

对“劳务租赁”用工制度的法律探讨

何小勇,王义华

(江苏警官学院 法律系 江苏 南京 210031)

摘 要 劳务租赁为近几年在国内新兴的一种用工制度,劳动关系较为复杂。通过对劳动关系与劳务关系的法律性质比较分析认为,劳动力不应成为租赁的对象,用工单位与被派遣的劳动者之间应属于劳动法律关系,应对这种用人单位以规避法定义务、损害劳动者合法权益的用工行为予以禁止。

关键词 劳务租赁 劳动关系 工作岗位变动 职工借用

中图分类号:D47

文献标识码:A

文章编号:1671-4970(2005)02-0013-04

2004年2月16日上午,“易初爱莲”连锁超市无锡惠山店(以下简称超市)在开门营业时,几个入口被50多名保安用手推车堵了起来,导致无法营业。事发原因是保安工资被拖欠及超市要解聘一批在试用期内的保安。超市保安均为上海华联物业保安公司(以下简称上海公司)所属员工,被公司以劳务派遣形式派遣到无锡工作,保安与上海公司签订劳动合同,而超市则与上海公司签订劳务合同。双方约定保安的工资由超市打到上海公司的账上,再由上海公司转发给在超市工作的员工。由于超市没有及时把钱转发至上海公司,以至于超市所聘用的80多名保安已两个月没拿到工资。超市认为,其和保安没有劳动关系,故保安的工资拖欠与己无关,现有的保安中,超市实际只需使用70个,故拟对尚在试用期的多名保安予以辞退。^[1]

“劳务租赁”是近几年在全国各地出现的一种新型的劳动用工形式:用工单位与派遣单位签订“劳务协议”或“劳务租赁协议”,派遣单位根据用工单位的需要派遣其员工到用工单位中任职,并向用工单位收取包括派遣人员的管理费、工资、福利费、社会保险费等在内的劳务费用。一些用工单位另与派遣人员单独签订“人员劳务约定”。这种劳动关系属于用工方虽实际用工但与劳动者不存在劳动关系,而派遣方虽与劳动者建立劳动关系但单位内部却没有相应的工作岗位,劳动关系较为复杂。

一、用工单位与被派遣劳动者之间 应属劳动法律关系

用工单位与被派遣劳动者之间的关系属劳动

关系抑或属劳务关系,将决定劳动者享有何种权利,用工单位对劳动者负有何种义务,对劳动者而言,具有重大法律意义。劳动关系,指劳动力所有者与劳动力使用者在实现劳动过程中发生的劳动与生产资料相结合的社会关系。其具有以下3个特征。

1. 劳动关系的主体为特定主体

一方当事人必须是劳动者,而另一方当事人是用人单位,由劳动者提供的劳动力与用人单位提供的生产资料相结合而完成劳动过程。因此,如果仅是企业、单位之间的协作关系,如加工承揽或劳动者之间发生的关系,如家庭雇佣,或劳动者运用自己所有的生产资料为自己完成劳动过程,如农村村民联产承包、个体劳动者的自我劳动,其形成的社会关系均不属劳动关系,属劳务关系,不应由劳动法来调整,而由民法来进行调整。

2. 劳动关系兼有人身关系和财产关系双重属性

基于劳动力的使用而产生的社会关系是和劳动者的人身紧密相连的,因此,从维护劳动者生存权出发,劳动法明令禁止用人单位强制劳动、在使用劳动力过程中歧视、侮辱劳动者及其他限制劳动者人身自由、权利的行为。劳动关系所具有的人身专属性,同样要求劳动力使用者非经劳动者同意,不得将其对劳动力的请求权让与他人。而劳动者非经用人单位同意,不得由他人代为完成劳动,必须亲自履行劳动义务,不适用转让或委托代理。而劳务关系虽然也有合同当事人基于对劳务提供者的人品、技术、经验等方面信赖而缔结合同关系的特征,但并非严格强调人身属性,如无特别约定,只要交付的劳务成果符合约定,至于由谁完成劳务成果并不重要,劳动关

系具有财产关系的性质,体现的是劳动力的让渡与劳动报酬的交换关系,即活劳动与物化劳动相交换的关系。劳务关系体现的是双方主体之间的物化劳动,即劳动成果的交换关系,这种交换关系往往体现的是一种等价交换。劳动关系强调劳动过程的实现,即使该过程未能取得任何成果,用人单位亦应按照法律的规定支付劳动报酬,如劳动者学徒期的劳动。因此,劳动关系中,劳动者提供劳动力所获取的报酬并不必然体现为对价,还应受国家关于最低劳动报酬的法律规定,以维持简单劳动力再生产。

3. 劳动关系兼有平等性和隶属性的特征

《中华人民共和国劳动法》(以下简称《劳动法》)规定:“建立劳动关系应当订立劳动合同。”劳动者作为劳动力的所有者,有权对劳动力的配置进行自主的个体决策,选择合适的用人单位;与此相应,用人单位享有劳动用工的自主权,相互平等选择。劳动关系在平等协商原则基础上建立后,作为社会化大生产的客观要求,必须允许用人单位对生产要素的重要组成部分——劳动力享有自由支配的权利,即劳动关系双方必须建立起一种以指挥和服从为特征的管理与被管理关系,作为企业的员工,劳动者必须遵守单位规章制度,服从劳动管理。这种隶属关系,是仅强调平等关系的劳务关系所不具备的,因此,法律强制要求用人单位必须在组织生产过程中对劳动者承担保护其人身安全的法定义务,提供合理的劳动条件和安全保障,对劳动过程中所引起的工伤或职业病负无过错责任,对劳动者的非因工工伤或疾病在规定的医疗期内承担医疗待遇等法律义务。劳务关系一方当事人对他方则没有此类义务。

目前广泛使用的派遣单位与用工单位签订的“劳务协议”中,一般约定用工单位须对派遣人员履行下列义务:对派遣人员的职责、劳动纪律与本单位人员一体管理;为派遣人员提供符合《劳动法》所规定的工作场所及工作条件;接受派遣单位的委托,按时支付派遣人员的工资、管理费、社会保险费和福利费用,代为核定派遣人员每年的社会保险费缴费基数;劳务期间确保派遣人员享有《劳动法》所规定的各项权益,承担《劳动法》所规定的义务或责任;不得在劳务服务期间终止与孕期、产期、哺乳期内的派遣人员的劳务关系;对患病或负伤在规定的医疗期内以及因工负伤或患职业病并被确认丧失或部分丧失劳动能力的派遣人员按国家相关法律法规执行等。上述规定,除合同文本对劳动者称之为派遣人员外,用工单位实际承担的是劳动法所规定的用人单位对劳动者依法应承担的有关法律义务。

二、劳动力不应成为劳务租赁的对象

劳动力作为重要的生产要素、市场资源,能否成为劳动力市场中不同用工单位之间租赁的对象?或者说能否成为“劳务租赁”合同的客体?在奴隶社会,奴隶是“会说话的工具”,是奴隶主的私有财产,权利指向的客体。罗马法时期,当时的法学家将人的体力劳动供他人使用的行为视为对物的租赁。《法国民法典》第1708条规定:“租赁契约有两种:物的租赁契约,劳动力的租赁契约。”第1710条:“劳动力的租赁是指,一方当事人承担义务,为他人完成某种事务并由该他方向其支付经双方约定之报酬的契约。”^[2]究其原因,在于1804年《法国民法典》发布之时,是资本主义经济发展的初级阶段,工人运动尚属自发性质,劳动法尚未从民法中独立出来。1896年颁布的《德国民法典》排除了与物同格的“劳动力租赁”,代之以“劳动契约”。日本法学家冈村司认为,劳动力与物同视,颇侮辱人格;“吾人习闻物之租赁,至于力之租赁,乍闻可惊。幸而我国民法所用租赁之语,限于某人受租金而使他人用其物而收其益而已。至于与劳动租赁相当者,则不云贷力而云雇佣或承揽,各为独立之契约。”^[3]我国《合同法》修订之时,曾对是否将雇佣合同纳入合同法调整征求意见。普遍意见认为,合同法是调整财产关系、商品交易行为的法律,不宜调整人身关系,而雇佣关系涉及人身关系和劳动权,不宜由合同法来调整。劳动法已成为一个独立的法律部门,涉及劳动关系的内容应由劳动法律调整,各国民法典中有关雇佣关系的内容实际已被劳动法律所取代。^[4]《合同法》规定:“租赁合同是出租人将租赁物交付承租人使用、收益,承租人支付租金的合同。”合同法把租赁合同的客体规定为物或不动产,未把劳动力包含在内。出于其他原因的考虑,合同法也未对劳务合同作专门规定,但一般意义上,承揽合同、仓储合同、委托合同等有名合同均具有劳务合同的性质。如前所述,由于劳动者是劳动力的所有者,是劳动力的载体,使用出租的劳动力必然涉及对劳动者的支配,而有权支配使用劳动力的主体应属于与劳动者建立劳动关系的用人单位所有,其他主体无权行使。因此,具有人身、人格属性的劳动力不应成为“劳务租赁”合同的标的,也不应成为不同用人单位之间可以自由进行“劳务派遣”的对象。

三、用人单位指派劳动者长期在本单位之外工作地点任职的法理分析

用人单位是否有权以派遣的形式指令劳动者到本单位以外的其他用人单位中去任职?这实际涉

及的是劳动者的工作岗位变动问题。劳动部劳部发[1995]309号文件《关于贯彻执行〈劳动法〉若干问题的意见》第14条规定“派到合资、参股单位的职工如果与原单位订立仍保持着劳动关系,应当与原单位签订劳动合同,原单位可就劳动合同的有关内容在与合资、参股单位订立劳务合同时,明确职工的工资、保险、福利、休假等有关问题。”该规定涉及的是存在着产权关系的企业之间为完成一定劳务而派遣员工到对方单位工作,员工既可以和原单位保持劳动关系亦可与用工单位建立新的劳动关系。第7条规定“用人单位应与其长期被外单位借用的人员、带薪上学的人员,以及其他非在岗但仍保持劳动关系的人员签订劳动合同,但在外借和上学期间,劳动合同中的某些相关条款经双方协商可以变更。”其规定因职工被外单位借用而涉及的劳动合同内容变更问题。劳务租赁制用工中“劳务派遣”人员从与用人单位缔结劳动关系之时始便被派遣,原单位根本无其工作岗位,此种长期外借职工行为是否合法?《劳动法》第19条把“工作内容”规定为劳动合同的法定条款,但对其具体内涵未作规定。一般而言,工作内容应包括劳动者在企业从事的工种、岗位、担任的职务、在劳动过程中应完成的工作任务等。其中,工作岗位对企业而言,是生产的基础环节,劳动管理的立足点,而对于劳动者而言,工作岗位是其实现劳动权利、履行劳动义务的重要依据。实践中,用人单位与劳动者签订劳动合同时对工作岗位内容往往忽略,或代之以“工人岗位”、“技术岗位”、“管理岗位”等模糊称谓,或直接规定劳动者应服从单位安排,以致在劳动者权益受到侵犯时难以根据“工作内容”条款约束用人单位,对劳动者予以保护。劳动者缔结劳动关系后即被派遣便属于此类情形。

劳动者的工作岗位原则上应在用人单位所在地,但实际上,一些劳动者特别是企业的外勤人员往往必须在单位经营场所以外的地点工作。因此,劳动合同应对劳动者的工作地点、岗位职责等有关事项明确约定,如需变更,双方应另行协商。在岗位、工作地点变动上,如何界定属于由当事人平等协商予以确定的事项或属于企业单方行使劳动管理权限的问题,学者认为“基于生产管理之必要对劳动力予以部署、调派乃属于雇主之管理权范围”但如何判断用人单位是否基于生产管理的需要,往往争议很大。台湾劳动管理部门规定,雇主不得任意调动劳工至他公司工作,理由“关于雇主调动劳工至他公司工作,因涉及当事人之一方(雇主)或提供劳务之对象改变,已非原劳动契约之履行,若未经劳工同意,应已违反‘劳基法’第14条第1项第6款之规定。”因绝对禁止调动劳动者至其他单位工作,导致引起企业较大的反响。之后,台湾劳动管理部门迅速作

出调整,将禁止改为限制,规定了衡量企业是否属于合理调动的五个判断原则:①基于企业生产经营所必需;②不得违反劳动契约;③对劳工薪资及其他劳动条件,未作不利之变更;④调动后工作与原工作性质为其体能及技术所能胜任;⑤调动工作地点过远,雇主应予以必要之补助。〔5〕

笔者认为,用人单位对劳动者工作岗位的调动是否为合法,应视具体情况而定,如果企业对所属职工调动仅是一般工作场所的变动,如从甲车间调至乙车间,或楼上调至楼下,属于企业生产管理秩序的简单调整,无须征得劳动者的同意。劳动合同履行具有继续性,从合同缔结到合同终止,往往会有较长的时间间隔,这段期间,合同内容必定会发生某种变化。例如,劳动者从普通员工升迁为企业管理层人员,或因违纪被企业降薪、调职,都会导致劳动合同内容不断发生变化,产生新的权利义务,所以,劳动合同变更具有一定的必然性。但是,从合同的法律约束力而言,合同一经依法成立,即具有法律效力,双方当事人应严格履行,非经法律规定或合同约定,不得随意变更。因此,应有一定标准衡量判断企业对职工岗位变动行为的合法性与适当性问题:①如果原劳动合同对工作内容约定不明确的,在进行工作地点变动时可允许双方当事人协商补充约定,或进行综合判断是否属于企业依法行使劳动管理权的范畴,如岗位变动并未超出企业劳动指挥权行使范围,应为合法,否则,未经劳动者同意的即为非法。②如果因为工作岗位、场所的变动已形成新的劳动合同内容,产生新的合同权利义务,并非原劳动合同约定不明确,或属用人单位可以行使的劳动指挥权的范畴,均应视为是对劳动合同的补充,在予以判断这种变动是否具有法律效力时,无法依据当事人的合意作为判断标准,而应根据利益均衡原则综合考虑,在两个对立的法益中,选择其中之一对用人单位及劳动者均更为有利的,在不违背法律及公序良俗的前提下,决定合同变更的效力。③如因调动导致工作内容发生重大变更,已非原合同内容所能包含,亦无法找到双方合意的基础,则此时应属于原劳动合同的废止,为成立一新的劳动关系,必须双方协商达成一致意见,否则不发生法律效力。上述案例,用人单位经营所在地在上海,劳动关系缔结后把劳动者安排在与己无任何产权关系的江苏无锡用工单位中任职,如双方签订的劳动合同未约定劳动者的工作场所在江苏无锡的,用人单位对劳动者的派遣显然属对原合同的重大变更,应征得劳动者的同意,否则属于滥用劳动指挥权的无效行为。即使劳动者同意这种调动,由此给劳动者工作、家庭生活带来的不便,用人单位应当给予适当的补偿。

四、“劳务租赁”用工形式的法律比较

目前以“劳务租赁”形式派遣劳动者到其他企业去就职的用人单位一般自身并无相应的工作岗位,订立劳动合同目的便是为了派遣劳动者,并以其作为用工的主要形式。在江苏南京市,以劳务租赁形式被派遣的劳动者人数已超过2万人,用工单位包括各行业、部门。^[6]此种用工方式应予以鼓励或作一定的限制加以规范,现行法律缺乏明确规定。欧美诸国于2004年5月1日在一些行业中强制推行的SA8000社会责任标准认证中,其有关核心劳工标准中即包括企业应保证不采取纯劳务性质的合约安排或虚假的学徒工制度以规避有关法律所规定的对员工应尽的义务的内容。在法国,对“凡专一活动是将其依照约定资格招聘并为此给予报酬的受薪雇员交由用工者临时安排工作的一切自然人或法人”称之为临时工作承包人,所签订的合同称之为临时劳动合同。法律规定,用工者只有在为了完成“工作任务”而不是持久性的工作,如因职工缺勤、劳动合同中止导致岗位空缺需要有人替代,或企业活动临时性增加,或从事企业具有临时性季节性的工作,才允许用工者招用临时工作承包人所属的劳动者。这类临时性合同的期限,包括合同延续期限在内,不得超过18个月,并规定不得以永久取得与用工企业正常的经常性活动相联系的工作岗位为合同的标的,如有此类约定的合同无效。法国劳动法律禁止一切以营利为目的,对所涉及的受薪雇员造成损害后果或者逃避执行法律、法规或集体劳动协议或协定的规定,提供劳动力或转包劳动力的活动。违反上述规定的,对临时工作承包人及用工单位处以相应的处罚。^[7]德国对于营业性出借雇员的行为亦颁布了《出借雇员法》予以专门调整。

反观我国,企业派遣劳动者到用工单位任职时,所就职的岗位大多属常年性的工作岗位而非临时岗位,而用工单位也并非因短期的劳动力短缺而从派遣单位临时招用劳动者替代,有的用工单位大量使用派遣员工,动辄达数十人甚至上百人。合同一般一年一签,认为合适的将派遣人员转为单位的正式职工。因此,企业派遣员工到用工单位就业行为显然不属于因“生产经营的需要”,而是以营利为目的。一些地方的人才服务中心(有限公司),作为依法设立的为用人单位和劳动者提供人才中介服务及其他相关服务的专营或兼营社会组织,亦在利益驱动下超越经营范围,成为入场应聘劳动者的用人单位,而招聘单位变成了用工单位,把与劳动者的劳动关系演变为人员租赁使用关系。对于派遣单位而言,招用劳动者外派到其他企业中任职,不但不必为劳动者支付工资福利费用、社会保险费用,而且可以向用工单位收取一笔不低的“管理费”(该费用

一般为派遣员工工资总额的10%)。而用工单位招用派遣人员,也并非为解决临时性的生产需要,由于合同一年一签,其可自由选择所需使用的员工,亦可对外聘员工随时辞退,且解除聘用关系不受《劳动法》关于劳动合同解除的严格的法定条件和程序的限制,也无须支付劳动者离职费用。而且,由于与外聘劳动者不存在劳动关系,即使该劳动者在用工单位连续工作达十年以上,也无权依照《劳动法》规定要求用工单位与其签订无固定期限的劳动合同。用工单位可随意使用处于黄金就业年龄阶段的劳动者。正如媒体所言:“租赁制就业就其灵活、‘一个电话进入’的简捷劳动关系,打消了企业在用人上‘好进不好出’的担忧,可大胆用人,包括用临工、短工,从而为劳动者带来更多的就业机会和事业发展空间。”^[6]

笔者认为,在我国劳动法对企业用工已规定了固定期限、无固定期限和以完成一定工作为期限的3种不同情形的劳动用工模式下,劳务租赁用工模式存在意义值得做进一步探讨。租赁制用工在给企业用工方便简捷的背后,是劳动关系的复杂混乱。劳动者虽与用人单位存在劳动关系,却在单位内没有相应的工作岗位,一旦无聘用单位使用其劳动力即处于失业状态;聘用单位虽实际使用劳动者却无劳动关系,如两单位在工资待遇、劳保福利、医疗待遇、社会保险费用缴纳等方面扯皮、推诿,劳动者权益将难以得到保障,劳资矛盾将不可避免。因此,目前实行的租赁制用工制度,虽能在一定程度上给劳动者带来更多的就业机会并方便用人单位灵活用工,但不能以牺牲劳动者的合法权益为代价。应借鉴国外劳动法如《法国劳动法典》、德国调整营业性出借雇员行为的《出借雇员法》的有关规定,制定单行劳动法规对企业外派或借用劳动者从事临时工作予以规范,明确用人单位、借用单位对劳动者依法应承担的法律义务。

参考文献:

- [1] 50名保安超市封门讨薪[N].现代快报,2004-02-17(A5).
- [2] 罗结珍.法国民法典[M].北京:中国法制出版社,1999.388.
- [3] 冈村司.民法与社会主义[M].刘仁航,张铭慈译.北京:中国政法大学出版社,2003.94.
- [4] 全国人大法制工作委员会民法室.《中华人民共和国合同法》立法资料选[M].北京:法律出版社,1999.270—271.
- [5] 黄越钦.劳动法新论[M].北京:中国政法大学出版社,2003.238.
- [6] 打个电话就派遣 用人不再忧难出[N].扬子晚报,2004-06-18(A1).
- [7] 罗结珍.法国劳动法典[M].北京:国际文化出版公司,1996.62—76.