

【劳动关系研究】

# 《劳动合同法》视角下劳务派遣制度的完善

李岩

(山东省工会管理干部学院, 山东 济南 250100)

[摘要] 劳务派遣作为一种新型的用工形式近年来不断发展,得到了越来越多企业的青睐。但是,由于劳务派遣制度自身的不完善性,使得劳务派遣制度在运行过程中存在着一些问题,阻碍了和谐劳资关系的构建。应该出台相对细化的司法解释,提高设立劳务派遣单位的注册资本,并通过采用按照行业及工种分类的形式,界定劳务派遣的适用范围。

[关键词] 劳务派遣; 劳动合同法; 立法

[中图分类号] DF472 [文献标识码] A [文章编号] 1008-6153(2010)01-0039-02

[作者简介] 李岩(1983-),女,山东菏泽人,硕士,山东工会管理干部学院劳动关系系教师。

2008年1月1日,《劳动合同法》的正式实施,使得劳务派遣制度从法律层面得到了规范,从一定程度上弥补了劳务派遣制度法律的缺位。但是结合该法实施近两年来的现状,我们可以发现在运行之中依然存在着一些问题。

## 一、劳务派遣的概念及特征

劳务派遣,是指由劳务派遣机构与派遣劳工订立劳动合同,由派遣劳工向要派企业(实际用工单位)给付劳务,劳动合同关系存在于劳务派遣机构与派遣劳工之间,但劳动力给付的事实则发生于派遣劳工与要派企业(实际用工单位)之间。

劳务派遣有以下特征:一是劳动者是劳务派遣单位的职工,二者之间依照法律建立劳动合同关系,这一特征是劳务派遣与劳务中介、劳务代理的区别;二是劳务派遣单位只能从事劳务派遣业务,不可以承包项目,这是与劳务承包的区别;三是雇佣和使用相分离。在劳务派遣中,雇佣单位并不使用劳动者的劳动,被派遣劳动者服从用工单位的指挥监督;四是劳动者权益受到双层责任保障。派遣机构和用工单位都应对劳动者权益负有保护责任。

## 二、劳务派遣在运行中存在的几个问题及对策

(一) 有关“同工同酬”规定的立法技术缺陷及改进建议

《劳动合同法》中关于劳务派遣的规定,体现在第57条至第67条。仔细研读可见,立法者对于劳动者同工同酬权利的保护贯穿了这一条。立法精神,毫无疑问值得赞许。但是,存在着诸多立法技术缺陷。具体表现在:可操作性差,规定不细化。何谓“同工同酬”?“同工”是指相同岗位,相同付出,相同

收益;“同酬”是指“在同工的前提之下,就应当享受同样的劳动报酬,不仅包括工资,也应包括保险和福利等待遇。

例如,《劳动合同法》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。”根据我们一般的理解,“临时性”是指用工期限不超过半年,如果超过半年,应该用单位的正式员工。但是,根据《劳动合同法》第58条第二款的规定:“劳务派遣单位应当与被派遣劳动者订立二年以上的固定期限劳动合同,按月支付劳动报酬”。如果完全依照法律规定执行的话,会造成这样一种局面:劳动者在二年的合同期限之内,应该被劳务派遣单位派遣到至少四家用工单位中去。变动如此之频繁,诸如工资调整、社会保险、福利保障、劳动保护等切身关系着劳动者权益的各个方面,就不能顺畅地衔接起来。同工同酬的权利便得不到保障。

另外,《劳动合同法》第62条规定:“用工单位应当支付加班费、绩效奖金,提供与工作岗位相关的福利待遇。”但是应当向谁直接支付《劳动合同法》中并没有作出具体说明。这就出现了两种结果:要么用工单位向派遣单位直接支付,要么用工单位向劳动者直接支付。如果用工单位将加班费等福利待遇直接支付于派遣单位,再由派遣单位支付给劳动者,那么同岗位、同工作量、同业绩的评判标准将大打折扣,同工同酬权难以体现。即使第六十条第二款规定:“劳务派遣单位不得克扣用工单位按照劳务派遣协议支付给被派遣劳动者的劳动报酬。”,虽然一定程度上提高了劳务派遣协议的透明度与公平性,明确了告知义务,但是却容易产生“同工不同酬”的弊

端。

因此,笔者建议,在将来的立法中,应该出台相对细化的司法解释。例如,对“临时性”作出更加具有可操作性的规定与说明。对于第六十二条,可以进一步明确接受加班费等相关福利待遇的对象,探索实际用工单位直接向劳动者支付工资,或者由劳务派遣单位向实际用工单位缴纳一定数额的履约保证金,再由实际用工单位代发工资,从而真正使劳动者同工同酬的权利得到保障。

### (二) 劳务派遣单位设立的准入门槛过低

目前,劳务派遣单位的设立存在以下问题:1、条件差、组织形式混乱,有的由公共职业介绍所转化而来,缺乏相应的专业从业人员,管理也很不规范,侵犯劳动者权益的情形时有发生。《劳动合同法》第六十七条规定:“用人单位不得设立劳务派遣单位”,据笔者所知,有不少大型国企将自己一部分人员独立出去成立劳务派遣机构,主要来满足自身的用工需求。2、承担责任能力普遍较弱。《劳动合同法》第五十八条第二款规定:“劳务派遣单位应与被派遣劳动者订立两年以上的固定期限劳动合同,按月支付劳动报酬;被派遣劳动者在无工作期间,劳务派遣单位应当按照所在地人民政府规定的最低工资标准,向其按月支付报酬。”可以预测,在经济不景气的时候,必然会出现劳务派遣单位无力向劳动者按月支付报酬的情形。

要解决以上问题,笔者认为应适当提高劳务派遣机构的准入门槛,可以采取以下措施:1、提高设立劳务派遣机构的注册资本。《劳动合同法》对于劳务派遣公司的设立资本规定为50万元。门槛还有待提高。2、要求其具备一定数量和专业的从业人员。3、对于派遣机构的设立应当从严,可以考虑由劳动行政部门实行特许制度,且必须经过工商行政部门的注册后才可以经营。4、在特定时期,特定情形下,可以要求劳务派遣机构向有关部门缴纳保证金,以确保劳动者在无法被派遣时可以按时领取政府规定的最低工资。

### (三) 劳务派遣适用的行业范围过于模糊,应予扩展劳务派遣的适用范围

《劳动合同法》第66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。”虽

然这条明确了劳务派遣的岗位性质及其范围,但是,从实践上看,劳务派遣在我国劳动力市场中涉及的范围比较广。特别是近几年,像饭店、超市、宾馆等服务型行业,制造业,建筑等领域,存在着大量的劳务派遣工。他们所从事的岗位也并非仅仅局限在替代性或者辅助性的岗位范围内。因此,第66条的规定就显得过于模糊化。例如,像我国一些银行也开始使用大量的劳务派遣工。因此,“临时性、辅助性、替代性”的规定与我国实践差距甚大,可操作性不强。

因此,笔者建议,可以采用列举法,对适用劳务派遣制度的行业、部门进行非穷尽式的列举。例如,日本就采用了按照行业及工种分类的形式,界定劳务派遣制度的适用范围。我们也可参照这种方式,对我国的一些行业,比如说,银行业、宾馆、餐饮业、邮局、电力等有可能短期需要用工的部门,可以允许使用劳务派遣制度。另外,智力密集且需具备专业技能的高端行业,例如电子、通讯、外文翻译等行业,只要有需求,也同样可适用劳务派遣。而对于加工制造业,应该限制劳务派遣用工的使用。尤其是像建筑业等存在重体力劳动的行业,更应该从立法层面加以严格限制。

### 三、结语

新劳动合同法对劳务派遣这种新型的用工形式作出了相对明确的规定,但是要想使劳务派遣制度的运用取得最好最优的效果,不仅在立法上要有进一步的完善,而且需要相关职能部门切实履行好自身职责,同时需要劳动者提高维权意识,用法律的武器维护自身权益。

#### 参考文献:

- [1] 黎建飞.《中华人民共和国劳动合同法》最新完全释义[M].北京:中国人民大学出版社,2009.
- [2] 谢良敏.劳动合同全程指南[M].北京:法律出版社,2007.
- [3] 谢增毅.美国劳务派遣制度的法律规制及对我国立法的启示[J].比较法研究,2007,(6).
- [4] 赵翌艳.劳务派遣的若干法律问题研究[J].甘肃农业,2005,(12).
- [5] 仵秀琦.劳务派遣的法律规制及完善[J].河北法学,2009,(4).

(责任编辑:滕元良)