

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

谢增毅*

一、美国劳务派遣的概念和发展概况

在美国,从事人力资源管理、雇员福利、薪水和工伤赔偿外包服务的机构称为职业雇主组织 (professional employer organizations, PEOs) 或者雇员租赁公司 (employee leasing company); 使用职业雇主组织或租赁机构提供的雇员的机构称为客户公司 (client company) 或接受雇主 (recipient employer)。职业雇主组织或雇员租赁公司和客户公司或接受雇主与我国使用的“劳务派遣机构”和“接受单位”的称谓基本对应。

美国劳务派遣的盛行始于 20 世纪 70 年代。以往劳务派遣主要流行于特殊行业,例如,化工和石油行业、工程和设计行业、建筑行业等等。这些行业往往需要各种不同技能的人才,雇主通过雇员租用 (employee leasing) 的形式,可以补充雇主自身雇员技能的不足,或者让其从事一些短期项目,或者弥补雇主自身雇员人数的不足。但时至今日,劳务派遣已经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。而且,以往劳务派遣的接收单位主要是小型企业,现在,由于派遣机构可以提供人力资源管理的专业服务,许多规模较大的雇主也使用派遣工人。美国劳务派遣的发展速度相当迅速。据美国职业雇主组织全国联合会 (National Association of Professional Employer Organizations, NAPEO) 的调查,1993 年美国派遣劳工达到 160 万人。^[1] 根据最新数据,NAPEO 估计,美国现有大约 200 - 300 万派遣工人。根据对 NAPEO 会员的调查,在过去 6 年里,美国职业雇主组织行业平均年增长超过 20%, 目前约有 700 家职业雇主

* 中国社会科学院法学研究所副教授,法学博士。

[1] 莱因·丹纳德·赫伯特·诺斯鲁普:“劳务派遣:特征、数量与劳动法问题”,载《佐治亚法律评论》(H. Lane Denard, Jr and Herbert R. Northrup, “Leased Employment: Character, Number, and Labor Law Problems”, Georgia Law Review, Spring 1994, pp. 683, 684, 696)。

组织在 50 个州提供各种业务。职业雇主组织行业年创造的总收入约为 510 亿美元。^[2]

二、美国劳务派遣行业发展的原因分析

美国劳务派遣盛行的因素很多,这些因素归纳起来主要有三:供给因素、需求因素以及工会因素。^[3]

(一)供给因素

从供给因素看,生活方式的改变导致了一些人更愿意从事临时性的派遣工作。例如,越来越多的妇女参加工作,使得那些需要负担家庭事务的妇女选择派遣工作,他们可以选择非全职的工作,或者保留当家庭需要时拒绝某些派遣工作的权利。有些雇员选择派遣工作是因为将工作内容的多样性作为一种生活方式,而派遣工作可以满足这种偏好,这些人不仅包括一般职员和建筑工人,还包括律师、计算机专家、股票经纪人、药剂师以及其他专业人士,甚至公司高管。同时,许多退休人员,包括专业人士和高管人员,由于长期从事顾问工作,退休之后,也可能选择派遣工作。此外,由于公司缩小规模或重组而离开岗位的雇员,可能会选择劳务派遣的形式,在找到适合的工作之前将派遣工作作为暂时性的工作。

从派遣机构提供的服务看,由于职业雇主组织可以提供专业化的人力资源服务、培训、雇员手册、安全服务以及更好的沟通,雇员工作的满足度以及效率可能得到提高,这也是雇员选择成为派遣雇员的因素之一。而且,由于规模效应,职业雇主组织可能为雇员提供那些小企业无法负担的福利项目,例如,健康保险、牙齿和视力保健、寿险、退休储蓄计划、工作咨询、教育福利等,这些雇员福利往往是小企业负担不起或无力管理的。^[4]而且,通过劳务派遣,派遣雇员可以在不同的客户公司工作,可以避免雇员福利的损失。^[5]此外,在美国,为了避免增加小企业的负担,许多法律对小企业实行豁免,受雇于小企业的雇员因此无法得到这些法律的保护。例如,美国虽然制定了很多反就业歧视法律,但这些法律通常对规模小的雇主实施豁免。例如,1964年《民权法案》第7章禁止雇主基于种族、肤色、宗教、性别或国籍实施歧视,但仅适用于雇用15名以上雇员的雇主。^[6]1967年《雇用年龄歧视法案》禁止对40岁以上的个人实施年龄歧视,^[7]但仅适用于雇用20名以上雇员的雇主。^[8]1990年《美国残疾人法案》是保障残疾人的基本法律,该法用专章规定了就业问题,是反残疾就业歧视的主要法律,但该法只适用于雇用15名雇员以上的雇主。^[9]因此,如果雇员直接受雇于这些规模小的雇主,雇员将无法得到这些法律的保护。

[2] NAPEO - PEO Industry Information: FAQs, www. NAPEO. org, 最后访问日期:2007 - 3 - 22。

[3] 同注1引文,第685 - 694页。

[4] NAPEO - PEO Industry Information: FAQs, www. NAPEO. org, 最后访问日期:2007 - 3 - 22。

[5] NAPEO - PEO Industry Information: Benefits of PEO Services, www. NAPEO. org, 最后访问日期:2007 - 3 - 22。

[6] 《1964年民权法案》[Section 701 (b), Title of the Civil Rights Act of 1964]。

[7] 《1967年雇佣年龄歧视法案》[Section 631 (a), Age Discrimination in Employment Act of 1967]。

[8] 《1967年雇佣年龄歧视法案》[Section 630 (b), Age Discrimination in Employment Act of 1967]。

[9] 《美国残疾人法案》[Section 101 (5), Americans with Disabilities Act]。

由于职业雇主组织的规模通常较大,职业雇主组织的雇员就可受到这些法律的保护。这一点,也是派遣工人相比直接受雇于雇主的雇员的优势之一。

(二)需求因素

从需求角度看,需求因素似乎比供给因素更重要。雇员福利(employment benefit)成本和政府规制是接受公司选择派遣劳工的重要因素。在美国,雇员福利成本的总额以及相对于工资的比例不断提高。据美国商会(Chamber of Commerce)的年度统计,1929年,美国所有行业的雇员福利(工资或薪水之外的补充)总计为6.62亿美元,到了1992年,这一数字已变为6290亿美元。1929年,雇员福利占工资或薪水的比例为1.3%,到1992年,这一比例已变为21.3%。^[10]因此,雇员福利成本的提高是雇主使用派遣工的重要原因,尤其是那些小企业,由于规模较小,无法以较优惠的价格为雇员购买各种福利;而派遣公司由于雇员规模和多样性,可以以更优惠的价格购买雇员福利。而且,雇用(hiring)的费用,包括选拔、培训以及由于雇用决定可能面临的反歧视诉讼风险,都会促使雇主倾向于使用派遣工人,而不是直接雇用工人。总之,劳务派遣公司可以充分利用规模优势,降低雇用成本。而且,随着技术的发展,许多公司需要投入大量的资本购买设备,操作和维护这些设备,这些公司转而成为专业化的公司向其他公司出租设备、派遣员工、从事计算机等专业化服务,这也促进了劳务派遣行业的发展。

除了降低雇员福利的成本,劳务派遣公司在为用人单位提供咨询和服务方面也发挥了越来越重要的作用。劳务派遣公司可以为客户公司提供管理建议、会计和数据处理帮助以及其他有益的专业建议。现在的人力资源管理越来越复杂,例如雇员关系、健康保险、工伤赔偿、工资、工资税、失业保险等内容相当复杂,许多雇主并没有这方面的专业知识。而派遣公司通过自己的专业服务,可以为客户公司管理这些复杂的事务。而且,有关劳工的法律越来越复杂,雇主的责任和风险越来越大,职业雇主组织由于规模和专业性,可以有效地控制这些风险,降低客户公司的风险和责任。例如,根据美国小企业管理局(U. S. Small Business Administration, SBA)统计,从1980年至2000年,有关雇用政策和行为的法律和法规的数量增加了大约60%,中小企业的雇主现在需要花费大约1/4的时间从事有关雇用的书面工作(employment-related paperwork)。职业雇主组织可以帮助雇主从事这些繁重的工作,帮助雇主更好地遵守劳动法律法规。^[11]总之,通过分工,客户公司可以专注于自身业务的经营,而不是人力资源的管理和雇用风险的控制。

(三)工会因素

从工会角度看,派遣工人较不易组织工会。统计表明,非全职雇员参加工会的比例相比全职雇员参加工会的比例不足一半。^[12]尽管派遣工人不能完全等同于兼职工人,因为许多派遣工人可能从事全职工作,但派遣工人组织工会的积极性低于雇主直接雇用的雇

[10] 美国商会研究中心:“雇员福利:雇主和福利专家参考指南”(U. S. Chamber Research Center, Employee Benefits: A Reference Guide for Employers and Benefits Specialists, Table 18, 1993, p. 35)。

[11] NAPEO - PEO Industry Information: PEO Industry Facts, www.NAPEO.org, 最后访问日期:2007-3-22。

[12] 根据美国劳动统计局(Bureau of Labor Statistics)的数字,1993年,7.8%的非全职工人(part-time workers)参加工会,而全职工人(full-time workers)参加工会的比例则为17.8%。参见《劳动日报》[See, Daily Lab. Rep. (BNA) No. 27, at B-2 (Feb. 10, 1994)]。

员。由于分散在不同的用人单位,这些用人单位可能彼此有很大差异,派遣工人缺乏共同的利益,派遣工人组织工会的难度也高于直接雇用的工人。由于这个原因,美国许多工会劝说州政府通过立法禁止劳务派遣。但从客户公司的角度看,由于派遣工人不易组织工会,客户公司可能会热衷于使用派遣工人。

(四)小结

从上可以看出,劳务派遣的出现及发展有其背后的经济原因,劳务派遣的用工形式既满足了雇员灵活就业的需要,对降低雇主的成本和风险,提高劳动力市场的分工和专业化程度也有积极作用,尤其在为接受单位提供咨询和服务,降低雇主用工成本方面具有广阔的发展空间。在一些特殊行业,例如保安、建筑等行业,劳务派遣机构在招聘、选拔、培训雇员、人力资源管理等方面,发挥了用人单位自身难以甚至无法发挥的作用。而且,由于有关劳工保护和雇员福利的立法越来越复杂,雇主用工的成本和面临的风险不断加大,通过劳务派遣公司的专业化服务,不仅可以减低用人单位的成本,提高人力资源管理的效率和专业化水平,从一定意义上讲,这种专业的分工也有利于劳工权利的保护。至于派遣劳工对工会的影响,笔者认为,从接受单位看,由于派遣工人和接受单位的雇用关系模糊,派遣工人分散且和接受单位的认同感较弱,派遣工人加入接受单位工会的积极性可能受到影响。但如果从派遣机构和派遣工人二者的角度看,通过派遣机构,可以将众多可能分散于不同雇主的工人集中在派遣机构,派遣工人可以在派遣机构内组织工会,并利用派遣工人规模的优势和派遣机构进行集体谈判,争取更有利的劳动条件。因此,劳务派遣似乎并不必然削弱工会对工人的保护作用。

在美国,劳务派遣经济上的合理性也得到政府的明确承认。例如,纽约在其2002年通过的一项州法中明确地指出:“职业雇主组织为该州的商业和市民提供了有价值的服务,因此,职业雇主组织的权利和义务应该予以明确。”^[13]阿拉巴马州2006年通过的《职业雇主组织登记法》(Professional Employer Organization Registration Act)也明确指出了劳务派遣发挥的积极作用,该法指出:“劳务派遣是阿拉巴马州新兴的产业,职业雇主组织为雇主提供了越来越多的机会以开发满足人事需要且效率更高的方式,并且为雇员提供了某些如果没有职业雇主组织雇员可能无法获得的雇员福利。”^[14]

但劳务派遣引发的法律问题同样值得关注。如何保证雇员在各方面享有与直接受雇的工人同样的权利和待遇,如何分担派遣公司和接受单位之间的义务和责任,是立法所要解决的问题。

三、美国州法和联邦法对劳务派遣的规制

(一)州法的相关规定

美国许多州制定了专门法律对劳务派遣进行规制。概括而言,这些州法规制的对象

[13] Laws 2002, Ch 565, § 1, Eff March 23, 2003.

[14] 《亚拉巴马州职业雇主组织登记法案》(Section 2, Alabama Professional Employer Organization Registration Act, Approved by the Governor March 13, 2006)。

主要包括雇员租赁公司 (employee leasing company) ——即劳务派遣公司的设立和资本要求、劳务派遣协议的内容、雇员工伤保险 (worker's compensation insurance) 和失业保险费用的分担以及派遣机构和接受单位在其他方面义务和责任的分担。除了制定专门的规制劳务派遣的法律,许多州法在保险或其他领域的法律中都会涉及劳务派遣的相关问题。

1. 对劳务派遣公司设立和资本的要求

美国有 10 个州的法律要求雇员租赁公司在开业前必须向州登记。这些州包括内华达州、新墨西哥州、俄勒冈州、犹他州、新罕布什尔州、阿肯色州、佛罗里达州、明尼苏达州和田纳西州,1995 年,得克萨斯州废除了该要求。^[15] 有些州对雇员租赁公司设立的审批相当严格。例如,佛罗里达州在其商务和职业监管部 (Department of Business and Professional Regulation) 之下专门设立了雇员租赁公司委员会 (Board of Employee Leasing Company) 专门负责监管雇员租赁公司,该委员会有发布规则的权力。^[16] 该州对雇员租赁公司设立和相关事项的审批非常严格。该州法律规定,雇员租赁公司及“控制人 (controlling person) 必须向商务和职业监管部提交书面的申请以获得许可 (license)。^[17] 而且,任何个人或机构,在意图购买 (purchase) 或收购 (acquire) 已获许可或登记的机构的控制权时,必须先获得该委员会有关所有权变更的批准。已获得许可或登记的机构的股东或者合伙人收购其他股东或者合伙人的控制权时,也必须经过该委员会的批准。^[18] 法律还规定,获得许可的雇员租赁公司必须至少拥有一名登记的从事服务的代理人以及一名获得许可的控制人。获得许可的控制人必须具有“良好道德品质 (good moral character)”,并且具有教育、管理或业务的经历以成功经营雇员租赁公司或成为控制人。^[19]

除了劳务派遣公司的设立需要经过许可和登记,有些州对劳务派遣公司的资本也有要求。例如,新罕布什尔州的法律也要求,雇员租赁公司在开业之前必须向该州的劳动部长官 (the commissioner of the department of labor) 提交许可的申请。1996 年修订的法律要求雇员租赁公司申请许可时必须同时提供一份经独立会计师审计的财务报告,表明在其申请之日前的 6 个月内有至少 10 万美金的净资产。而且,劳动部长官可以要求雇员租赁公司在其指定的保管处存放足够的用于担保支付工资或福利并具有市场价值的债券或有价证券。存放的有价证券必须包含该长官在雇员租赁公司没有支付到期款项时可以卖出相应数额的证券用于支付工资、福利或其他主张的授权。^[20] 2006 年通过的阿拉巴马州《职业雇主组织登记法》也有类似规定。^[21]

从以上可以看出,美国对劳务派遣公司市场准入的监管相当严格,包括对公司的所有者和控制人都有监管的要求。这可能是考虑到劳务派遣公司作为一种经营人力资源管理

[15] 马克·罗斯汀等:《劳动法》,西方出版公司 (Mark A. Rothstein, Charles B. Craver, Elinor P. Schroeder, Elaine W. Shoben, *Employment Law*, West, 2004, p. 135)。

[16] Fla Stat § 468.521 (2006).

[17] Fla Stat § 468.524 (2006).

[18] Fla Stat § 468.5245 (2006).

[19] Fla Stat § 468.525 (1), (2) (2006).

[20] RSA 277-B:5, RSA 277-B:6, (2006).

[21] 《亚拉巴马州职业雇主组织登记法案》[Section 5 (b), Alabama Professional Employer Organization Registration Act, Approved by the Governor March 13, 2006]。

的公司,雇员集中且风险较大,雇主及其控制人是否诚实守信对雇员利益的影响甚大,因此,需要控制劳务派遣公司的门槛。对劳务派遣公司的财务要求主要基于劳务派遣公司负有支付雇员工资和其他福利费用的义务,这些费用的支付与派遣工人的切身利益密切相关,如果雇主无力支付这些费用,将对派遣工人造成严重影响,因此,有必要让雇主提供一定资金,用于担保这些费用的支付。

2 劳务派遣协议内容的规制

对劳务派遣协议内容的规制,往往涉及派遣公司和接受单位之间的权利义务和责任的分担。尽管理论上派遣公司和接受单位具有决定合同内容的自由,但为了保护派遣工人的利益,法律对派遣公司和接受单位的协议也有许多限制规定,这些限制规定主要体现了立法者对派遣公司和接受单位权利、义务和责任分担的立场。

以佛罗里达州的法律为例,雇员租赁公司和客户公司之间的合同安排(contractual arrangement)应满足以下条件:租赁公司(1)保留指挥和控制(direction and control)派遣到客户所在地的派遣工人的权利。但,客户公司可以保留足够的控制和指挥派遣工人的权利,如果这是从事业务所必需的,并且如果没有该权利,客户将无法从事其业务的;客户公司也可以履行某些法定的受信义务(fiduciary responsibility);(2)承担支付派遣工人工资的义务,不管客户公司是否向雇员租赁公司支付;(3)承担支付工资税(payroll taxes)的完全义务,并且从派遣工人的工资中收税;(4)保留雇用、解雇、惩戒和重新派遣(reassign)工人的权利。但客户公司可以拥有接受或者终止任何派遣工人的派遣(assignment)的权利;(5)保留对工作场所或者影响派遣工人的场所的安全、风险和危险管理的指挥和控制,包括以下职责:其一,对客户设备和建筑的安全检查;其二,对雇用和安全政策的制定和实施;其三,负责派遣工人的赔偿请求(compensation claims)、请求的提起(claims filings)和相关程序的管理。^[22] 南卡罗来纳州的法律也对获得许可的经营者和客户公司之间的协议作了类似的规定。^[23]

可见,对职业雇主组织和客户公司之间协议的规制重点在于明确劳务派遣公司的义务和责任,即职业雇主组织必须承担的最低义务和责任,这些义务和责任不能通过合同转移到客户公司。归纳起来,职业雇主组织通常享有的权利以及应该承担的义务和责任包括:指挥、控制雇员的权利,支付派遣工人工资以及支付工资税的义务,雇用、解雇和派遣工人的权利,保证雇员安全的义务以及负责派遣工人赔偿请求的义务。这些义务体现了职业雇主组织和派遣工人之间的雇用关系,是一般雇主通常应承担的义务,通常不得转移到客户公司。值得注意的是,为了保障雇员的人身安全,即使雇员被派遣到客户公司工作,职业雇主组织仍有义务保证雇员的安全。

3 工伤保险(workers' compensation insurance)

工伤保险是指对于劳工在工作期间所受伤害的保险,通常覆盖医疗、死亡、残疾、康复等内容,保险费由雇主缴纳。许多州法都在有关劳务派遣的法律或者保险法律当中规定工伤保险费用的支付问题。

[22] Fla Stat § 468.525 (4) (2006).

[23] S C Code Ann § 40 - 68 - 70 (2006).

从州法看,大部分州法要求劳务派遣公司必须支付雇员的工伤保险费用。例如,根据佛罗里达州 2003 年修订的法律规定,获得许可的雇员租赁公司是派遣工人的雇主,雇员租赁公司有义务提供工伤保险项目 (workers' compensation coverage)。并且,除非雇员租赁公司向商务和职业监管部下属之雇员租赁公司委员会提交了所有派遣工人的工伤保险证明,雇员租赁公司不能获得初次或者后续的许可。^[24] 有些州允许雇员租赁公司和客户公司选择决定由其中一方支付工伤保险费用。例如,南卡罗来纳州的法律允许雇员租赁公司在与客户公司的合同中,规定由职业雇主组织或客户公司或者双方承担工伤保险责任。^[25] 有些州,例如新墨西哥州的法律则规定派遣公司和客户公司对派遣雇员的工伤保险费用负无限连带责任。^[26] 个别州 (例如犹他州) 规定由客户公司负担工伤保险费用。^[27]

因此,大部分州法要求劳务派遣公司必须支付派遣工人的工伤保险费用,这是劳务派遣公司作为派遣工人的雇主的主要体现之一,也是保护工人利益的重要保证。当然,由于派遣工人被派遣到客户公司,客户公司在一定程度上指挥和控制了派遣工人,工人的风险处于客户公司的控制之下,由客户公司承担工伤保险费用亦无可不可。

4. 失业保险费用 (unemployment insurance payments)

失业保险费用是由劳务派遣公司还是由客户公司支付也是劳务派遣的重要法律问题。许多州法对此作了规定。大部分州法规定,失业保险费由雇员租赁公司支付。例如,佛罗里达州的法律规定,雇员租赁公司是派遣工人的雇主,雇员租赁公司有义务及时支付失业税。^[28] 缅因州法律规定,在派遣协议期间,雇员租赁公司有义务支付失业的相关费用。^[29] 新罕布什尔州的法律规定,雇员租赁公司负有支付工资和其他雇员福利以及州失业保险费用的法律义务,不管客户公司是否向雇员租赁公司支付了这些工资、福利或费用。^[30] 而且,当雇员租赁公司开业两年以上,客户公司应该就失业保险费用的支付和雇员租赁公司承担连带责任。^[31] 犹他州的法律也规定,雇员租赁公司在失业保险费用支付上应视为派遣雇员的雇主,不管是雇员租赁公司还是客户公司支付派遣工人的工资。^[32] 只有明尼苏达州的法律规定由客户公司支付派遣工人的失业保险费,但前提是客户公司 50% 以上的雇员必须为派遣工人。^[33] 有些州 (例如新墨西哥州) 的法律则规定,如果雇员租赁公司没有为派遣工人支付失业保险费用,则客户公司有义务承担失业保险费用。^[34]

5. 排他和替代责任 (Exclusivity and Vicarious Liability)

[24] Fla Stat § 468.529 (1) (2) (2006).

[25] S C Code Ann § 40 - 68 - 70 (2006).

[26] N. M. Stat Ann § 60 - 13A - 5 (C).

[27] Utah Code Ann § 35 - 1 - 42 (3) (a).

[28] Fla Stat § 468.529 (1) (2006).

[29] 32 M. R. S § 14055, (3) A (2006).

[30] RSA 277 - B: 9 (2006).

[31] RSA 277 - B: 17 (2006).

[32] Utah Code Ann § 35 - 4 - 202

[33] Minn Stat Ann § 268.163 (2).

[34] N. M. Stat Ann § 51 - 1 - 52.1 (B).

从以上的分析可以看出,雇员租赁公司作为派遣雇员的雇主,必须承担一般雇主通常承担的责任,但雇员租赁公司对派遣雇员的义务并非无限。许多州都有“排他性和替代责任(Exclusivity and Vicarious Liability)的规定,即雇员租赁公司和客户公司不为对方的行为(actions)或疏忽(omissions)负责。例如,新罕布什尔州的法律规定,雇员租赁公司不为客户公司的行为或疏忽承担替代责任(vicariously liable),客户公司也不为雇员租赁公司的行为或疏忽承担替代责任。但这一规定并不影响雇员租赁公司和客户公司之间协议的直接合同责任(direct contractual liability)以及法律所规定的责任或义务。^[35]同时,派遣工人在客户公司实施的普通责任保险、汽车保险、职工忠诚保险(fidelity bond)、履约保证(surety bond)以及雇主责任保险中,应被视为客户公司的雇员。在雇员租赁公司实施的上述保险中,除非保险或者保证合同另有规定,派遣雇员也不被视为雇员租赁公司的雇员。^[36]伊利诺斯州的规定和新罕布什尔州的规定大致相同。^[37]缅因州的法律也有类似的规定。^[38]可见,雇员租赁公司的责任并非无所不及。

6 派遣公司和客户公司责任分担的小结

从以上州法对派遣工人工伤保险和失业保险费用的支付看,大部分州法将雇员租赁公司视为派遣工人的雇主,雇员租赁公司除了支付派遣工人的工资外,有义务为雇员支付工伤保险和失业保险以及其他雇员福利的费用。这也再次体现了雇员租赁公司和派遣工人之间的基本的雇用法律关系,即劳务派遣公司负有一般雇主应当承担的支付工资和相关社会保险费用的法律义务。只有个别州法为了保护派遣工人的利益,将客户公司作为第二责任人或者使其承担连带责任。社会保险费用由派遣公司承担较为合理,除了派遣工人和派遣公司之间存在的雇用关系之外,社会保险费用越来越复杂,由劳务派遣公司负责,可以发挥劳务派遣公司的规模效应及其专业优势。

另一方面,雇员租赁公司的责任也不是无限的。雇员租赁公司和客户公司不对对方的行为负责,也不对处于对方完全指挥和控制之下的派遣工人负责,这体现了“谁控制和指挥、谁负责”的原则,同时也表明雇员租赁公司和客户公司是相互独立的两个雇主,而不是一个雇主。但这一原则仍受雇员租赁公司和客户公司之间协议的约束以及法律所规定的双方义务和责任分担的限制。因此,“排他和替代责任”原则可以阻止客户公司受到派遣工人的起诉,但这也并非绝对,在某些场合,法院也会作出相反的判决。^[39]

值得注意的是,在工伤保险和失业保险之外的保险关系中,各州法基本上将派遣工人视为客户公司的雇员,尤其在客户公司提供的保险中;即便在雇员租赁公司提供的保险中,也不将派遣工人视为雇员租赁公司的雇员。这说明了客户公司和雇员之间也存在雇用关系,在这些保险法律关系中,客户公司和派遣工人之间必须尽到雇主和雇员的义务。普通责任保险、汽车保险、职工忠诚保险、履约保证以及雇主责任保险体现了派遣公司和

[35] RSA 277 - B: 10 (2006).

[36] RSA 277 - B: 11 (2006).

[37] 215 LCS 113/45 (2) (3) (2007).

[38] 32 M. R. S. § 14055 (4) (2006).

[39] 迈克尔·黑尔:“雇员租赁管理与排他救济问题”,载《底特律法律评论》(Michael S. Hale, “The Employee Leasing Exposure and the Exclusive Remedy Problem”, 1997 Det. C. L. Rev. 891, Fall 1997, p. 900).

客户公司之间特定的雇用关系,这些关系已超出了雇员租赁公司和派遣工人之间的一般雇用关系,因此,将这些法律关系当中的派遣工人视为客户公司的雇员,不仅有利于雇主履行其应有的义务,也有利于雇员履行其相应义务,诸如忠诚、履约等义务,这对于保证雇主的利益也是非常必要的。

(二) 联邦法与劳务派遣

除了各州成文法的规定,通过判例的解释,法院解决了许多联邦法律如何适用于劳务派遣场合的问题,尤其是派遣公司和客户公司之间责任的分担。法院许多判例表明,在适用联邦法律时,客户公司在符合某些条件时将和派遣公司构成派遣工人的共同雇主(joint employer),客户公司也必须承担派遣公司依据联邦法应承担的雇主责任。法院的解释主要涉及客户公司在《国家劳动关系法案(National Labor Relations Act, NLRA)》1964年《民权法案》第7章(Title VII of the Civil Rights Act of 1964)及其他有关雇用平等保护的律、《公正劳动标准法案(Fair Labor Standards Act, FLSA)》、《职业安全和卫生法案(Occupational Safety and Health Act, OSHA)》以及《家庭和医疗休假法案(Family and Medical Leave Act)》中的责任问题。在适用这些法律时,法院主要考虑客户公司是否应当被认定与派遣公司构成共同雇主,而判断客户公司是否属于共同雇主的最重要因素是客户公司是否“有权控制(right to control)派遣工人”。^[40]

1. 《国家劳动关系法案》下的共同雇主责任

国家劳动关系委员会(National Labor Relations Board, NLRB)对共同雇主的认定主要采用以下标准:当两个或两个以上雇主对相同的雇员实施了“重要控制(significant control)”,并且由此表明雇主“分担或者共同决定”雇用条款或条件(terms or conditions of employment)时,两个以上的雇主将构成共同雇主。^[41]因此,依据《国家劳动关系法案(NLRA)》,对共同雇主的认定主要是事实问题,法院主要考察客户公司是否对派遣工人实施了“重要控制”,而考虑的因素包括客户公司参与劳务派遣公司有关派遣工人的雇用和解雇、晋升和降职、工资和工作条件、日常监督和处罚以及指挥派遣工人的程度。^[42]近年来,NLRB以及法院将共同雇主理论运用于劳务派遣场合。法院判例表明,对派遣工人“日常的、有效的监督(day-to-day, meaningful supervision)是判断派遣公司是否构成《国家劳动关系法案》下共同雇主的主要因素。^[43]如果国家劳动关系委员会(NLRB)认定客户公司共同雇主地位成立,客户公司则可能对派遣公司单独从事的不当劳动行为(unfair labor practices)承担责任,如果(1)该客户公司“知道或应该知道其他雇主由于非法原因对派遣雇员实施了该行为”,并且(2)没有抗议或没有实施其依据合同可以实施的权利予以抵制而默认(acquiesced)该不法行为。^[44]由于客户公司很有可能被认定为《国家劳动关系法案》下的共同雇主,因此,客户公司可以通过和劳务派遣公司约定客户公司没有雇用、晋升、解雇、处罚派遣工人的权利且由派遣公司确定派遣工人的工资数额、雇员福利以

[40] 同注1引文,第699页。

[41] NLRB v. Browning-Ferris Indus., 691 F. 2d 1117, 1124 (3rd Cir. 1982).

[42] Boire v. Greyhound Corp., 376 U. S. 475, 481 (1964).

[43] See Continental Winding Corp., 305 N. L. R. B. 122, 123 n. 4 (1991).

[44] See Carrier Corp. v. NLRB, 768 F. 2d 778 (6th Cir. 1985).

及其他雇用条件,来减少被法院认定为共同雇主的机会。^[45]

2 有关反就业歧视法中的共同雇主责任

由于联邦有关反就业歧视和保护就业平等权的法律为雇员提供了救济,因此,在法院的判例中,法院也可能运用共同雇主理论,使得受害雇员可以从更多的雇主中获得救济。

在反就业歧视诉讼中,法院认定共同雇主身份所采用的标准和《国家劳动关系法案》的案件大致相当。法院考察的因素包括:(1)对派遣工人日常活动的监督;(2)雇用和解雇派遣工人的权力;(3)制定工作规则、决定雇用条件和工作派遣(work assignment)以及发布操作指引的权力。^[46]在反就业歧视诉讼中,法院关注的问题是某一机构是否是雇主,而判断雇主身份的核心事实问题是该机构是否“控制雇员的薪酬或雇用的条款、条件或权利(terms, conditions, or privileges)”。^[47]在判例中,法院认为:如果一个机构“实施了重要控制”,该机构将可能成为被告,即使该机构不是直接雇主(immediate employer)。^[48]在 *Magnuson v. Peak Technical Services* 案件中。原告受到了客户公司——大众公司(Volkswagen)一家经销商(dealership)经理的性骚扰,法院允许原告不仅起诉性骚扰者,还允许原告起诉客户公司大众公司、大众公司的经销商以及派遣公司 Peak。法院认为,Peak公司作为派遣公司是原告的雇主,因为原告从 Peak公司领取工资和雇员福利,而且双方签订了书面的雇用协议。法院也认为,尽管原告和大众公司之间没有雇用合同关系,但大众公司对雇用条款、条件施加了重要控制,大众公司也应被认定为原告的雇主。法院也认为,如果经销商对原告的雇用条款和条件实施了控制,经销商也可以成为被告,而且如果实施性骚扰的经理具有监督的权力,其本人也可能承担责任。^[49]因此,一旦共同雇主地位成立,客户公司也必须承担雇员租赁公司的不法行为以及自身的不法行为的责任。例如,派遣公司如果没有遵守《民权法案》第7章有关保存记录的要求或者对派遣雇员实施歧视,客户公司对这些行为也将负有责任,即使客户公司不同意或者对此并不知情。在反歧视案件中,法院倾向于支持原告要求参与“监督活动(supervisory activities)”的任何当事人承担歧视行为的责任,而不仅仅只是那些对歧视行为具有“事实上的控制或权力(actual control and authority)的机构”。^[50]

3 《公平劳动标准法案》的适用

依据1938年《公平劳动标准法案》,使用派遣雇员的客户公司通常将和派遣公司承担连带责任,以确保派遣雇员可以依据该法获得工资。尽管理论上派遣工人受雇于派遣公司,但在法院判例中,法院通常使客户公司对派遣雇员承担该法的义务和责任。在 *Castillo v. Givens* 案件中,农场主主张工人是由农业劳务派遣公司所提供的,法院否认了农场主的主张,仍然判决农场主承担有关最低工资和保管记录的责任。^[51]美国劳工部的立

[45] 同注1引文,第702页。

[46] See *Rivas v. Federacion de Asociaciones Pecuarias de Puerto Rico*, 929 F. 2d 814, 820 (1st Cir. 1991).

[47] *EEOC v. Sage Realty Corp.*, 507 F. Supp. 599, 611 (S. D. N. Y. 1981).

[48] 630 F. Supp. 1107 (D. Mass. 1986).

[49] 808 F. Supp. 500 (E. D. Va. 1992).

[50] 同注1引文,第708页。

[51] 704 F. 2d 181 (5th Cir.), 464 U. S. 850 (1983).

场是:使用派遣雇员的客户公司应该和提供派遣雇员的派遣公司在确保最低工资和加班费上承担责任。换言之,如果派遣公司没有履行这些义务,使用派遣雇员的公司将承担责任。^[52]

4. 《职业健康和安全法案》的适用

依据 1970年《职业健康和安全法案》,职业健康和安全局(Occupational Safety and Health Administration, OSHA)负责调查违法行为。如果 OSHA在调查中发现客户公司和派遣公司共同雇主地位成立,OSHA 将向劳务派遣机构或客户公司或者二者发出传票。即使无法认定共同雇主身份,OSHA 在工作场所存在多个雇主时,也可以向一个或多个雇主发出传票,主张是该雇主制造或控制了 OSHA 调查中认定的危险(hazards)。^[53] 由于依照《职业健康和安全法案》,制造或控制危险的一方将承担处于危险之中的雇员的责任,因此,客户公司在使用派遣雇员时,对处于这些危险之中的派遣雇员不承担责任几乎是不可能的。因此,客户公司在使用派遣雇员时,必须对工作场所的安全和卫生加以重视。

5. 《家庭和医疗休假法案》的适用

依照《家庭和医疗休假法案》,雇主有义务为以下情形的雇员提供 12周的无薪休假:(1)小孩的出生或领养;(2)雇员或其近亲属(小孩、配偶和父母)有严重的健康状况。如果存在共同雇主,则派遣雇员同时被视为派遣公司和客户公司任何一方的雇员。因此,如果客户公司被认定为派遣雇员的“基本雇主(primary employer)”,客户公司有义务为派遣雇员提供强制的假期,如果派遣机构是基本雇主,派遣机构必须负责提供假期。而在考虑哪方为基本雇主时,通常考虑哪一方有权雇用、解雇、派遣(assign)、安置雇员以及由哪一方支付雇员的工资和福利。^[54]

6 对联邦法的小结

从以上分析可以看出,尽管州法认为劳务派遣公司和雇员存在直接雇用关系,通常要求劳务派遣公司承担支付派遣工人工资以及工伤保险和失业保险费用的义务,但客户公司通常并不对派遣工人的工资、工伤保险和失业保险承担连带责任。与此不同,在联邦法律有关雇主义务的适用中,客户公司则在符合某些条件的情形下可能被认定和派遣公司构成共同雇主,从而单独承担或者与派遣公司连带承担有关不公正劳动行为、就业歧视、最低工资和加班费用、安全和卫生、休假等雇主义务和责任。而在判断客户公司是否和派遣公司构成共同雇主时,法院通常使用的标准是客户公司是否对雇员实施了“重要控制”,并参与了雇用条款、条件等雇用内容的决定。州法和联邦法对客户公司责任的态度是比较合理的。支付工资和社会保险福利费用的义务由派遣公司承担,有利于保证雇员的基本权利,并发挥雇主的规模优势和专业优势,而由于派遣公司并不直接使用雇员,雇员常常处于客户公司的控制之中,因此,有关雇主在工作场所中应尽的义务,让客户公司与派遣公司连带承担责任有利于客户公司尽到保护雇员的各种义务,避免客户公司通过劳务派遣的形式逃避责任,从而有利于保护派遣雇员的利益。而且,由于支付工资和社会

[52] See 29 C. F. R. Section 541 (1993).

[53] See Anning - Johnson Co., 1976 O. S. H. D. (CCH) paragraph 20, 877 (1976).

[54] 29 C. F. R. Section 825. 106

保险费用等一般雇主承担的义务仍主要由派遣公司承担,有利于减少客户公司的风险,因此,这种责任的分担形式也不至于影响客户公司使用劳务派遣的积极性。

四、美国成文法和判例对我国立法的启示

(一)劳务派遣规制的立法理念

上文的分析表明劳务派遣经济上的合理性明显,我国不应限制劳务派遣行业的发展。倘若派遣公司和接受单位诚信经营,劳务派遣对派遣公司和接受单位以及雇员均有利,尤其在某些行业,诸如保安、司机、家政服务等行业,接受单位直接雇用这类雇员相当困难或成本昂贵。因此,立法首先应承认劳务派遣公司的存在,在此基础上对派遣单位的设立门槛以及派遣公司和接受单位的责任作合理分配,既要保证派遣工人得到充分保护,又要使派遣公司和接受单位尤其是接受单位使用派遣工人的风险得到一定控制,从而促进派遣行业的存在和发展。总之,我国劳务派遣的立法应树立规范与促进并重的指导思想。总结美国经验,劳务派遣的立法规制主要包括两方面的主要内容:对劳务派遣公司设立门槛和运营的规制以及对派遣公司和接受单位雇主责任的划分。鉴于我国目前劳务派遣行业存在许多损害派遣工人利益的现象,我国在借鉴美国经验的同时,也应针对我国面临的突出问题,对劳务派遣行业进行严格规制。

(二)对劳务派遣公司设立和运营的规制

根据美国州法的经验,笔者认为,美国州法当中有关派遣公司设立门槛的规定,例如设立审批、资本金的要求、公司控制人的要求、风险金的要求都可以为我国所借鉴。劳务派遣公司不同于一般公司,劳务派遣公司主要经营人力资源管理业务,由于其和派遣雇员存在直接的雇用关系,负有支付派遣雇员工资和其他福利费用的基本义务,但劳务派遣公司由于不经营具体业务,通常并没有充足的资产,一旦派遣公司没有支付工资和其他福利的能力,将严重影响雇员享有的工资收入和其他福利的基本权利,因此,对派遣公司设立门槛的要求实有必要。对劳务派遣公司设立门槛规制的另一重要意义在于促进派遣公司的规模化经营。派遣公司只有具备适当规模,才能促进其聘请专业人士对派遣工人的工资、社会保险、职业培训、安全卫生等事项进行专业化管理,可以为员工购买价格更为优惠的社会保险产品,从而提高派遣公司的专业管理水平并降低雇用成本。而且,派遣公司只有具备适当规模,才能形成品牌效应,促使其进行规范化经营。例如,上文提及,在美国,根据 NAPEO 估计,美国现有大约 200 - 300 万派遣工人,但美国 50 个州里大约只有 700 家职业雇主组织从事劳务派遣服务。可见,职业雇主组织的规模较大。日本也十分重视培养劳务派遣公司从事多种业务的综合能力,开展复合型“综合人才服务”,并大力发展连锁经营,目前日本已有 30 多家全国性连锁经营的劳务派遣公司,各地分支机构达 4600 多个。^[55] 反观我国,目前我国有派遣公司 26158 个,其中由劳动保障部门经办或审批的为 18010 个。^[56] 因此,尽管我国劳务派遣公司数量众多,但大多数派遣公司规模不大,不

[55] 陈玉娥:“对人才派遣热潮的冷思考”,载《合作经济与科技》2006年第1期,第35页。

[56] 常凯/李坤刚:“必须严格规制劳动者派遣”,载《中国劳动》2006年第3期,第10页。

利于规模化、规范化和专业化的经营。因此,我国应借鉴美国的做法,对劳务派遣公司的设立实行审批制,并规定最低资本金,以控制劳务派遣公司的质量,提升劳务派遣公司的规模。

除了设立审批,主管机关对劳务派遣公司的日常监管同样重要。上文提及,美国一些州(例如佛罗里达州)的法律规定,只有雇员租赁公司向主管机关提交已经履行了雇员租赁公司所有有关支付薪水、薪水税、工伤保险以及雇员福利支付义务的证据后,主管机关才能颁发雇员租赁公司的初次或后续的许可。^[57]这种做法有利于主管机构对派遣机构进行持续监管,有利于维护派遣工人的基本权利。笔者认为,我国可以借鉴这一做法,引入年度审查制度,即劳务派遣公司每年必须向主管机构提供证明其已经为派遣工人支付工资和法定社会保险项目费用的证据后才能通过年度审查。这也是解决目前我国许多劳务派遣公司没有为派遣工人及时支付工资并缴纳社会保险费问题可行的办法之一。

此外,关于劳务派遣公司运营的监管,鉴于我国劳务派遣行业整体上诚信度不高,派遣公司和接受单位利用劳务派遣形式逃避雇主责任的现象比较突出,笔者认为,法律可要求派遣公司将其与派遣工人签订的劳动合同以及派遣公司和接受单位签订的劳务派遣协议在劳动主管部门备案,以利于主管机关进行监督检查。

(三) 劳务派遣公司和接收单位责任的分担

1. 是否一律要求派遣公司和接收单位承担连带责任

国内有学者主张“要派单位和派遣单位就雇主责任对劳动者承担连带责任”。^[58]派遣公司和接受单位对派遣工人承担连带责任,这种做法无疑最有利于保护派遣工人的利益。但如果不区分雇主责任的类型,一律让接受单位和派遣机构承担连带责任,接受单位就无法通过劳务派遣的形式事先控制自身风险,使用劳务派遣对接受单位的经济意义就会大为下降,这可能会降低接受单位使用劳务派遣的积极性,从而不利于劳务派遣行业的发展。事实上,有些企业使用劳务派遣的主要目的并不是为了降低成本,而是为了控制风险。有些使用劳务派遣的接受单位认为“规范的劳务派遣不会直接降低企业的用工成本,它对企业的意义在于降低用工风险,帮助企业建立适应市场竞争的人力资源管理机制”。^[59]因此,如果让接受单位一律连带承担派遣单位的雇主责任,接受单位使用劳务派遣的积极性肯定受到影响。因此,笔者认为,接受单位不应连带承担派遣机构的所有雇主责任。我国可借鉴美国的做法,接受单位主要承担派遣工人处于其控制过程中产生的责任。概括而言,接受单位应和派遣机构连带承担有关工作时间、最低工资、加班限制和加班报酬、安全和卫生、反就业歧视、休息休假等责任。这种责任的划分使得接受单位的风险仅限于使用派遣劳工的过程,而不是劳动合同的全部,接受单位不必承担有关招聘、劳动合同订立、变更、解除、终止等生产经营过程以外产生的责任。美国法中的“排他和替代责任”理论也体现了这一原则。

与接受单位的责任相对应,雇员也应对接收单位承担与其劳动过程相关的义务,诸

[57] Fla Stat § 468.529 (4) (2006).

[58] 沈同仙:“运用雇主分立理论确定劳务派遣中的雇主责任”,载《中国劳动》2006年第3期,第16页。

[59] 张军等:“劳务派遣用工中的风险防范”,载《中国劳动》2007年第1期,第37页。

如,遵守有关劳动规章制度、对雇主忠实的义务、保守商业秘密、竞业禁止的义务,这也是保护接收单位利益的重要内容。

2 如何保证派遣工人工资、社会保险和安全卫生等基本权利的实现

工资收入属于雇员的基本财产利益,对于雇员本身及其家庭的重要性不言而喻。由于目前我国劳务派遣行业的诚信度不高,派遣公司克扣接受单位给予派遣工人工资的情形比较普遍。例如,有学者指出,目前我国劳务派遣的问题主要有:一是劳动关系不清晰;二是工资支付不透明;三是社会保险不参加;四是同等劳动不同报酬;五是工作时间不规范;六是员工结构不合理。^[60]考虑到工资收入、社会保险和安全卫生对雇员的特殊重要性,我国立法应针对这一问题制定相应的政策。

根据上文分析,客户公司通常不对劳务派遣工人工资承担连带责任,在这种立法模式下,一旦劳务派遣公司没有及时足额支付工资,工人的工资收入很难获得救济。为了解决这一难题,笔者认为,我国立法可以考虑对派遣公司和接受单位之间的劳务派遣协议进行干预,要求双方必须在劳务派遣协议中约定派遣工人的工资并应由接受单位直接向派遣工人支付。这样可以防止派遣机构不支付或少支付派遣工人的工资。这种规定和劳务派遣公司负有支付派遣工人工资的法定义务并不冲突。事实上,这种立法也会受到接受单位欢迎。因为,如果派遣工人没有及时得到工资或者派遣公司克扣接受单位支付给派遣工人的工资,派遣工人就无法安心工作,甚至可能采取一些群体行动。因此,让接受单位直接向工人支付工资不仅对雇员有利,也有利于保护接受单位的利益。同时,让接受单位直接向派遣工人支付工资,也便于贯彻同工同酬的原则,在工资由派遣公司向派遣工人支付的情形下,难以比较派遣工人和接受单位自身雇用的雇员的工资水平。而且,让接受单位直接向派遣工人支付工资的好处还在于可以连带解决加班报酬的问题。由于加班处于接受单位的控制之下,派遣公司难以获得有关加班时间和报酬的信息,加班报酬事实上很难由派遣公司支付,因此,如果法律要求工资由接受单位向派遣工人直接支付,就可以解决这一难题,接受单位可以将工资包括加班报酬一并支付给派遣工人。

有关社会保险费用的支付,由于社会保险相对复杂,为了发挥派遣公司专业化经营的优势,宜由派遣公司办理并支付相关费用。同时,为了解决目前我国存在的许多派遣公司不为派遣工人支付社会保险费用的问题,我国可借鉴美国一些州的做法,让接受单位承担替代性的责任,即派遣公司负有支付派遣工人法定社会保险费用的义务,如果派遣公司没有支付,则接受单位有义务承担法定的社会保险费用。例如,新墨西哥州的法律规定,如果雇员租赁公司没有为派遣工人支付失业保险费用,则客户公司有义务承担失业保险费用。通过这种机制,有利于接受单位加强对派遣公司的监督,从而促使派遣公司履行义务。

关于派遣工人的安全和卫生保障,美国的法律比较明确,州法通常要求派遣机构保留对工作场所安全和卫生的指挥和监督权利,例如佛罗里达州和新罕布什尔州的规定;而客户公司根据《职业健康和安全法案》属于制造或控制危险的一方,必须承担处于危险之中的雇员的安全和卫生责任,因此,派遣机构和客户公司都对安全卫生负有责任。鉴于雇员

[60] 蔡跃进:“劳务派遣中的问题与对策”,载《劳动保障通讯》2004年第7期,第31页。

安全和卫生的特殊重要性,我国对安全卫生责任也应严格规制,派遣机构和接受单位对派遣雇员的安全和卫生应承担连带责任。

3 劳务派遣公司和接收单位内部责任的划分

以上所述,主要针对劳务派遣公司和接收单位对雇员的外部责任,至于劳务派遣公司和接收单位之间内部责任的划分,应允许劳务派遣公司和接收单位自由协商。一方为另一方承担法律规定的责任后,如果根据劳务派遣公司和接收单位之间的协议应由另一方承担的,可向另一方追偿。

五、我国《劳动合同法》关于劳务派遣的规定及其不足

将于 2008 年 1 月 1 日生效的我国《劳动合同法》首次在法律中对劳务派遣作了专节的规定,对规范劳务派遣行为,保护被派遣劳动者的权益具有重要意义。我国《劳动合同法》的主要进步在于:明确了劳务派遣单位的设立门槛(第 57 条);明确了用人单位和被派遣劳动者之间劳务派遣合同以及劳务派遣单位和用工单位之间劳务派遣协议的内容(第 58、59 条),尤其是劳务派遣单位必须和被派遣劳动者签订 2 年以上的固定期限合同;劳务派遣单位应当将劳务派遣协议的内容告知被派遣劳动者(第 60 条);明确了派遣单位和用工单位之间的法定义务。《劳动合同法》还明确了派遣单位和接收单位的义务和责任,有利于保护被派遣劳动者,但该法有关劳务派遣的规定仍有不足和僵化之处,保护被派遣劳动者的立法宗旨是否得以实现尚待观察。

(一) 工资报酬和其他福利的支付方式

针对劳务派遣单位克扣工资以及用工单位没有支付加班费和其他福利导致同工不同酬的弊端,《劳动合同法》规定派遣单位必须履行用人单位对劳动者的义务,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(第 58、60 条)。用工单位必须告知被派遣劳动者工作要求和劳动报酬,支付加班费、奖金和相关福利待遇(第 62 条)。但该法第 62 条没有明确用工单位是向劳务派遣机构还是被派遣劳动者支付加班费、奖金和其他福利待遇。既然用工单位有义务告知被派遣劳动者劳动报酬并支付加班费和其他福利(第 62 条第 2、3 款),派遣单位负有不得克扣劳动报酬的义务,为何法律不直接规定由用工单位直接向被派遣劳动者支付工资、加班费及其他福利?仅仅规定派遣单位不得克扣劳动报酬根本无法保证被派遣劳动者及时足额获得报酬。而且,只有让用工单位直接向被派遣劳动者支付报酬及其他福利才能真正实现同工同酬。

(二) 劳务派遣的适用范围

关于劳务派遣适用的行业范围,《劳动合同法》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。作为法律条文,这种政策性的模糊概述并没有实际意义,劳务派遣也不应当限制其行业。事实上,在一些高级行业采用劳务派遣的用工形式,由于劳动者自身的力量更强,更容易保护自己,出现损害被派遣劳动者利益的可能性更小。因此,实在没有必要将劳务派遣限制在临时性、辅助性或者替代性的岗位。

(三) 用人单位自设劳务派遣公司

《劳动合同法》第 76 条规定,用人单位不得设立劳务派遣单位向本单位或者所属单

位派遣劳动者。这种规定也缺乏理论依据。派遣单位可以向其他单位派遣劳动者,为何不能向本单位派遣劳动者?用人单位自设劳务派遣单位有其合理一面,有利于对本单位雇员进行更加专业化的管理,对于大型公司,只要其符合法定的设立派遣公司的条件,似乎没有充分理由禁止其设立派遣公司。为了防止用人单位和自设劳务派遣公司合谋损害派遣雇员的利益,可以引入美国所谓的“单一雇主(single employer)理论,即如果两家机构符合一定条件,例如两家机构存在经营上的相互关系、拥有共同的管理层、对劳动关系实行集中控制、拥有共同所有者或股东时,两家机构将被视为单一雇主,派遣机构和用工单位必须连带承担责任。这也许是对用工单位自己设立派遣公司进行规制的另一种可行思路,简单的禁止只会破坏市场的机制。

(四)劳务派遣单位和用工单位之间的连带责任

关于劳务派遣单位和用工单位的责任,《劳动合同法》第92条规定,劳务派遣单位违反本法规定,给被派遣劳动者造成损害的,劳务派遣单位与用工单位承担连带责任。这种规定从表面上看有利于保护劳动者,但由于派遣单位应当履行用人单位对劳动者的义务(第58条),用工单位将面临很大的风险。笔者认为,如果不区分雇主责任的类型,一律让用工单位和派遣单位承担连带责任,用工单位就无法通过劳务派遣的形式事先控制自身风险,使用劳务派遣对用工单位的经济意义就会大为下降,从而不利于劳动者就业和劳务派遣行业的发展。因此,如上所述,用工单位不应连带承担派遣机构的所有雇主责任,用工单位应主要承担派遣工人处于其控制过程中产生的责任,用工单位不应承担有关招聘、劳动合同订立、变更、解除、终止等生产经营过程以外产生的责任。劳务派遣的存在和流行肯定有其经济上的合理性,过分加重用工单位的责任,不利于该行业的积极发展,最终也会损害劳动者的利益。而且,《劳动合同法》第92条仅规定当劳务派遣单位“给被派遣劳动者造成损害的”,劳务派遣单位与用工单位承担连带责任,法律并没有直接规定劳务派遣单位与用工单位连带承担所有的义务和责任。因此,如何解释“给被派遣劳动者造成损害”是实施该规定的关键因素,该条的实施仍有待司法机关作出解释。

(责任编辑:丁洁琳)