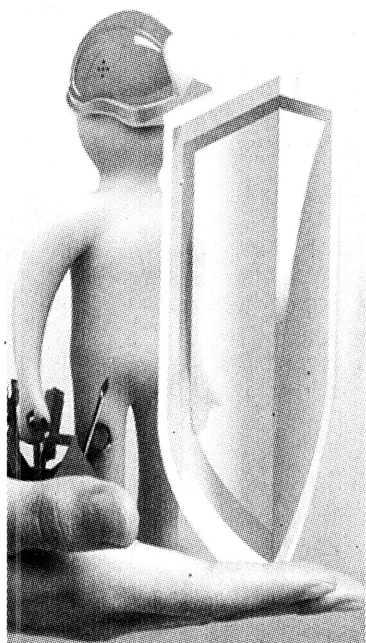




编者按

十一届全国人大常委会第二十七次会议初次审议了《中华人民共和国劳动合同法修正案(草案)》,现已向社会公开征集意见,意见征集截止日期为2012年8月5日。为了广泛收集职工群众的建议,配合好全国人大关于劳动合同法草案公开征求意见工作,省总工会也做出相应部署,通过多种渠道收集职工意见。本报从今日起,开设“我为《劳动合同法》修改提建议”栏目,欢迎广大读者踊跃投稿,对《劳动合同法》修改发表您的意见和建议。

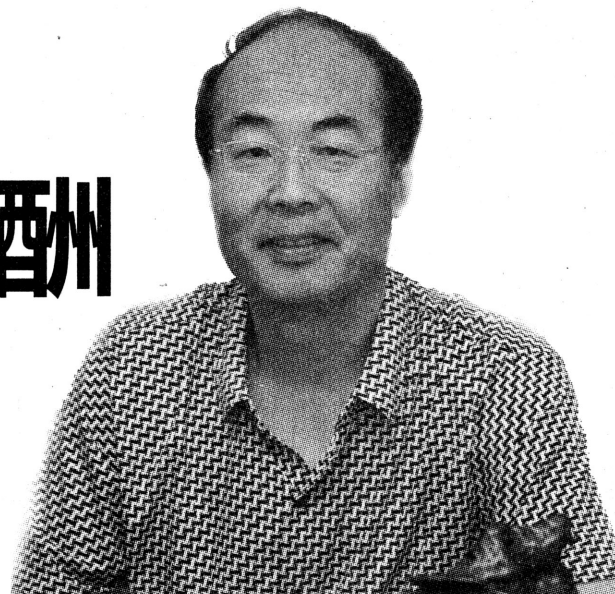
解决体制问题 劳务派遣工才能同工同酬

——专访西北政法大学社会法研究所所长谢德成

《中华人民共和国劳动合同法》实施三年来,为维护劳动者合法权益提供了有力保障,然而,随着经济社会的发展,劳务派遣作为一种临时用工模式,却被用人单位大量并长期使用,甚至成为用工主渠道。为了维护派遣者

的合法权益,6月26日至29日,全国人大常委会首次审议《劳动合同法修正案(草案)》,并将修改草案公布在中国人大网站(www.npc.gov.cn)向广大职工群众和社会各界征集对草案的修改意见和建议。此次修改草案的重点是什

么?包括哪些内容?对于现有的劳务派遣市场会起到怎样的作用?带着大家关心的问题,7月13日记者特别专访了劳动法专家——西北政法大学社会法研究所所长谢德成教授,对这次《劳动合同法修正案(草案)》进行了解读。



立法粗疏与体制问题 导致劳务派遣急剧膨胀

陕西工人报:在《劳动合同法》实施以前,劳务派遣滥用现象并不严重,反而是该法实施后快速爆发,是什么原因造成了劳务派遣现象的滥用呢?《劳动合同法》对于劳务派遣的设计是否存在漏洞?

谢德成:任何一部法规,都可能存在法律漏洞。2008年《劳动合同法》出台后,当时最大的争议主要是关于“无固定期限劳动合同”及“强制社会保险”,到了2009年末,劳务派遣开始急剧膨胀,成为《劳动合同法》实施后暴露的另一个大问题,我认为主要有下面两个原因:

一、2008年《劳动合同法》对劳务派遣范围的“临时性、辅助性、替代性”的设置较为原则,用人单位借此打擦边球。法律规定的抽象,使得人们很难理解什么是临时性、什么是替代性、什么是辅

助性的岗位。譬如在谈到“临时性”时,人们往往把临时性与临时工联系在一起。其实临时性是指这个岗位是临时的,短期的,特定的,季节性的。但是在中国,临时岗位上的工人就叫临时工,临时工的名称往往不与其岗位相关,而是与人的身份相关联,当岗位和身份结合起来时,就容易引起对“临时性”认识上的偏差。其次就是这个“替代性”,我们长期以来的用工方式很少采取岗位替代的方法,员工休假、培训、特定事项离开岗位以后,实际上是让本单位相同岗位或相近岗位的劳动者来顶替,而不是从外面再招一个或者从派遣公司再派遣一个,

而且,哪些岗位可以替代,哪些岗位不能替代也规定不清。所以,替代性的这种岗位在实践中人们理解也很难到位。

此外,在《劳动合同法》中针对劳务派遣的适用范围上用了“一般”这个词,“一般”不属于基准性法律用语,也就是说它不属于强制性规范,而我国的劳动监察一般只对违反劳动基准法的行为进行监督检查,因此,针对劳务派遣的范围,劳动监察是很难去介入的。由于临时性、辅助性、替代性在原则上很原则,容易在实际中走向,再加上前面“一般”又是非强制性规范,导致劳务派遣数量急剧上升,违法现象也颇多,这

是第一个原因。

二、用人单位的用工分为典型性用工和非典型性用工,而非典型性用工最主要由劳务派遣和非全日制用工两种形式构成。《劳动合同法》在立法上主要针对的是典型性用工,对全日制和直接雇佣的用人单位在规范程度上比较高,尤其是在无固定期限劳动合同、违法解雇、社会保险、劳动合同补偿等方面有严格的要求,从而导致直接雇佣成本增加。而根据经济学上的利益偏向理论,用人单位用工必会大量采用非典型用工以此节约成本,因此导致派遣制用工和非全日制用工增加,而根据全总针对国内劳务派遣的调研报告显示,全

国劳务派遣人员总数已经达到6000多万,占我国用工总数近20%。这样的比例已经严重侵蚀了正常用工,已属不正常。从国际上看,劳务派遣用工比例一般不超过3%,平均在1%—1.5%。

我国的劳务派遣主要集中在公共就业部门,包括国有企业、国家机关、事业单位,由于这些单位特有的人员编制制度,导致这些单位为了减少用工成本,大量使用派遣员工。特别是国家机关、事业单位等,特定的人员编制,事业拨款,导致工资制度的体制内外划分,形成派遣员工与单位员工在待遇上的差距,同工不同酬现象很严重。所以,我认为,解决同工同酬问题,根本点是解决体制问题。这个问题一天不解决,劳务派遣中的同工不同酬问题就不能从根本上消除。

行政许可成此次立法亮点
建议增加备案登记制度完善监管

陕西工人报:这次修正案草案除明确了“三性”适用范围外,还对劳务派遣单位提出了“行政许可”的要求,如何看待这个“行政许可”呢?

谢德成:此次修正案草案中,将设立劳务派遣单位的注册资本由原来的50万提高到100万,同时也要求劳务派遣单位要向当地劳动行政部门依法办理行政许可的要求,我觉得这是这次立法最大的进

步。在社会转型、体制改革下的中国,目前的劳动力市场并不成熟,劳动者弱势特征显著,如果不靠行政监督,只靠劳资双方协商,那么必定留下隐患。劳务派遣,实质上是关于人的转让,必须进行行政监管。监管分为事前监管和事后监管。事前监管是指市场准入,即行政许可;事后监管是指企业登记备案,年度年检,劳动监察等。

《劳动合同法》除了应该做好事前预防,也应该做好事后救助。所以,应增加登记备案制度,即包括登记备案、年度年检。

明确劳务派遣概念
确保实现同工同酬同待遇

陕西工人报:除了劳务派遣泛滥的问题外,我国目前还有哪些用工形式应该得到关注呢?该如何改善呢?

谢德成:目前还有三个与劳务派遣相近的问题,即劳务派遣、劳务派遣、劳务派遣。这三种用工形式和劳务派遣非常相似,在实际操作中,为了规避劳务派遣的数量,很多名为外包、承揽、代理,实际上是劳务派遣。而这类问题出现的根本原因就是我国法

律对劳务派遣缺乏内涵的界定,使得劳务派遣在一定程度上与其相似的用工形式难以辨别,导致适用法律的模糊。因此,要解决劳务派遣与劳务派遣、劳务派遣、劳务派遣的区别,法律就必须明确什么是劳务派遣,应该规定劳务派遣是独立的用工形式,其次,还应该清楚劳务派遣与中介的关系,应在法律中规定,劳务派遣只允许在专门的派遣机构中进行,中介等不能进行劳务派遣。

陕西劳务派遣比例不大
四方面合力推动劳务派遣有序化

陕西工人报:陕西目前的劳务派遣情况怎么样?还需要哪些方面共同努力,推进规范劳务派遣行为?

谢德成:哪里生产力越活跃,哪里派遣数量越高,劳务派遣也就越多。与沿海地区、经济发达地区相比,尽管陕西“国”字头企业比较多,但陕西劳务派遣比例并不大,以逆向派遣居多,但是出现的问题都是具有共性的。

只靠本次修法,是无法彻底改变劳务派遣现状的,况且这次修法并不彻底。我一直重申我的观点,在中国劳务派遣就不应该包括辅助性岗位派遣。我国现在的劳务派遣的适用范围是相当大的,国企、事业单位、政府

部门,有主业就一定有辅业,如果不取消辅助性范围,派遣数量很难减下去。要彻底解决劳务派遣问题,实现同工同酬同待遇,除了依靠立法外,还需要司法、行政、工会共同推进。立法先行,但是立法无法穷尽一切,因此需要司法机构形成司法规则,另外需要劳动行政部门的监督。这次草案如通过,将会为劳动监察的介入提供重要的法律依据。此外,还需要逐步引入集体协商,由劳资之间来协商劳动条件,形成一种约束机制,监督用人单位实现同工同酬。只有四方面共同推进,才能从根本上协调好劳务派遣中各方之间的关系,维护劳务派遣工的权益。

本报记者 郝山宇

劳务派遣工赵子宣:

应享有“同工同酬”待遇



工作不到一年的银行职员赵子宣端午节前没有领到发给正式合同工的800元过节费。她告诉记者,单位对劳务派遣工存在严重歧视,同样干营销,收入只有正式工的一半。

同工不同酬在两种用工方式并存的单位广泛存在。在全总对省总工会的调查发现,相同或相似的工作岗位和工作业绩,劳务派遣工与正式工收入差距少则30%,多则四五倍。

“同工同酬是劳动合同法的重要原则,对劳动者来说是一项基本权利,劳务派遣工没有理由‘低人一等’。”赵子宣告诉记者,同工不同酬,根本原因在于用人单位通过这种方法最大

限度压低用工成本。虽然此次《劳动合同法》修改草案增加了劳务派遣单位与被派遣劳动者订立的劳动合同以及用工单位订立的劳务派遣协议,载明或者约定的向被派遣劳动者支付的劳动报酬应当符合同工同酬的规定,但是劳动者的收入还包括住房公积金、企业年金以及其他福利待遇,“我建议草案应明确规定被派遣者享有与用工单位同工、同岗位的劳动合同制员工‘同工同酬同待遇’的权利。”

此外,对于此次修正案草案中对“临时性、辅助性、替代性”三类岗位使用范围的规定,赵子宣也说出自己的看法:“此次修法对临时性、替代性都有了较为详细的界定,但是为什么在辅助性上就说的很模糊呢?究竟要在辅助性岗位上干多少年,才能转正呢?”赵子宣说自己2009年大学毕业后,通过层层考试、面试后才开始在这家银行上班,如今三年过去了,不管工作多么卖力,和合同制的同事相比,她的工资永远没有办法超过他们。

“如果对‘辅助性’没有一个时间限制,那企业将很可能在所谓的辅助性岗位上大量、长期使用劳务派遣工,这是立法的本意吗?我建议将‘辅助性’岗位设立一个时间限制,两年也好,三年也罢,让我们这些派遣工看见点希望总是好的啊!”

本报记者 郝山宇

近年来,随着劳务派遣在用工市场突飞猛进,劳务派遣用工不规范、经营不正规、同工不同酬、劳动纠纷增多等突出问题接连出现,陕西省律师农民工维权总站公益律师孙蓉接触了不少劳务派遣类的案子,也切实感觉到法律逐步完善对于办案的帮助。

“最早接手这类案子在2007年,那时候根本找不到适用的法律,立案都困难。不少国企为了规避用人单位编制的限制,即使是很高的职位都会采用劳务派遣的方式,这在当时是很普遍的现象。”孙蓉告诉记者,当时碰见这种案子立案

孙蓉告诉记者,前不久接手的一个案子是涉及逆向派遣的劳务派遣纠纷。由于职工不识字,在签订劳动合同时劳动关系被转让,随后被公司单方面口头解除劳动合同关系。“虽然有适用的法律了,但在案件的审理执行中,存在非常大的弹性,劳务派遣人员要想捍卫自己的权益,依然不容易。”

“正因为即使在新版《劳动合同法》的约束下,劳务派遣问题依然繁多而恶劣,所以这次修正案草案的审议获得了空前的关注。”孙蓉告诉记者,她一直都在关注此次劳动法修正案,直至6月26日,十一

陕西省律师农民工维权总站公益律师孙蓉:

修正案仍然有漏洞

都困难,甚至不知道应该把谁作为被告,那时候劳务派遣公司也非常不正规,公司的名称都是“某某咨询公司”,最后只能与劳务派遣方协商解决。

2008年1月1日,《劳动合同法》正式实施,对于劳务派遣有专门的章节进行规范和要求。例如,要求用工单位支付加班费、绩效奖金,提供与工作岗位相关的福利待遇;被派遣劳动者享有与用工单位的劳动者同工同酬的权利等。

届全国人大常委会第二十七次会议初次审议《劳动合同法修正案(草案)》。

“虽然此次修正案草案中明确,载明或者约定的向被派遣劳动者支付的劳动报酬应当符合同工同酬的规定。对劳务派遣岗位的‘三性’含义做出进一步界定:临时性是指用工单位的工作岗位存续时间不超过6个月;辅助性是指用工单位



进行规范劳务派遣,问题也很多,很多企业的正式员工的收入大头不一定是岗位工资,而是福利、保险等,同工同酬依然徒有虚名。”孙蓉还表示,劳务派遣是涉及多个部门的综合执法,监管与执法都存在不小难度。

本报记者 郝山宇

我为《劳动合同法》修改提建议①