到两份契约、三方主体的转变。劳务派遣承载着消弭传统雇佣模式下诸多待解决问题之使命,但在实践中,各种假劳务派遣现象层出不穷,其是雇主以合法形式掩盖规避法律目的的行为。劳动正义的实质是一种价值规范的概念,劳动正义旨在解决人作为劳动主体如何在劳动中依据劳动而得其应“所得”而进行的制度安排。就实现劳动正义而言,可分为三种路径,即劳动正义实现的内发型进路、外发型进路及混合型进路。

**关键词:** 劳务派遣; 劳动关系面相; 劳动正义; 内发型进路

**中图分类号:** D922.5      **文献标识码:** A      **文章编号:** 1671-9840(2013)01-0052-05

## 一、劳务派遣问题的提出

经济全球化的有序推进和我国劳动力市场的多元纵深发展,使“劳动雇佣与就业形式日益灵活化、弹性化,非典型劳动关系大量出现”,<sup>[1]</sup>究此中诸项,“雇人不用人,用人不雇人”的新型人力资源配置方式之劳务派遣堪称非典型劳动关系的典型代表。劳务派遣概念肇始于 20 世纪 20 年代的美国,后成长于日本与欧盟各国。在我国,劳务派遣的孕育、发展有其独特的逻辑脉象,其源起于改革开放初的劳动力市场探索,经由劳动服务公司、职业介绍所、对外劳务输出公司等具有劳务派遣雏形的劳动服务形式得以发展,后以《劳动合同法》、《劳动合同法实施条例》等诸多法律规范的专章立法形式得以最终确认。是故,劳务派遣于晚近方普入我国民众视野之内。但却迅速呈“非正常繁荣”之泛滥态势,发生着“量”的外象堆积,乃至“质”的内涵异变。换言之,历经数年,劳

务派遣在发展实践中显示出真假面相相间、利弊结果皆存之复杂样态。

试问,劳务派遣于当下中国究竟是广大企业解决社会用工等诸多问题的“济世良药”,抑或已直接或间接帮助各大企业成为制造社会问题的“罪魁祸首”,这有赖于我们对如下问题的考量:劳务派遣与假劳务派遣究竟为何;如何准确地对劳务派遣真假面相进行界定;假劳务派遣中的劳动非正义体现在哪些方面;何种路径可减少乃至避免劳动非正义的发生从而最大限度地发挥劳务派遣的优势以塑造和维系和谐的劳动关系。

## 二、真假劳务派遣的诊断

### (一) 劳务派遣与假劳务派遣的界定

准确界定劳务派遣真面尤为关键。劳务派遣是劳务派遣单位(用人单位)与被派遣劳动者签订劳动协议,与要派单位(用工单位)签订劳务派

收稿日期:2012-10-16

作者简介:张云河(1977-),男,无锡商业职业技术学院讲师,研究方向为管理学、劳动关系管理;曹飞(1974-),男,西安电子科技大学人文学院副教授,经济学博士,研究方向为经济预测。

遣协议 约定劳务派遣单位将雇佣的劳动者提供给要派单位使用,并从中获得收益的一种制度安排。非典型劳动关系代表的劳务派遣与典型、传统的劳动关系的显著区别在于基于雇佣与使用离分的转变,即由一份契约、两方主体到两份契约、三方主体的转变,及劳动标准(包括劳动时间、收入报酬、工作场地、保险福利等)的灵活化,劳动力投入(劳动力种类、数量、技能培训等)的弹性化,等等。在三方主体关系中,一方面,派遣单位与被派遣劳动者之间虽存在法定化的劳动契约关系,却只是形式劳动关系,其间不存在事实上的劳动给付内容;另一方面,要派单位与被派遣的劳动者之间存在事实上的劳动给付,却不存在严格意义上的劳动关系,只能认为是一种“准劳动关系”,是“一种劳动法上的与劳动关系相似的法律关系”。<sup>[2]</sup>故无论是派遣单位还是要派单位,与被派遣劳动者之间都不存在完全符合劳动法意义上的完整的劳动关系,而完整的劳动关系恰由上述两个特殊的劳动关系共同构成。

劳务派遣承载着消弭传统雇佣模式下诸多待解决问题之使命,于劳动力市场的发展演绎中自发产生,并表现出满足派遣方、要派方和劳动者诸方利益的优势,其存在具有当然的必要性和合理性。就劳务派遣的真面与益处,简言之,于社会而言,其能减少摩擦性失业,解决劳动力供需错位,促进就业机制转换;于派遣单位而言,能扩大商业机会,增加利润收入;于要派单位而言,可节约用工成本,增加用工弹性,符合生产力发展方向;于被派遣劳动者而言,其可提供别样的就业渠道,有利于劳动者的开发与管理。此为劳务派遣的真实面相之一,虽较传统劳动关系显变异,却在法内。

然而,事物的优势和不足是一体的,劳务派遣概莫能外。于社会而言,劳务派遣带来诸多争议与纠纷,导致劳动仲裁和劳动援助案件在绝对数量和相对数量上直线上升;于派遣单位而言,作为雇主被指控的风险虽可降低,但作为共同责任人被申诉或承担连带责任的情况却可能增加;于要派单位而言,降低用人成本的初衷可能被后继涌现的各种棘手问题所替代,甚至导致企业绩效降低,故而严重削减劳务派遣的成本优势;于被派遣劳动者和原用人单位的正式员工而言,被派遣劳动者权益被侵害的可能性大,且滥用劳务派遣员工势必会挤占正式员工的就业空间,导致员工结

构不合理,进而影响就业稳定性。这些也都是劳务派遣的真实面相,为劳务派遣之负面效应,应力求依法避免和消除。

然而在实践中,各种“假造某种与事实不同的表面现象,从而达到限制或削弱法律所提供的保护的”现象相继涌现、层出不穷。如虽为用人单位招用人,却让劳动者与劳务派遣单位签订劳动合同,此为初始假劳务派遣;再如违法将直接用工转为劳务派遣用工,此为后继假劳务派遣。对假劳务派遣,学者观点见仁见智。佟丽华从劳动关系“变形记”视角,将其归为九大方面:滥用劳务派遣,隐蔽用工,利用关联公司,租赁承包,签合同、上保险一分为二,包工头违法承包工程,私人车主挂靠经营,以劳务雇佣关系否认劳动关系,假借注销或吊销。<sup>[3]</sup>李海明将假劳务派遣总结为自设派遣、合谋派遣以及自己派遣三种情形。<sup>[4]</sup>郑尚元以不当派遣之乱象形容假劳务派遣,具体包括隐名派遣、自设派遣、虚拟(合谋)派遣、派遣组织公营化以及其他。<sup>[5]</sup>国际劳工大会则将凡此种统称称为“隐蔽的雇佣关系”。可见,假劳务派遣是一种假借劳务派遣之名,行逃避法律责任之实,剥夺劳动者自由与平等的伪公正的违法的假象派遣方式。毋庸置疑,相对于劳务派遣的负面效应而言,假劳务派遣所带来的负面影响为本已可能激化的劳资矛盾火上浇油,应力求依法避免和根除。

## (二) 劳务派遣与假派遣的致因分析

诚如前文所述,随着市场经济的日益成熟以及用工制度改革的深入推进,我国劳动力市场主体的自主地位日益确立,劳动关系双方当事人根据劳动力市场的供求情况趋利避害,自发决定用工、就业形式和经营形式,这是劳务派遣产生、发展的根本前提,<sup>[6]</sup>也是劳务派遣产生和发展的内在原因,即劳务派遣是用人单位与劳动者自主选择的结果。

劳务派遣是用人单位与劳动者自主选择之结果,但各方之所以选择劳务派遣也是由于外在因素的不断变化所导致。人力资源市场化程度的高低、劳务派遣相关法律法规和社会保障制度完善与否均可影响劳务派遣。从雇主角度而言,劳动保护法规增多造成雇主经营成本增加,一些工作岗位仅需部分工时工负责,或当用人单位面临劳动者请长假的临时岗位空缺,均会促使雇主选择

“派遣劳动”这种最便捷和最节约成本的方式。劳务派遣有利于满足人们的心理需求,也有利于满足人们多样化的物质文化需求。<sup>[7]</sup>从被派遣劳动者角度分析, Ellingson、Gruys 和 Sackett 将派遣员工分为自愿派遣和非自愿派遣两种。自愿派遣员工是指为满足对“自由的向往、灵活的工作时间、不同的工作种类以及更短的工作时间”的需求而自愿选择劳务派遣的员工,这类员工具有一定的就业竞争力,并且有机会找到永久性的就业机会。非自愿派遣是指那些希望找到永久的就业机会,但由于“就业机会少、失业及就业竞争能力差”等原因而被动选择劳务派遣的员工。<sup>[8]</sup>

从深层次上看,劳务派遣之所以变异出假派遣问题,是社会转型、产业结构升级换代所引发,直接体现为劳动关系主体间权利、地位和相互关系及其处理方式的重新调整。从劳务派遣自身特征而言,劳务派遣的典型特征之雇佣与使用相分离是产生假劳务派遣的又一原因。从经济因素上看,则主要在于利益在不同主体间的配置。

劳动关系就其实质而言,是一种经济利益关系。就劳务派遣法律关系三方主体而言,利益决非是可有可无的东西,三方主体各自有独立的利益,利益是在不同利益主体之间体现和实现的。在不同主体之间,随时可以结成利益同盟以对抗另一方,而这种利益同盟又可随时瓦解。换言之,劳务派遣单位与要派单位合谋损害劳动者的利益是可能的,双方中的一方为另一方谋取佣金等其他合法收入或非法收入,皆为利益使然。利益驱使企业偏爱使用劳务派遣工,以规避法律的行为和劳动法律博弈,劳务派遣有以派遣工相对于合同工更低的福利换取派遣工比合同工更高的竞争力之嫌疑。如若劳动管理部门与同时获得利益的劳务派遣公司有利益关联,劳务派遣正义就难以实现了。

在假劳务派遣之下,劳动者迫于“强资本”压力,明知有假,亦不得不为之。否则,将得不到任何工作机会,这是一种“被迫的强制劳动”。结果是人未变,名分却已变。此“名”的不同绝非称谓的差异,其为不同主体不同权利义务在法律上的差异性的标示或彰显。假劳务派遣是雇主以合法形式掩盖其规避法律目的的行为。这种形式损害劳动者的合法权益,致使其失去发展空间,劳动者的工龄永远都从零开始,周而复始。而最大的受

益者是原用工单位,此法之下劳动者工资福利待遇下降、社会保险缴费缺位、工龄缩水及用工单位避签无固定期限劳动合同都落入“法律”名中。对于劳务派遣现象的产生和发展,以理性的视角分析其社会价值,对发挥其正面功能,抑制其负面影响有相当大的作用。这也为我们分析劳务派遣中的劳动正义实现路径提供了理论依据。

### 三、劳务派遣中的劳动正义实现进路

劳动是人之为人的本质规定、人之为人的存在方式以及人之为人的根本实践,人在不间断的劳动累积中生成自我、发展自我。正义的根基深植于劳动生活的土壤,正义的实质在于把人的价值和尊严、人的自由全面发展视为人的世界、人的关系以及人的行为的根本。<sup>[9]</sup>劳动正义决非劳动和正义的简单组合。劳动正义的思想可追及古希腊。在赫西阿德看来,靠劳动致富为“正义”之体现,“白吃而不作工”的雄蜂则为“不正义”的体现。<sup>[10]</sup>其后,阿奎那、洛克、休谟、卢梭、黑格尔、蒲鲁东、斯密、李嘉图都阐述过劳动与正义,只是侧重点和立场有差异而已。然而,在马克思的视域内,只有真正的人的实现才意味着劳动正义的实现。劳动正义的实质是一种价值规范的概念,劳动正义旨在解决人作为劳动主体如何在劳动中依据劳动而得其应“所得”而进行的制度安排,劳动正义应奉行平等原则。劳动者对劳动正义的追问是现代社会所需要的,劳动正义也是构建社会主义和谐社会的现实要求。

前文已论及以下两点:其一,劳务派遣法律关系为三个双边法律关系,根据内外之别,可将劳务派遣单位、要派单位和被派遣劳动者划归为劳务派遣法律关系主体之“内”,而将政府划归为劳务派遣法律关系主体之“外”。其二,雇佣与使用的分离是劳务派遣区别于一般劳动关系的本质特征,其在给劳务派遣带来正效应的同时,必然会引起相应的负效应。为此,应借助于制度设计对劳务派遣的规制来解决这种负效应。结合前文,笔者以为,欲实现劳动正义,可依凭以下三种路径,即内发型进路、外发型进路及混合型进路。

#### (一) 劳动正义实现的内发型进路

内发型劳务派遣正义实现进路是指一个国家或社会的劳动正义因劳务派遣法律关系主体因内部诸条件的成熟而积极主张权利以渐趋劳动正义

的跃进过程。内发型进路是针对劳动派遣关系三方主体而言的,在这一转变过程中,劳务派遣单位、要派单位、被派遣劳动者是由“假派遣不正义——劳务派遣正义”实现的主角,而作为劳动力所有者、提供者的劳动者则为该过程的绝对主角。换言之,内发型劳务派遣正义实现的进路的动力主要来源于劳务派遣三方主体自身,是三方主体综合条件逐渐成熟而发展起来的自发的、渐进的进步过程。这种内发型进路是劳务派遣正义实现的最佳路径之一,为治本之法。

首先,被派遣劳动者应自励。“人不是由于有逃避某种事物的消极力量,而是由于有表现本身的真正个性的积极力量才得到自由。”<sup>[11]</sup>欲实现劳动正义,劳动者应主动学习相关技能和知识,积极主张自身权利,自觉参加要派单位的工会组织,等等。“为了‘抵抗’折磨他们的毒蛇,工人必须把他们的头聚在一起,作为一个阶级来强行争得一项国家法律,一个强有力的社会屏障。”<sup>[12]</sup>“在平等的权利之间,力量就起决定作用。”<sup>[12]</sup>

其次,劳务派遣单位、要派单位也应自律。一切企业虽为利而生,却不能唯利是图,应加强自律。米尔顿·弗里德曼认为“企业仅具有一种而且只有一种社会责任——在法律和规章制度许可的范围之内,利用它的资源和从事旨在于增加它的利润的活动。”<sup>[13]</sup>但企业仅仅承担经济责任,在现实中是行不通的。正如美国经济伦理学家理查德·T·德狄乔治指出:企业“非道德神话”不仅不值得探索,而且“正在走向死亡”。<sup>[14]</sup>自律决非企业家单纯的“良心发现”,而是内外各种因素综合作用的结果。孔子有言“为仁由己,而由人乎哉?”“为仁由己”需要“修己”、“克己”,也就是要自律。如果没有自律,“为仁由己”就无法落到实处,“仁”也将只是一种理想或空话。企业道德自律是企业作为道德主体借助于对自然、生活规律的认识和对道德规范的认同,自己为自己立法,把被动的服从变为主动、自觉地指导和约束经营活动中的行为。道德自律是道德主体在社会实践中内化他律而来,是主体的一种自我立法、自我约束。任何外在的社会性他律形式,只有通过道德个体的自律,才能最终内化在人们的心中,成为个体的自觉自主的行为。自律与他律相对。康德认为,只有遵循自律的行为才是道德行为,遵循他律的行为,即使是合法的,也不能视作道德行为。而

“一切他律的道德规范,都必须转换为自律的道德规范”。

## (二) 劳动正义实现的外发型进路

通过外部环境的压力而迫使假派遣实施主体不得不放弃各种形形色色的假派遣行为的进步过程,即为实现劳务派遣正义的外发型进路。外发型进路的推动力量主要来自于中国当下劳动关系环境,由于三方主体自身条件的欠缺,迫使外部因素的介入成为主要的冲击力和压力,在外发型进路中,政府起主要推动作用。

在当下中国,劳动力市场是一个较为特殊的市场,劳动者的劳动权能否得到保护,不仅关系着个人的生存发展,同时也关系到社会的安定和谐。为了发挥劳务派遣机构的社会功能,对于这个切实关系到国计民生的就业服务机构,公权力的介入就是十分必要的。“资本是根本不关心工人的健康和寿命的,除非社会迫使它去关心。”<sup>[11]</sup>政府的行为应提供规则及制度环境的营造、强化对劳务派遣单位的监督管理、维护被派遣劳动者的合法权益、引导劳务派遣单位健康发展等,这是政府在劳动关系中的角色。

制止利益的驱动也只有靠利益的丧失来遏制。政府可增加劳务派遣单位、要派单位承担的责任,加大其违法行为的“风险成本”,降低其行为所带来的“预期收益”,迫使其在责任、成本与利益间寻求可能的平衡点,这是杜绝各种假劳务派遣行为发生的外发型进路的关键所在。首先,政府应对派遣机构的资格进行规范管理。严格把关劳务派遣单位的准入,严格限制劳务派遣的岗位及比例。其次,政府应保护被派遣劳动者的合法劳动关系。资强劳弱为劳动关系领域中的实然样态,在劳务派遣领域中尤甚,法律应对派遣劳动者的权利义务做出比一般劳动关系中劳动者的权利义务更加具有倾向性的规定。最后,政府可通过实施榜样战略和差异化战略引导劳务派遣单位健康发展。扶持诚信的劳务派遣单位,打造劳务派遣品牌,规范运作,营造良好的市场环境,提高行业整体竞争力和服务水平。鼓励劳务派遣单位开展专业化强、形式灵活的服务,从而通过差别化经营减少劳务派遣单位之间的恶性竞争。

## (三) 劳动正义实现的混合型进路

混合型进路,具体而言,是指在政府、社会、劳务派遣法律关系三方主体各种内、外部诸多因素

互动作用的合力下所推动的由假派遣不正义向劳务派遣正义实现的转变过程。从启动方式来看,混合型进路是具有外发型进路条件的进路,外部因素的冲击和影响是激发和推动劳务派遣之劳动正义的重要动因。从劳务派遣之正义实现的深层动力机制来看,混合型进路又是具有内发型进路

基础的进路,劳务派遣三方主体内部存在着的处于变化状态中的各种条件是推动劳务派遣之正义实现的主要动力根源。混合型进路主要采取“外启内发”相结合的综合战略,这里的“外”侧重于政府、社会等,而“内”则主要指特定的劳务派遣三方主体。

#### 参考文献:

- [1]冯彦君.论职业安全权的法益拓展与保障之强化[J].学习与探索,2011(1):109.
- [2]林嘉.劳动合同法热点问题讲座[M].北京:中国法制出版社,2007:224.
- [3]佟丽华.劳动关系“变形记”[J].瞭望,2011(33):13~15.
- [4]李海明.劳务派遣法原论[M].北京:清华大学出版社,2011:27~29.
- [5]郑尚元.不当劳务派遣及其管制[J].法学家,2008(2):8~13.
- [6]林嘉.社会法评论:第二卷[M].北京:中国人民大学出版社,2007:2.
- [7]郑津津.派遣劳动之法律关系与相关法律问题研究[J].中正大学法学集刊,1999(2):239.
- [8]Ellingson, J. E., Gruys, M. L. & Sackett, P. R. Factors Related to the Satisfaction and Performance of Temporary Employees[J]. Journal of Applied Psychology, 1998(3):913~921.
- [9]高清海,胡海波,贺来.人的“类生命”与“类哲学”——走向未来的当代哲学精神[M].长春:吉林人民出版社,1998:340~361.
- [10]何建华.经济正义论[M].上海:上海人民出版社,2004:38.
- [11]马克思恩格斯全集:第2卷[M].北京:人民出版社,1972:167,500.
- [12]马克思.资本论:第1卷[M].北京:人民出版社,2004:349,272.
- [13]胡元聪.外部性视野下企业社会责任的经济法分析[J].甘肃理论学刊,2008(4):104.
- [14]理查德·T·德狄乔治.经济伦理学[M].北京:北京大学出版社,2002:12.

【责任编辑:甘海燕】

## Discussions on Labor Dispatching Diagnosis and Labor Justice Realize Approaches

ZHANG Yun - He<sup>1</sup>, CAO Fei<sup>2</sup>

(1. Wuxi Institute of Commerce, Wuxi 214153, China; 2. Xi'an University, Xi'an 710071, China)

**Abstract:** Non - typical representative of the typical labor relations labor dispatch service is second to none. In China, the dispatch has its unique formation and logic development, dispatch in practice shows true face in the development phase, the results are saved on advantages and disadvantages of complex forms. Labor dispatch and typical, traditional labor marked difference is based on the relationship between employment and the change of use form: consists of a copy of the contract, subject to two two - party contracts, three main changes. Labor dispatch bearing remove many unresolved issues of the mission under the traditional employment model, in the development of the labor market in the interpretation of spontaneous generation, show meet the sending party, and the various interests of workers, and with the necessity and rationality of course it exists. So in practice, a variety of fake some kind of different appearances with the facts, so as to achieve the purpose or weaken the legal protection provided by the restriction phenomena emerge, and emerge one after another. Dispatch is the employer in the form of legal cover for its acts of circumventing legal purposes, a typical seemingly legitimate. Labor is essentially a specification of value concept of Justice, labor and justice to address the person as the subject of labor in the labor it should pursue the labor “income” system, from the labor justice, can be divided into three kinds of approaches: Endogenous approaches, External approaches, and hybrid approaches.

**Key words:** labor dispatch; labor relations face; labor justice; endogenous approaches