

论劳务派遣中的雇主责任（上）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_485264.htm

劳务派遣是指劳务派遣机构受特定企业委托招聘员工，并与之签订劳动合同，将员工派遣到企业工作，其劳动过程由企业管理，其工资、福利、社会保险费等由企业提供给派遣机构，再由派遣机构支付给员工，并为员工办理社会保险登记和缴费等项事务的一种用工形式。 [1]劳务派遣在我国虽然只有近二十年的历史，但发展迅速，劳务派遣机构不断增多，派遣职员数量快速增长。《劳动合同法》已经肯定了该种用工方式，并对派遣单位、派遣职员和用工单位三方主体之间的法律关系作了规定。 [2]但该法是从劳动法角度进行规范，而对于派遣职员职务活动中致人损害的侵权责任没有涉及。鉴于劳务派遣已成为我国传统劳动用工形式以外的一种重要形式，因此我国侵权责任法，应对派遣职员的雇主责任问题给予明确规定。

一、我国现有规则在劳务派遣适用中的困境 (一)我国现行法律及民法典草案中没有针对劳务派遣情形下雇主责任的规范

1#8226.对民法典草案中相关规定的考察及评析 2002年全国人大法工委提出的民法典草案仍然沿用《民法通则》的做法，没有明确规定雇主责任。但在第一编总则第三章法人第五十四条中规定：“法人机关的意思表示为法人的意思表示，法人对其机关的行为承担责任。法律另有规定的除外。”此外，在第八编侵权责任法第十章有关侵权责任主体的特殊规定第六十二条中规定：“法人的工作人员因执行职务侵害他人人身、财产的，法人应当承担侵权责任。(第1款)法人赔偿后

，可以向对造成损害有过错的工作人员追偿。(第2款)”上述规定与《民法通则》相比，有以下不同：第一，将《民法通则》第四十三条的规定一分为二，分别规定了法人自己的责任和法人对其工作人员的替代责任。前者放在主体规范中，后者放在侵权责任法规范中。第二，去掉了《民法通则》第四十三条在“法人”前所加的限定语“企业”，从而扩大了规范适用的范围。第三，增加了法人对工作人员的追偿权。第四，大概是由于《国家赔偿法》的存在，并且该法是直接依据宪法制定的法律，就国家赔偿的相关问题作了详细的规定，草案中没有再规定国家机关的赔偿责任。当然，国家机关作为法人可以适用草案对法人和工作人员责任的规定。笔者认为：草案对法人工作人员责任的规定实际上就是对存在劳动关系的雇主责任的规定。因此，草案仍有适用的漏洞，与法人有雇用合同关系的雇员以及与非法人组织和个人有雇用合同关系的雇员的雇主责任，尚无条款涉及。与法工委草案不同，学者的建议稿中对雇主责任均有明确规定，只是设计内容不尽相同。《绿色民法典草案》第1592条第1款规定了雇主责任，“受雇人在履行本分编第二题第二十三章规定的雇佣合同中致人损害的责任，由雇用人承担，但雇用人已尽最大注意仍不能避免损害的，不在此限。”该规定将雇主责任的适用范围仅限定在雇佣合同关系上，排除了劳动合同中的雇主责任的适用，并将雇主责任的归责原则设定为过错推定原则。[10]梁慧星教授主持的《中国民法典草案建议稿》在“对他人侵权之责任”部分，规定法人及其他社会组织的责任和国家赔偿责任的同时，在1595条中规定了“替代责任”，该条第1款规定：“使用人对被使用人在执行职务活动中

给他人造成的损害承担民事责任。” [11]该条的特色在于使用了“使用人”和“被使用人”的术语，其含义比雇主和雇员所涵盖的面广，从而使该规则的适用范围扩大。王利明教授主持的《中国民法典学者建议稿》第1890条第1款规定：“劳动者因执行职务造成他人损害的，依法应当承担责任的，与之形成劳动关系的用人者应当承担民事责任。” [12]该规定将适用前提设定为有劳动关系的雇主。通过上面的考察分析，可以得出结论：我国现行法及民法典草案中实质上属于雇主责任的规定在适用范围上明显不同，有的局限于适用存在劳动关系的雇员，有的适用于一般雇用合同中的雇员，有的同时适用于有劳动关系的雇佣合同关系的雇员。但它们有一个共同问题，即对于劳务派遣场合下的雇主责任均没有明确规范。关于雇主责任的适用范围，笔者赞同我国学者的主张。在我国目前社会经济发展情况下，市场经济要求不应再区分公和私，强调在国有企业工作的是劳动者，在私人、外资企业工作的是雇员。实际上他们的本质是一样的，都是在执行职务过程中致他人损害，因此，应规定统一的规则。使雇主责任穷尽现实生活中各种类型的雇主、雇员，既包括一切私法上的雇用关系，也包括国家与公务员及其他职工之间的关系，以确保法律规范的普遍适用。将雇主概念的含义扩展至所有雇用他人為自己处理事务的主体，雇主包括国家机关、企业法人、非企业法人、其他经济组织、个体工商户、农村承包经营户、普通自然人等等。

(二)现有规则在劳务派遣适用中的难题 劳务派遣关系不同于传统的雇用劳动关系，后者只存在双方主体：雇主(用人单位)和雇员(劳动者)；而前者则存在三方主体：派遣单位、派遣职员和用工单位。正是

由于劳务派遣关系中存在三方主体，才使得问题复杂化。在劳务派遣关系中，劳动合同虽然存在于派遣职员与派遣单位之间，但“劳动给付”的事实则发生在用工单位与派遣职员之间，即劳务派遣是“雇用与使用分离”的劳动形态。由于雇用劳动关系只存在于派遣职员与派遣单位之间，“因此理论上派遣公司就像公司的人事部门一样，必须在员工正式工作前，把相关的权利义务与规则，向员工表明清楚，并为员工加入劳动保健”。[13]正是从这个角度上看，劳务派遣的出现使企业的人事管理成本大大降低。但用工单位并非不负任何义务，我国《劳动合同法》第六十二条规定用工单位要承担与劳动过程直接相关的义务。因此，派遣职员是在与自己没有劳动合同关系的用工单位工作。这与传统的雇用劳动关系雇用、使用合一的形态显然不同，因此也成为劳务派遣最为突出的法律特征。正是因为这个特殊性的存在，使得原本以传统雇佣关系为基础建立起来的雇主责任规则难以适用于劳务派遣情形。我国学者大都强调雇用关系是雇主责任适用的基础。而雇佣关系的存在与否应考虑以下因素：双方有无雇佣合同(口头的或书面的)；受雇人有无报酬；受雇人有无提供劳务；受雇人是否受雇用人的监督。其中最重要的是后两项内容，它决定着事实上雇佣关系的存在与否。[14]按照以上四个标准来衡量，劳务派遣关系中雇佣关系的状态是：(1)与派遣职员签订雇佣合同的是派遣单位；(2)向派遣职员支付报酬的是派遣单位；(3)派遣职员为用工单位提供劳务；(4)派遣职员受用工单位的监督。由此，我们很难得出雇佣关系存在于派遣职员与派遣单位抑或派遣职员与用工单位之间的确切结论。如果以雇佣劳动合同关系的标准判断，雇佣

关系存在于派遣单位与派遣职员之间。按照传统观点，与雇员订立雇佣劳动合同者即为雇主。在劳务派遣中，与派遣职员签订合同的正是派遣单位，派遣单位无疑就是雇主，从而应当承担派遣职员在职务活动中致人损害的侵权责任。但是，雇主承担的应是雇员在“从事雇佣活动中”所为侵权行为的责任，“侵权行为是否发生在职务范围内”是雇主责任适用的要件之一。[15]雇主仅对雇员在执行职务时造成的损害承担赔偿责任。“雇员的根本特征在于其须直接受雇主的监督，按照雇主的指示为雇主服务。因此，凡不受他人的直接监督和指挥，虽为之服务的人，不为雇员。……定作人与承揽人之间虽然承揽人系由定作人选任并为定作人提供服务但因其独立完成承揽的工作任务，因而，不属于雇员。”[16]雇员是否执行职务是雇主承担替代责任的决定性因素。而在劳务派遣的场合，派遣职员是在用工单位的实际指挥监督下从事劳动，并非出于派遣单位的指派而行事，派遣单位对于派遣职员主要是工资和社会福利等方面的非生产性义务。因此不能将雇主责任归于派遣单位。同样，将雇主责任归于用工单位在现行规则下也很困难，因为其缺少雇主责任的适用前提，即用工单位与派遣职员之间不存在雇佣劳动合同关系。由此可见，劳务派遣“雇用”与“使用”分离的特点，使得雇主责任中原本有机结合的两个要件之间发生了断裂，从而导致了雇主责任在劳务派遣适用中的两难困境。即使我们按照后两个标准，认定用工单位与派遣职员之间存在事实上的雇佣关系，如此一来，用工单位承担雇主责任的前提问题得到解决，用工单位应成为雇主责任的承担者。这样，问题看似解决，但事实却并非如此：采用存在事实上的雇佣关系

的标准旨在解决那些没有雇佣合同的情况下雇主责任的适用问题，但在劳务派遣的情况下，即使确立了派遣职员与用工单位之间的事实上的雇佣关系，也不能排除其与派遣单位之间的雇佣劳动合同关系，在劳务派遣中雇用与使用发生了分离，派遣单位和用工单位都只是承担雇主的部分义务。只有把派遣单位的雇用与用工单位的使用合在一起，作为一个整体，才与传统雇佣关系相当。因此，确认用工单位作为事实上雇佣关系上的雇主，并仅由其承担派遣职员的雇主责任，不符合派遣劳动关系中派遣单位和用工单位同是雇主的实际情况。传统雇主责任中只存在雇主和雇员两方，但劳务派遣中存在三方主体。现有的雇主责任规则显然无法调整这种复杂的关系。将雇主责任归于派遣单位或者用工单位中的任何一方，免除另一方的责任，都会出现不公平。即使是从原本集“雇用”与“使用”于一身的雇主分化为派遣单位和用工单位的角度，将派遣单位和用工单位作为共同雇主，从而适用现有的雇主责任规则，也不能彻底解决问题，因为现行规则无法深入到共同雇主的内部，解决派遣单位和用工单位二者间的责任分配问题。为了解决现有雇主责任规则在劳务派遣适用中的难题，我们不但要对传统的雇佣关系进行重新审视，以明确雇主责任的适用条件；同时也要对雇主责任归属的合理性进行再度考量，以明确劳务派遣关系中各方主体的责任。

二、国外相关学说和司法实践的考察及分析

(一)美国的学说及司法实践

与派遣职员的身份相近似，在美国有借用员工。所谓借用员工是指原雇用人(一般雇主)基于契约或其他关系，让与他人使用(特定雇主)的员工。[17]借用员工同时在两个雇主的控制下工作，与两个雇主之间似乎都存在着雇佣

关系。对于这种双重雇佣关系中雇主责任的认定，美国法院之间存在着极大的分歧，不同的法院采纳了不同的学说：第一，忠诚义务标准。由借用员工负有忠诚义务的雇主承担责任。在Charles v#8226.Toombs一案中，阿拉斯加最高法院的马修大法官在其出具的法律意见书中分析了传统“借用人员规则”的不足，认为控制权标准和利益标准十分抽象，在实践中难以把握，很难判断出由哪一个雇主承担责任更为合适。因为一个职员为两个公司工作时，两个雇主都可能对该职员的行为有控制力，而且其行为总是同时增进了两个雇主的利益。于是大法官采取了折中办法，引入了“连带责任”或“双重责任”，主张损害要在借入方和出借方之间合理分配。

[19] 美国法院对于借用员工的雇主责任并未形成统一规则。在Kastner v#8226.Chicago Rye.一案所确立的普通法规则：一个人不可能同时有两个雇主，他必然会效忠一个而背叛另一个。比如说，当特定雇主所下达的指令有可能使一般雇主的起重机受到损害时，则操作人员必然会在两个雇主的利益之间做出取舍。可见，关于借用员工雇主责任的确定在美国仍然是存有争议的问题。

(二) 英国的学说及司法实践 英国确立替代责任中的雇员，在法律实践中有两种标准：控制标准和综合标准。按照前者，雇员的工作方式要听命于控制他的雇主。综合标准是丹宁勋爵在1952年Stevenson, Jordan#8226.vEvans Ltd Harbour Board vGriffiths (Liverpool) LtdGriffiths公司。海港委员会继续支付该司机的工资，而且也有权开除。在操作的过程中，由于司机的过失致第三人受伤。该案判决结果是：海港委员会仍然是雇主，因为它保留了指挥工作的权力。在Gibb v#8226.一案中，海港局(第二被告)

是原告的一般雇主，它将原告租给了装卸公司(第一被告)。因为没有安全的工作系统，致原告受伤。该案判决结果为特殊雇主承担责任，因为它有权指导原告的工作以及工作方式。在本案中，法院强调：一般雇主继续支付工资的事实，不是决定性和结论性的。 [20]

(三)瑞典的学说及司法实践 瑞典法院适用“整合理论”。瑞典最高法院在1992年的一份判决中对该理论作了很好的说明。该案件中，一家采掘公司从负责对其采掘设施进行修理的Svetsmekano公司借用一位有经验的焊接工两周。焊接工一方面是在采掘公司的指示下进行工作，但是他自己对所完成的工作之具体方式负责。因其过失引起了一场大火。最高法院认为，关键的问题是该焊接工是否被整合到采掘公司之中。如果是这样的话，从外部来看，他显然是以后者的雇员相同的身份进行工作。但是在本案中，由于合同的期限较短，而且焊接工对自己从事的工作享有高度的自主性，因此他没有被整合到采掘公司之中。有控制能力的是Svetsmekano公司，而不是采掘公司。 [21]

故应由Svetsmekano公司承担雇主责任。

(四)法国的学说及司法实践 《法国民法典》第1384条第4款确认了雇主的严格客观责任。对于该客观责任的合理性，民法学家大都认为是源于委托工作的危险，应当由因该工作的完成而受益的人承担，即危险责任理论。如果一个人从他人所从事的活动中获得了利益，即应对他人活动所带来的危险负责，即便他没有应受责难的过错。 [22]

依据第1384条第4款，雇主责任适用的要件之一是雇主与雇员之间存在雇佣关系。对于何为“雇佣关系”，法国最高法院认为：如果雇主享有对其雇员发号施令或指导的权力，并且此种命令或指导是关于这些雇员如何完成其职

务活动的方法的命令或指导的话，则雇主与雇员之间即存在雇佣关系或隶属关系。法国学者则大都认为：只要一个人对另一个人享有管理、监督和支配的权力，则他们之间就存在雇佣关系。雇佣关系实际上就是一种相互之间的权威和服从的关系。雇主实际上就是那些为了自己的个人利益和考虑而要求其他人为其提供服务的人，就是那些享有要求他人按照自己的命令和指导从事其职务活动的人。雇主与雇员之间的关系并不必然要求雇主对其雇员支付薪金，也无需他们之间必然要有契约关系。基于上述观点，在雇主将其工人暂时性转移给另一雇主，该工人在从事受让雇主的活动时发生事故，此时应由最初的雇主还是由受让雇主承担责任，学者的答案是：在此情形下，法官应当探询在损害发生时这两个人中是谁在对这些工作享受发号施令的权力，是谁在对他们施加有效的权威。 [23] 综上，在不同国家的学说及司法实践中，“尽管控制的判断标准只是多个标准之一，但是在雇员被借用的情形，即对他们进行控制的一方不支付其报酬的情形??此时必须决定的是借用的一方是否在法律意义上被认为是临时雇主??控制的判断标准是最重要的”。 [24] 雇员与独立承包人的区别正在于后者不受雇主的控制，因而不适用雇主责任。在实践中，法院趋向于将临时雇主看成是唯一的雇主，或者至少是一个共同的雇主。因此，从上述的学说和司法实践来看，大多数国家采用了指挥监督控制关系作为判断雇主的标准，来确定雇主责任。 【注释】 作者简介：南开大学法学院教授 [1] 王全兴、侯玲玲：《劳动关系双层运行的法律思考??以我国的劳动派遣实践为例》，载《中国劳动》2004年第4期。 [2] 《劳动合同法》第五十七条至第六十七条 [3] 张新

宝：《侵权责任法原理》，中国人民大学出版社2005年版，第293页。[4]王利明主编：《民法?侵权行为法》，中国人民大学出版社1995年版，第491页。[5]王利明、杨立新：《侵权行为法》，法律出版社1996年版，第259页。[6]张新宝：《中国侵权行为法》，中国社会科学出版社1998年版，第160页。[7]张新宝：《侵权责任法原理》，中国人民大学出版社2005年版，第423页。[8]王利明、杨立新：《侵权行为法》，法律出版社1996年版，第254页。[9]唐德华主编：《人身损害赔偿司法解释及相关法律疑难释解》，人民法院出版社2004年版，第258页。[10]该草案第720条第2款规定：“雇佣合同的雇佣人为自然人。法人与劳动者之间的关系由劳动法调整。”徐国栋主编：《绿色民法典草案》，社会科学文献出版社2005年版，第598、718页。[11]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。[12]王利明主持：《中国民法典学者建议稿及立法理由：侵权行为编》，法律出版社2005年版，第127页。[13]李元墩、蔡东益：《劳务派遣对组织变革影响之研究??以某中小企业为例》，第四届两岸产业发展与经营管理学术研讨会论文。[14]王利明、杨立新：《侵权行为法》，法律出版社1996年版，第261页。[15][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192页。[16]王利明主编：《民法?侵权行为法》，中国人民大学出版社1995年版，第493页。[17]王泽鉴：《雇用人无过失侵权责任之建立》，载《民法学说与判例》第1册，中国政法大学出版社1998年版，第18?19页。[18]王永亮：《谁应当为“借出雇员”的行为负责》，载《人民法院

报》2006年3月31日第B4版。 [19]徐爱国：《英美侵权行为法学》，北京大学出版社2004年版，第254页。 [20]徐爱国：《英美侵权行为法学》，北京大学出版社2004年版，第259页。 [21][德]克雷斯蒂安·冯·巴尔著，张新宝译：《欧洲比较侵权行为法》上卷，法律出版社2004年版第423页。 [22][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516-517页。张民安：《现代法国侵权责任制度研究》，法律出版社2003年版，第251页。 [23]张民安：《现代法国侵权责任制度研究》，法律出版社2003年版，第252-254页。 [24][德]克雷斯蒂安·冯·巴尔著，张新宝译：《欧洲比较侵权行为法》上卷，法律出版社2004年版，第423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