

论劳务派遣利弊观^{*}

李海明

【摘要】劳务派遣的最大问题在于相关方均陷于深深的利弊分析中而不能自拔,进而影响了劳务派遣的方方面面,是为劳务派遣之利弊观问题。要想透视各种理由下的利弊分析,就应该追溯到《劳动合同法》立法过程中的劳务派遣“存废之争”,还原自由、契约背后的经济思维,解析劳动法制环境不佳、劳动法学稚弱下的规制路径。要想更新现在各方偏执而冲突的利弊观,就应该重新解读“就业是民生之本”,明确劳动关系是民生之本,强调劳务派遣是民生问题,从改善民生的角度推进立法、影响实务,使劳务派遣回归自然。

【关键词】《劳动合同法》 劳务派遣 劳动法学

【中图分类号】D912.5 【文献标识码】A 【文章编号】1000-2952(2013)04-0078-05

一、问题意识:为什么提出 劳务派遣利弊观

学界对劳务派遣是有争议的。有人总结了劳动者选择劳务派遣的十大不利,用人单位选择劳务派遣的十大理由,政府“误读”劳务派遣的十大理由。^①理论上的不断争议伴随着劳务派遣的不断立法。从2007年《劳动合同法》有一节“劳务派遣”,到2008年《劳动合同法实施条例》有一章“劳务派遣特别规定”,再到2012年底《劳动合同法》专门针对劳务派遣修法并明确提出,劳务派遣用工是补充形式。立法者很明确地要限制劳务派遣,却难掩背后的立法争议。可以说,立法者、政府、工会、学者、以及派遣公司、用工单位、被派遣劳动者均对劳务派遣有看法,并试图从不同的角度解读其所认知的劳务派遣。从以“劳务派遣”和“利弊”为题目的15篇论文来看,^②2006年1篇,2008年2篇,2009年1篇,2010年5篇,2012年6篇,不仅在数量上呈明显的递增趋势,而且从内容上看,尤其关注用工单位一方选择劳务派遣的利弊分析,如医院、国企。此外,在网络中不难发现旗帜鲜明地反对劳务派遣的帖子,^③这些帖子多是普通劳动者亲身经历的发泄贴,生动而感性,令人深信不疑。这说明“争议”和“利弊分

析”存在于两个层面,前面的“争议”中有一种遮掩的利弊观,后面的“利弊分析”中有一种直接的利弊观。

* 本文系作者主持的2012年教育部人文社会科学研究青年基金项目“劳务派遣法律规制研究”(12YJC820051)的阶段性能成果。

① 参见董保华《劳动合同法立法的争鸣与思考》,上海人民出版社2011年版,第731~743页。

② 来自中国知网,具体为:《浅析劳务派遣的利弊》、《企业实行劳务派遣的利弊及相应措施》、《浅析医院劳务派遣用工的利弊与对策》、《浅析企业劳务派遣用工的利弊》、《企业实行劳务派遣用工形式之利弊与对策探讨》、《民营企业劳务派遣利弊分析》、《当前劳务派遣用工过程中利弊分析》、《A医院实行劳务派遣用工的利弊分析》、《国有企业劳务派遣用工的利弊分析及管理初探》、《劳务派遣用工利弊分析》、《劳务派遣用工利弊浅析及集团化企业实施设计》、《我国劳务派遣用工模式利弊分析及规制完善》、《劳务派遣对企业的利弊分析及相应措施》、《日本劳务派遣用工利弊谈》、《劳务派遣利弊谈》。

③ 通过百度检索“反对劳务派遣”可见到“反对劳务派遣的角落”、“反对劳务派遣联盟”、“反对劳务派遣专辑”、“深圳反对劳务派遣签名现场”、“反对劳务派遣第一案”、“反对劳务派遣的微博”、“反对劳务派遣的工友请注意”等为主题的大量内容,检索日期:2013-02-2。

二、劳务派遣利弊分析及其观点：四种利弊观

1. 用工单位利弊观

从用工单位的角度看，劳务派遣的一些好处是明显的。因为用工单位在劳务派遣中有指挥管理的权利，却没有劳动合同管理上的义务。（1）用工单位不必招聘，自然节省招聘费用；（2）用工单位减少了用人计划，账面上的人力成本自然降低；（3）弱化与劳动者的从属性，自然容易换人。但是，由于派遣员工不是用工单位的员工，用工单位在管理上也会有所不便。（1）劳务派遣会降低劳动者归属感，进而影响效率；（2）派遣员工反而不好管理，甚至在管理上有所限制，如，不能转派遣、对中小企业不合算、有些岗位不合适、派遣人选不合适等等。两相比较，用工单位是否选择劳务派遣，关键还在于其是否经济实惠，利弊权衡还要与生产经营相匹配。用工单位利弊观停留在此阶段，自然无可厚非。

事实上，用工单位选择劳务派遣还会考虑一些特殊原因，而这些特殊原因往往成为特定领域劳务派遣规模急速膨胀的主要原因。如公共部门大量使用派遣工是为了克服人员编制限制和行政效率低下的问题。^① 国有企业劳务派遣用工泛滥成灾的首因是“国有企业受人员编制限制，每年的人工成本都有上线，而每年的利润也都有下限。”^② 在《关于深化收入分配制度改革的若干意见》中仍然强调国有企业严格实行企业工资总额和工资水平双重调控政策，政府双重控制企业的行为，企业因受调控而选择劳务派遣。这说明用工单位选择劳务派遣并不纯粹是为了降低成本，而是受制于编制以及工资总额控制下的回避措施。在用工单位推动劳务派遣发展的情况下，用工单位回避改革、依编制内外区分的利弊分析则是非市场化的，归根结底是一种制度歧视。此外，用工单位围绕税制的利弊分析同样是违反市场经济的，不足取。

2. 派遣单位利弊观

劳务派遣业能够迅速发展，从派遣单位的角度看，劳务派遣自然有诸多好处：（1）它首先可以赚取管理费，是一个营生、一个行当；（2）劳务派遣为职业中介提供了更高的平台，有利于组织劳动者、整合并挖掘人力资源，派遣公司多以职业中介起家；（3）由于不经营实业，不需要制定太多的劳动规程，换言之，劳务派遣这个行当还是很好经营的。但是，派遣单位对劳务派遣也有很多抱怨：（1）承担了用人单位的责任，却缺乏相应的风险承担能力，认为法律责任太大，故而派遣单位又倾向承包的方式；^③（2）没有法律条款明确保护派遣单位的利益，在劳务派遣备受关注与限制的情况下，并

不易经营；（3）劳务派遣终究是新型事物，尚不完善，比较混乱。

3. 被派遣劳动者利弊观

站在被派遣劳动者的角度看，劳务派遣有诸多弊端：（1）没有归属感，不仅在用工单位没有归属感，而且在派遣单位更没有归属感，在中介公司冒充派遣的情况下更是如此；（2）待遇歧视，如工资相对要低，福利相对要少，社会保险往往低而不齐，尤其是在跨地区派遣中更为突出，普遍认为派遣公司的管理费挤占了工资。（3）缺乏职业发展空间，没有转正机会，没有晋升机会，没有培训，工作不稳定。（4）雇主责任不明确，容易被踢皮球，合同与就业不衔接，发生纠纷后不知道找谁，等等。被派遣劳动者对劳务派遣没有好感，有不少被派遣劳动者因感觉受歧视而不愿让人知道其被派遣的情况，故而也不会站在利弊分析的层面去分析劳务派遣，但是却很难摆脱劳务派遣。这意味着劳务派遣是劳动者被动选择的结果。从性质上分析，劳务派遣的弊害有制度性弊害和人为性弊害，制度性弊害是劳务派遣这种就业模式自身所产生的，而人为性弊害是企业刻意或者伪装劳务派遣而产生的，后者弊害的恶劣和程度均较前者要甚。而对劳动者而言，他们很少区分哪些弊端是劳务派遣自身的，哪些弊端是假劳务派遣产生的。这意味着劳动者利弊观的起点是个人报酬、个人发展，从民生、人权的角度出发，这样的利弊观应得到支持。

但是，被派遣劳动者眼里的劳务派遣也并非完全是弊端，在部分被派遣劳动者眼里劳务派遣也有些好处：（1）不在企业内部进行比较，在行业间、企业外进行比较的时候，被派遣劳动者认为劳务派遣也是挺不错的，甚至派遣公司会为其争取一些福利；（2）劳务派遣也是一种就业方式，为自己提供了更多的就业机会；（3）方便流动就业，不仅派遣单位提供区域流动的机会、集中的就业信息、一定的信用担保，而且离开用工单位也极为方便，没有各种补充协议的限制。甚至有劳动者认为，派遣状况下缺乏稳定的归属感和良好的激励措施，反而工作压力小。的确，个别被派遣劳动者会利用劳务派遣中复杂的关系来对抗用工单位，如出现女职工怀孕而用工单位无法退回的情况。这说明劳务派遣在部分被派遣劳动者眼里是受欢迎的，至少是受认可的，并且在

① 参见王继远《公共部门劳务派遣的风险及其防范》，《理论探索》2010年第5期。

② 王舒扬：《论国有企业劳务派遣用工“泛滥”成因》，《吉林省教育学院学报（上旬）》2012年第5期。

③ 在强化用工单位和派遣单位连带责任的背景下，有时候派遣单位系应用工单位之要求而签订承包合同。

特殊情况下也可捍卫劳动者之权益。

4. 国家、社会利弊观

劳务派遣对国家、社会而言,有以下好处:(1)劳务派遣是大环境下的就业政策,使难以就业的人群能够就业,可提高就业率、促进社会发展;(2)劳务派遣模式可以保护临时工、小时工的利益,如派遣制的家政工职业化程度明显高于中介制的家政工;(3)派遣公司承担了一些政府的公共职能,提供了国家推动国企重组的渠道。

当然,劳务派遣对国家、社会而言,也有弊害:(1)不当劳务派遣的大规模出现,在法律不畅通的情况下,引发上访等社会事件;(2)劳务派遣中工资即是最低工资,国家的劳动基准成为标准,法律目的落空。事实上,《劳动合同法》立法时规范劳务派遣是“为了解决在劳动力派遣用工形式下,实际用人单位不直接与劳动者订立劳动合同,派遣单位与接受单位借机相互推诿对劳动者的义务的问题”。^①

5. 小结四种利弊观

选择四个主体,进行针对性的利弊分析,显示对任何一方均不是全利,也均不是全弊。笔者站在一个更为超脱的位置上可总结出解释四方的深层观念,所谓四种利弊观:(1)功利观。劳务派遣在用工单位眼里就是一种省钱工具,是功利观念在左右用工单位的利弊分析。与其说用工单位具有保持现状、回避劳动法的习惯,不如说用工单位过于功利,忽视其社会责任。(2)投机观。劳务派遣在派遣单位眼里的“轻巧”却不受世人待见的认识似乎意味着其伟大、牺牲与创新,事实上却说明这些从业者具有敏锐的投机嗅觉,他们才是劳务派遣的深刻领悟者。(3)生存观。被派遣劳动者打量劳务派遣的眼光更多是从生活、生存出发的,因此无论劳务派遣好坏,都是生存选择。因此,劳务派遣中那些发展权问题均系虚无缥缈。(4)就业观。国家审视劳务派遣的基点是解决就业问题,解决劳务派遣问题的思路也是从遵守劳动法的角度去规范劳务派遣,却执行得并不彻底。但是国家尚未把劳务派遣的利弊分析提升到更长远视野。国家的就业观才是形塑三方利弊观的根本观念。换言之,劳务派遣利弊观的实质是,在国家眼里,劳务派遣有利,但是能够解决就业,就套用现有的劳动法律好了。那么,我们需要如何检讨国家的就业观呢?我们先分析影响劳务派遣利弊观的诸种因素及其变化。

三、劳务派遣利弊观的影响因素

1. 企业优位的政策

改革开放以来,我国贯彻以经济建设为中心的政策,客观上形成了企业优位的政策。企业优位不仅是一

项经济政策,而且是一项全方位的社会政策。在企业优位的政策下,(1)企业与劳动者之间形成了明显的强弱对比,因此在劳动法学中形成了一种“强资本弱劳动”的观点,如认为,“在强资本弱劳动的总体格局下,用人单位不愿意签订合同是劳动合同缺失的根本原因。虽然其他因素对劳动合同签订也有着一定程度的影响,但他们并不足以构成决定性的力量。”^②而企业是否以及如何签订合同全赖单方意志。(2)企业与政府之间形成了明显的呵护与被呵护关系,地方政府为经济发展对地方企业的扶持无可厚非,但是过犹不及,一旦形成呵护关系,地方政府就会在决策选择中向企业倾斜,而可能忽略决策的整体衡量和长远考虑。企业在劳务派遣利弊分析中舍责任而逐功利的观念在很大程度上是政府过分呵护而造成的。

2. 立法后遗症

在劳务派遣立法之初曾有劳务派遣存废上的争议,但是却鲜有不问缘由的拒斥,而是针对劳务派遣的现实提出了诸多问题,如黎建飞老师早在2005年就在建议缓行“劳务派遣”一文提出一个细节,“一些企业更是借劳动派遣的名义大规模裁员,不再使用与自己建立劳动关系的劳动者。”^③若此属实,则明显没有得到应有的关注。不能及时而全面回应劳务派遣现实问题的立法出现了,“《劳动合同法》对于劳务派遣的相关规定,从表象看应似严苛,实质上存在缺憾。”^④而劳务派遣利弊观恰恰是劳务派遣立法不到位后遗症。换言之,立法的初衷并不是要根治问题,而是应付问题。在此意义上,是劳动合同立法为劳务派遣利弊观遗留了空间。

3. 劳动执法与守法环境

劳务派遣实践中存在两个方面的真假现象,一方面真劳务派遣伪装成承包关系,一方面是直接用人伪装成劳务派遣。因此劳务派遣执法中有两项工作需要单独处理,“一是把隐名劳动派遣挖掘出来;二是把假劳动派遣剔除出去。”^⑤然而,劳务派遣法律关系的识别却从没有成为劳动执法的对象。在目前的劳动执法环境下,劳动监察机构无力去检查劳务派遣的运行,在法理以及法

① 杨景宇、李飞主编《中华人民共和国劳动合同法释义》,中国人事出版社2007年版,第26页。

② 雷佑新、雷红:《论农民工劳动合同缺失的成因及解决思路》,《经济体制改革》2005年第4期。

③ 黎建飞:《“派遣劳动”应当缓行》,《法学家》2005年第5期。

④ 郑尚元:《不当劳务派遣及其管制》,《法学家》2008年第2期。

⑤ 李海明:《劳动派遣法原论》,清华大学出版社2011年版,第27~28页。

律上勾勒的劳务派遣关系很难规范地运行。以劳务派遣关系的建立为例，根据劳务派遣关系，用工单位不负责招聘，也不宜介入招聘，但是实践中，用工单位往往直接决定招聘事宜，派遣单位往往成为傀儡，很难符合法律规定的用人单位的特征。在此意义上，劳务派遣利弊观是由于当前不佳的劳动执法环境造成的。

换个角度，有关派遣三方的自律环境也比较差。用工单位不是根据生产规律选择用工方式，而是根据法律底线设计用工方式，这种个体选择是不符合整体理性的，完备的行业自律组织应该节制企业的不当行为。派遣业也不是自然发展的，而是依附性牟利的，这意味着派遣业自律的基础也比较薄弱，派遣单位经营活动的增值空间与牟利空间错位，守法环境更差。而被派遣劳动者权益往往处于受侵害状态，让其遵守恶法更不合理。一言以蔽之，劳务派遣利弊观是与不佳的劳动守法环境密切联系在一起的。倘若劳动执法严格、守法环境良好，劳务派遣利弊观也将转化为正常的权益考虑。

4. 似真似假劳动关系多元化

劳动关系灵活化、弹性化、多元化等概念成为描述劳动关系的时髦话语。这些概念大致都指向一个含义，即劳动者与用人单位之间的关系呈现出各种各样的松动，因此形塑了非典型劳动关系或非标准劳动关系。如这样认为，“随着全球经济一体化和信息通讯技术的发展，劳动力市场和企业组织发生了很大变化。特别是全球金融危机导致了雇佣关系进一步多元化以及非典型劳动的迅速发展。”^①我国农民工问题之所以严重，很大程度上可归结于其大多从事非标准劳动，劳务派遣是其中最为重要的一种非标准劳动，当然劳务派遣中不乏城市工人。按照这种逻辑，劳动关系多元化产生了劳务派遣，劳务派遣因劳动关系多元化的自然性而具有正当性。劳动法以调整产业雇佣关系为己任，民事雇佣仍然应该由民法来调整，在劳动法视野中谈劳动关系多元化有自我否定之嫌疑。

四、以民生观更新利弊观： 劳务派遣是民生问题

如上诸种因素对劳务派遣利弊分析均有很大影响，随着政策、立法、执法、社会环境的变化，劳务派遣利弊分析必将有所变化。劳务派遣利弊分析是《劳动合同法》立法过程中关于劳务派遣“存废之争”的延续，是市场经济思维与自由精神、契约理念的耦合分析，是劳动法制环境较差、劳动法学稚弱之际的规制分析。随着社会优位的政策日益突出，民生观会逐渐深入人心，笔

者以为重新解读“就业是民生之本”，明确劳动关系是民生之本，强调劳务派遣是民生问题，从改善民生的角度推进立法、引领学术、影响实务，可使劳务派遣回归自然。

1. 重新解读“就业是民生之本”——劳动关系是民生之本

从十八大的就业政策看，在强调高质量就业的政策下，不仅提出增强就业稳定性，而且将和谐劳动关系纳入到就业政策当中。这可理解为，就业是民生之本，不仅意味着实现就业是民生之本，而且劳动关系也是民生之本。笔者以为，若从“劳动关系是民生之核”或“劳动关系是民生之最”的高度去深化理解劳动关系政策，我国就业政策必将发生重大改观。我们不应该从狭义衣食住行的角度去理解民生的外延，而应该逐步扩大民生的外延；我们不应该将就业理解为收入来源意义上的民生，而应该把就业直接纳入到民生内核，把“乐业”作为民生狭义内容，此即，“劳动关系是民生之本。”

2. 劳务派遣是民生问题

劳务派遣肯定在规模上已经泛滥，如根据上海市总工会的调研，2010年，“机电、汽车、纺织等国有制造业劳务派遣用工规模仍呈上升趋势。劳务工分布最多的行业是制造业，占43.6%；劳务工分布最多的是国有企事业单位，占47.2%。个别企业劳务派遣用工已达90%，已严重偏离了灵活、补充的就业导向。”^②事实上，劳务派遣的规模到底有多大，缺乏一致性的权威统计。但是，可以明确的是，以法律之名重置本来正常的劳动关系，使劳动者利益普遍受到侵害，显然是有碍民生的。从劳动关系是民生之本的角度出发，劳务派遣就应该是民生问题。不加以解决，它就可能成为企业优位政策的不良工具、下岗再就业政策的另一种延续。

3. 以民生观更新利弊观

劳务派遣是劳动合同法制的延续，但是我们不应该拘泥于合同视野来理解劳务派遣问题；劳动立法已经进入社会保障立法时代，但是我们不能因此而舍弃完善劳动立法的努力。就劳务派遣利弊观之趋向而言有两点值得扬弃：（1）劳务派遣利弊观不是单纯的市场分析，而是一种法律预期分析，事实上具有探寻法律底线的味道。对此应逐渐引导，有所限制。（2）不可想象，绝大多数的劳动就业都是稳定的，那可能意味着效率的毁损；不可想象，绝大多数的劳动就业都是灵活的，那可

^① 贾秀芬：《劳动关系多元化与农民工非典型劳动者的法律保障》，《法学杂志》2009年第2期。

^② 钱培坚：《劳务派遣不应成为实施〈劳动合同法〉的“灰色地带”》，《工人日报》2010年11月12日。

能意味着社会的浮躁。应当肯定劳务派遣存在的价值,也应当允许当事人选择劳务派遣且合理考虑其权益。对此应更新理念,完善立法,方能逐渐实现。而从影响劳务派遣利弊观的四种因素进一步分析,企业优位的政策正随着社会优位、民生观念的深入而有所改变,劳务派遣立法不断完善,劳动保障监察与劳动争议调解仲裁也日益受到重视。可以预见,劳务派遣利弊分析中将逐渐渗透民生观,功利性的利弊分析会受到企业社会责任的限制,投机性的利弊分析会因就业服务体系完善而受到排挤,被派遣劳动者的生存观会在权益意识逐渐觉醒的过程中成为生存权、发展观,眼花缭乱的劳动关系多元化也将得到一定程度的治理,而这都将得益于以民生观更新利弊观。

五、从认知到管制:兼评 《劳动合同法》修正案

规范劳务派遣的立法思路大致可有两种:一种是堵塞型立法,针对利弊分析中备受异议的弊端加以规范,多数规范最终体现为行业管制,如设置劳务派遣业务准入门槛、限制适用劳务派遣的行业或岗位、直接规定派遣三方的权益配置;一种是疏导型立法,为劳务派遣提供合适的外围环境,秉承保护弱势劳动者的观念,积极疏导劳务派遣法律关系。目前我国规制劳务派遣的路径主要是前一种立法思路。从《劳动合同法》修正案的四条内容来看,第一条提高了劳务派遣业务准入门槛,如注册资本限额提高、引入行政许可;第二条进一步释明了同工同酬的含义,但是仅仅增加“实行相同的劳动报酬分配办法”显然不足以落实同工同酬之目标;第三条旨在劳务派遣的适用范围上有些限制,无论明示“劳务派遣用工是补充形式”,还是积极解释三性岗位,抑或将来可能出现的派遣工比例限制,都体现了明显的堵塞

型立法的特征;第四条除提高了罚款数额外,还修改了连带赔偿责任的规定。可见,修正案把劳务派遣当作特殊的劳动合同问题,希冀通过强制规范与管制手段堵塞劳务派遣的生长空间。这恰恰是与劳务派遣利弊观念相映衬的。

转换观念可以矫正立法思路。以民生观替代利弊观,其最直接的意义在于提醒决策者以改善民生的思路来保护被派遣劳动者的权益,其最终的目标是企业能够承担其应有的社会责任,劳动者境遇能够得到极大的改善。扩展劳务派遣之大环境的临时用工,我们也往往在临时用工的利弊分析中更多关注其利益,而民生观念恰恰可以弥补我们很容易丢失的价值诉求,如,“在特定事业上,劳动者之身份必然要求职业规划与职业发展,此已经成为劳动法上不可或缺的制度内容。”^①其实,劳动者的职业发展还不仅仅是个体事宜,其集合即是国家事业,如有指出,“图书馆员去职业化虽然有利于提高图书馆的工作效率,但也可能带来图书馆核心竞争力丧失、图书馆职业被淡化等问题”。^②各行各业,其理贯通,唯普及民生观念方能根治劳务派遣之诸种问题,而贯彻民生观念显然不能依靠管制思维,主要的还是疏导法律关系、落实企业社会责任及政府相关义务,此系延伸的新课题,留待未来再论。

本文作者:中央财经大学法学院讲师
责任编辑:赵俊

- ① 李海明:《论劳动法上的劳动者》,《清华法学》2011年第2期。
② 陈传夫等:《图书馆员去职业化问题、原因及对策研究》,《中国图书馆学报》2011年第1期。

An Outlook on the Pros and Cons of Labor Dispatch

Li Haiming

Abstract: The most key problem of labor dispatch is the outlook on the pros and cons of the labor dispatch, which has affected all aspects of itself. To analyze of the various reasons of pros or cons, we should trace back to the argument of abolition or not in the process of the legislation of Labor Contract Law, review the economic thinking under the idea of market competition and contract freedom, and resolve the regulatory path within the poor environment of Labor Law. In order to renew the outlook of pros and cons which is controversial, we should re-interpretate the phase that employment is the foundation of people's livelihood, and emphasize that labor relationship is the nature of people's livelihood. Only from such a perspective of livelihood, can the labor dispatch return to what it should be.

Key words: labor contract law; labor dispatch; labor law