

论劳务派遣中的雇主责任（下）PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/485/2021_2022__E8_AE_BA_E5_8A_B3_E5_8A_A1_E6_c122_485261.htm

三、劳务派遣中雇主责任规则的确立

(一)用工单位承担无过错责任 雇主责任作为一种特殊侵权责任，已为现代国家立法所普遍确立，但在归责原则问题上，却有不同的立法例，大体可归纳为三种基本类型：第一，过错责任原则，采此种立法例的主要是大陆法系国家，如德国、日本、瑞士等(《德国民法典》第831条、《日本民法典》第715条、《瑞士债务法》第55条)；第二，无过错责任原则，采此种立法例的主要是英美法系国家及法国、意大利、丹麦、挪威等(法国民法典第1384条第4款、意大利民法典第2049条等)；第三，过错责任与衡平责任相结合，我国台湾民法采此立法例(台湾民法典第188条)。在上述三种立法例中，英美法国家采无过错责任原则已有数百年历史。而鉴于雇主责任采过错责任原则有许多弊端，因此，大陆法系国家在司法实践中大都作了修正。德国民法典采过错责任原则在施行以前就遭到多方面的批评，之后，立法者和司法机关为保护受害人利益并进而平衡社会利益，在一些单行法规和判例中确立了无过错的雇主责任。因此，在许多领域，德国民法规定的雇主过错责任已经被司法判例所取代或修正。在日本，由于政治经济情况的不断变化，日本法院对雇主的免责几乎不予认可，实际上采取了无过错责任原则。

者对过错责任原则多持批评态度，主张采无过错责任原则。

[4]鉴于国外立法例、司法实践以及台湾、大陆学者对雇主责任的充分论证，笔者对此问题不再展开分析，赞同学者的观点，我国应顺应雇主责任的世界潮流，在立法上采无过错责任原则。本文要论证的重点是：在派遣单位和用工单位之间应由谁承担无过错的雇主责任。笔者建议：由用工单位对于派遣职员在职务活动中的侵权行为承担无过错责任，理由如下：

1#8226.用工单位的地位决定其应该承担无过错责任 在传统雇用劳动关系中，雇用是手段，使用才是目的，只不过手段和目的合二为一，其中雇主对雇员的使用即表现为雇主与雇员间的指挥命令关系。劳务派遣中，虽然派遣职员是与派遣单位签订劳动合同，用工单位对派遣职员的使用仍然是目的，只是其手段已与传统雇用劳动关系不同，变成了与派遣单位订立劳动派遣协议。在实践中，派遣单位将派遣职员派至用工单位后，劳动过程是在用工单位的管理安排下进行，派遣职员要根据用工单位的指挥监督从事生产工作，并要遵守用工单位的工作规则、规章制度。因此，现代用工形式多样化的实质只不过是用人手段的多样化，而用人目的并没有变，即在用工形式不断变化的表象下，作为“使用”的目的仍然保持稳定，这就是各种用工形式的相同点之所在，而使用目的的直接表现即用工单位对雇员工作的实际指挥控制。

“实际指挥控制”是各种用工形式中的稳定因素和共同的核心内容。侵权法理论认为，雇主之所以就其雇员的行为负责，是因为二者之间存在选任与监督的关系，雇主责任的适用不应限于以传统的雇佣关系为前提，而应对雇佣关系作扩大解释，即“不限于有契约关系之存在，亦不限于受有报酬者”。

，凡事实上使用他人为其服劳动者，皆为雇主”。[7]而受雇人“系指客观的被他人(雇用人)使用，从事一定劳务，而受其监督，服从其指示之人。”“使用”的直接表现即用人单位对职员的实际指挥控制与监督。这种解释是从雇主责任规则的目的出发，“乃适用侵权行为法规定所采取的解释方法”，[8]已经脱离了合同法和劳动法对雇佣关系的理解。实际上，这种解释是在雇佣关系“雇用”和“使用”两个要素中选择了“使用”作为标准，即以作为目的的相对稳定的“使用”吸收了作为手段而以多样化形态存在的“雇用”，从而使雇主责任规则摆脱了手段的限制，扩大了适用范围。梁慧星教授主持的《中国民法典草案建议稿》即采纳该观点，直接规定了“使用人责任”。其立法说明中指出：“此在大陆法系本来称为雇主责任，须以雇用合同关系的存在为前提，后来扩大适用范围，只需构成使用与被使用关系，无论是否有雇用合同，因此改称使用人责任。”[9]在普通法和斯堪第纳维亚法以及欧洲大陆法中，对于雇主责任的适用范围，均认为：决定因素不在于是否在技术上存在一份雇用合同，而在于是否存在具有控制、指示性的依附以及工作的包含性质为特征的依赖关系。[10]用存在“使用关系”即实际指挥控制与监督关系的标准，结合用工单位在劳务派遣法律关系中的地位去分析派遣职员侵权行为的责任归属问题，就会得出用工单位应承担无过错责任的结论。首先，派遣单位将派遣职员派至用工单位后，就不再对派遣职员的具体活动进行指挥和监督，派遣职员在受用工单位的指挥监督下从事劳动，派遣职员与用工单位之间的关系的实质正是“实际指挥控制与监督关系”。其次，派遣职员的职务活动是为了用工单位

的利益，并在其指令下从事工作。因此，用工单位应当作为雇主承担派遣职员职务活动中致人损害的无过错责任。并且由用工单位承担雇主责任能够起到督促处于控制地位的一方采取措施防止损害发生的效果。3#8226.选任责任是雇主责任的题中之意 在现有雇主责任规则下，实际指挥控制与监督关系说将雇主责任指向了用工单位，似乎可以得出结论：派遣单位对由派遣职员的职务活动引起的侵权行为不负任何责任。出现这种结论的原因在于，我们现有的学说考虑的是在传统雇佣关系中“雇用”、“使用”合一的情况下，以“使用”吸收“雇用”或曰以“使用”代替“雇用”。而雇主责任的承担源于雇主与雇员之间的选任与监督关系，即雇主对雇员的侵权行为应承担选任和监督两方面的责任。选任雇员与监督其执行职务“二者……疏漏其一，即不足防范危险”。[12]虽然选任和监督责任为主张雇主责任应采过错责任的观点所强调，即强调雇主责任的承担源于雇主对雇员的选任与监督上有过失，因此在过错责任原则下，这是雇主责任的决定性因素。而在无过错责任原则下，它们已被忽略，但不可否认的是，选任和监督方面的责任仍是雇主责任的组成部分。以“使用关系”作为判断标准，表面上使雇主承担监督方面的责任，实际情况是其也承担了选任方面的责任，以一个标准就能将这两种责任涵盖在内，因为此时雇主既是雇佣关系的主体又是使用关系的主体，既是雇员的选任者又是其监督者。所以，在传统雇主责任中仍然是“雇用人对其选任受雇人的侵权行为……负损害赔偿责任”。[13]但在劳务派遣中“雇用”、“使用”二者已经分离，“雇用”已经独立出来，用工单位不负责“雇用”劳动者，劳动者是派遣单位被

雇用后根据劳务派遣协议派遣到用工单位从事劳动，派遣单位就如同用工单位的人事部门，是派遣职员选任者。在此种情况下“雇用”再也无法被“使用”所吸收或代替，上文我们得出的用工单位承担无过错责任的结论，更进一步讲用工单位实际上承担的只是监督方面的责任。但雇主责任的原理告诉我们，选任责任是其重要的一方面，我们不得不考虑这样的情况：若由于派遣单位的选任不合格，导致派遣职员在职务活动中的侵权行为，按照现有规则仅要求没有任何过错的用工单位承担责任显然不具合理性。因此在劳务派遣中我们应当考虑“雇用”因素，由派遣单位承担起选任方面的过错责任。

2#8226.从法经济学角度分析，派遣单位不应当承担无过错责任。首先，法经济学将雇主对雇员职务活动中的侵权行为承担的雇主责任看成是雇主的成本，这种成本是由于使用雇员而扩大了雇主的活动范围，雇主因此受益的同时产生的，这符合公平原则的要求。而派遣单位的业务只是人事代理，派遣职员在用工单位指示下所从事的工作与派遣单位的业务没有任何关联，派遣单位只是因派遣职员而获利，并非直接因派遣职员的劳动而获利。派遣职员执行职务并非是为派遣单位的利益行事。所以，将派遣职员职务行为致他人损害的无过错责任这一成本归于派遣单位不仅不符合雇主责任的法理基础和构成要件，而且无疑会加重其负担，使其成本和收益失去平衡。其次，由于雇主在指挥、管理雇员的工作，因而雇主在阻止雇员的侵权行为上占据有利地位。因此，雇主承担无过错责任也源于其能够采取有效的手段防止雇员侵权行为的发生。派遣单位由于已经将派遣职员派至用工单位从事劳动，派遣职员不再处于派遣单位的指挥监督下，

其从事的具体职务活动不是出于派遣单位的指派，因而派遣单位失去了对派遣职员的实际控制力，所以其无法有效地防止派遣职员侵权行为的发生。相反，处于实际指挥控制地位的用工单位采取措施的可能性和现实性则更强。再次，英美法国家现代侵权法理论认为，雇主承担责任是由于雇主可以更好地消化和分散此种责任，即通过价格和责任保险等方式将风险转嫁给社会和公众。劳务派遣与传统用工形式相比的优势在于其降低了用工成本，如果使派遣单位承担派遣职员执行职务对他人造成损害的无过错侵权责任，加重其经营成本，必然会使其提高订立劳务派遣协议的价款以转嫁风险，从而使劳务派遣用工成本的优势无法得以发挥。另外，如此规定，风险只能再通过用工单位间接地分散给社会和公众。但如果将无过错责任归于用工单位，风险则可被直接分散给社会和公众。因此由派遣单位承担无过错责任增加了分散损失的社会成本，不符合效率原则。通过以上分析，基于劳务派遣中派遣单位和用工单位均是派遣职员的共同雇主的特性，笔者建议在侵权责任法中规定雇主责任时，对于劳务派遣中的雇主责任应确立如下特殊规则：第一，派遣雇员在从事雇佣活动中致人损害的，派遣单位、用工单位应当承担连带赔偿责任；第二，在派遣单位与用工单位之间，用工单位承担无过错责任，派遣单位承担过错推定责任，即派遣单位在派遣职员选任上有过错，并且该过错与派遣职员侵权行为有直接关系的，派遣单位应承担与其过错相应的赔偿责任。派遣单位如果举证证明其在选任方面已尽必要注意的，不承担赔偿责任。【注释】作者简介：张玲南开大学法学院教授

[1]于敏：《日本侵权行为法》（第二版），法律出版社2006年

版，第220页。 [2]王泽鉴：《雇用人无过失侵权责任原则的建立》，载王泽鉴：《民事学说与判例研究》第一册，(台)三民书局1981年版，第130页。 [3] [德]克雷斯蒂安·冯·巴尔著，张新宝译：《欧洲侵权行为法中的替代责任》，载梁慧星主编：《民商法论丛》第15卷，法律出版社2000年版，第529页。 [4]张新宝：《中国侵权行为法》，中国社会科学出版社1998年版，第159页；房绍坤：《论雇佣人的民事责任》，载《法学研究》1992年第4期；邵建东：《论雇主责任》，载《南京大学法律评论》1997年春季号。 [5] [德]克雷斯蒂安·冯·巴尔著，张新宝译：《欧洲侵权行为法中的替代责任》，载梁慧星主编：《民商法论丛》第15卷，法律出版社2000年版，第515-520页；房绍坤：《论雇佣人的民事责任》，载《法学研究》1992年第4期。 [6]荷兰侵权法第170条规定：“依据主人与仆从的法律关系，主人对其有过错的加害之举具有控制力，则主人对仆从过错导致他人的损害承担责任。”张新宝译：《荷兰侵权法》，载张新宝主编：《侵权法评论》2004年第1辑，人民法院出版社2004年版，第197页。 [7]王泽鉴：《特殊侵权行为??雇用人侵权责任》，载《民事审判指导与参考》2005年第1集，第78页。 [8]曾隆兴：《详解损害赔偿法》，中国政法大学出版社2004年版，第100页。 [9]梁慧星主持：《中国民法典草案建议稿附理由：侵权行为编、继承编》，法律出版社2004年版，第76页。 [10] [德]克雷斯蒂安·冯·巴尔著，张新宝译：欧洲侵权行为法中的替代责任，载梁慧星主编：《民商法论丛》第15卷，法律出版社2000年版，第522页。 [11]董宝华、薛孝东：《论劳务派遣》，载丁薛详主编：《人才派遣理论规范与实务》，法律出版

社2006年版，第66页。[12]耿云卿：《侵权行为之研究》，台湾商务印书馆1985年版，第80页。[13]王泽鉴：《雇用人无过失侵权责任的建立》，载王泽鉴：《民法学说与判例研究》第一册，(台)三民书局1981年版，第14页。[14]张丽霞：《环渤海地区劳务派遣法律问题研究》，首届环渤海地区法制论坛论文。[15]美国雇主责任中有一种过失雇佣责任，即主人事实上或者被推定认为了解其雇员的不称职，并且损害就是由于这种不称职所造成的，雇主应对此负责。[美]文森特·R·约翰逊著，赵秀文等译：《美国侵权法》，中国人民大学出版社2004年版，第193页。100Test 下载频道开通，各类考试题目直接下载。详细请访问 www.100test.com