

中国话语体系下劳务派遣立法的反思与修正

章惠琴

摘要:关于劳务派遣的讨论在经过激烈的立法之争到修法之争后归于沉寂,但是修法不仅没有实现劳动者回流标准劳动关系的立法目标,还产生了新的社会问题。劳务派遣主体的“三方两地”特点使其具备了特有的时间分离和空间弥合功能,我国利用劳务派遣极大地缓解了体制转轨过程中因制度摩擦导致的各种社会矛盾。在劳动合同法修法时,我国参照西方立法中的“临时性、替代性”确定了“临时性、辅助性、替代性”的严格适用标准。然而,我国劳务派遣兴起的社会背景、应对的社会问题与西方社会并不相同。劳务派遣是标准劳动关系与民事雇佣关系双向挤压下的产物,基于价值观的差异,中西方社会中的劳务派遣实践有所不同,与之相关的立法规范也应当有所不同。因此,我们应树立文化自觉与自信,有选择地借鉴西方国家劳务派遣立法的经验,重塑符合国情的劳务派遣法律制度。

关键词:劳务派遣;时空功能;规范;价值;话语权

DOI: 10.19836/j.cnki.37-1100/c.2024.04.014

一、问题的提出

《中华人民共和国劳动合同法》(以下简称劳动合同法)实施后,一些企业批评该法的僵化模式,提出了弹性化用工要求;工会则认为该法中的劳务派遣规定使得劳动用工过于弹性。之后,在全国总工会的推动下,劳务派遣相关内容成为了劳动合同法首次修正的唯一议题。修正后的劳动合同法规定劳务派遣只能在“临时性、辅助性、替代性”(以下简称“三性”)岗位上实施,并对“临时性、辅助性、替代性”作出了界定^①,大大限缩了劳务派遣的适用范围。但劳动合同法修法不仅没有按照立法者的预设使劳动者回流标准劳动关系,甚至还产生了新的社会问题。一是劳务派遣规模萎缩,用工大量转向劳务外包,但劳务外包对劳动者权益的保障并没有劳务派遣周延;二是社保代理盛行,用人单位在异地用工时通过虚构的劳动关系给劳动者缴纳社会保险。

劳动合同法修法引发新问题的原因,在于立法者没有在中国话语体系下深入思考劳务派遣的本

衷心感谢董保华教授在本文撰写的每个阶段所给予的支持和帮助,感谢两位匿名审稿人以及学报编辑对本文提出的所有宝贵意见。文中的任何不准确之处均由作者本人负责。

基金项目:教育部人文社科研究青年基金项目“集体协商制与员工参与制的互动关系在工业4.0时代的演进与重构研究”(18YJC820091)。

作者简介:章惠琴,上海海洋大学海洋生物资源与管理学院副教授,法学博士(上海 201306; laborlawzhang@163.com)。

^① 修正前的劳动合同法(2007年)第六十六条规定:“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。”修正后的劳动合同法(2012年)第六十六条规定:“劳动合同用工是我国的企业基本用工形式。劳务派遣用工是补充形式,只能在临时性、辅助性或者替代性的工作岗位上实施。”

质及其成因。实际上,我国学术界曾针对是否参照“临时性、替代性”^①的西方标准(以下简称“二性”)确定我国劳务派遣适用范围出现过激烈争论。赞成者认为,“使用派遣工应当是为了满足企业临时之需求,如果派遣的工作岗位是企业的长期需求,就应当建立直接的劳动关系,不应当采取派遣方式。”^②“从西方劳务派遣制度的发展看其制度本质,劳务派遣从产生、迅速发展到现在,它一直是满足企业的临时性用工需要的用工形式;我国劳务派遣并没有按照其本质所决定的发展路径来发展,而是走上一条与劳务派遣本质背道而驰的发展道路。”^③反对者认为,我国劳务派遣的产生、发展既有其国际化的一面,也具有较强的本土化特点,但我国参照西方“二性”确立了“三性”的适用标准^④,并通过立法赋予了其某种道德含义及强制性质,等于放弃了改革开放以来我国利用劳务派遣形式创造的各种成功经验^⑤。这场争论从表面看来是劳务派遣的适用范围之争,实质上反映的却是我们究竟要在中国的话语体系还是西方的话语体系中讨论解决中国问题。遗憾的是,立法最终用“三性”规定了中国劳务派遣的适用范围,制度设计脱离了中国实际。我们应该更加全面地认识劳务派遣的本质及其成因,从中国话语体系下反思劳务派遣立法的不足,以推动劳务派遣立法的进一步完善。

二、作为人力资源工具的劳务派遣形成了非标准的劳动关系

从历史视野来看,劳务派遣兴起于19世纪20年代的美国,并于20世纪40年代在美国和欧洲各国得以普及。前期实践表明,劳务派遣可以应对社会经济发展与人口结构变迁下新的就业问题,故劳务派遣在20世纪80年代以后的欧洲获得了进一步发展。此后,因其可满足企业灵活用工的需求,降低企业的人事管理负担,劳务派遣成为诸多国家因应劳动力问题的政策工具。从实践和理论研究来看,劳务派遣是一种人力资源管理的工具,是典型的非标准劳动关系。

首先,劳务派遣是人力资源管理的工具。劳务派遣将雇佣与使用分离,劳动者与每一个单位形成一重劳动关系,双重劳动关系的叠加构成一个完整的劳动关系(见图1)。由此而言,劳务派遣关涉三方主体,且主体的空间归属并不一定相同,即劳务派遣呈现出“三方两地”的特征。正是劳务派遣包含双重劳动关系的特性使其较标准劳动关系而言更有灵活空间。

① 从法条来看,“临时性、替代性”的直接来源是《法国劳动法典》,该法第1251-6条规定,劳务派遣行为只能适用于临时性工作岗位,在长期性、持续性的工作岗位上禁止使用派遣的劳动力。劳务派遣适用的临时性工作岗位包括:(1)替代性岗位:雇员缺勤的、由全日制工临时转为非全日制工的阶段、劳动合同发生中止的(例如劳动者享受各种休假时)、等待订立了无固定期限劳动合同的雇员入职的阶段;(2)企业经营活动临时增加而产生的岗位;(3)具有季节性特点的工作,或者根据法令、集体合同的规定,习惯上不订立无固定期限劳动合同的工作。参见郑爱青:《法国劳动合同法概要》,北京:光明日报出版社,2010年,第70页。

② 李坤刚:《劳动者派遣:起因与规制》,载周长征编:《劳务派遣的发展与法律规制》,北京:中国劳动社会保障出版社,2007年,第72页。

③ 倪雄飞:《企业劳务派遣用工的制度困局:实质与路径》,《现代管理科学》2013年第3期。

④ 西方市场经济国家尤其是欧陆国家的劳务派遣适用范围多为“临时性、替代性”,劳动合同法立法在此基础上增加了“辅助性”标准,形成了“临时性、辅助性、替代性”的“三性”新标准。

⑤ 董保华:《论劳务派遣立法中的思维定势》,《苏州大学学报(哲学社会科学版)》2013年第3期。

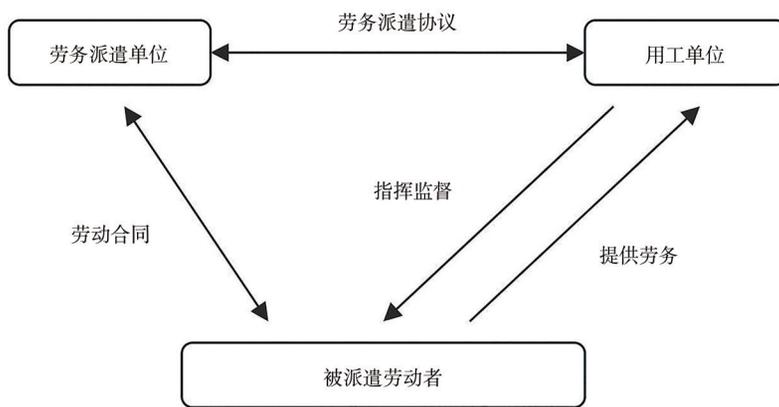


图1 劳务派遣涉及主体的关系

(资料来源:董保华:《一则普通的劳动争议案件是如何炼成名案的》,《法学》2011年第6期。)

劳务派遣“三方两地”的特性使其具备了特有的时空功能。一是时间分离功能:劳务派遣中的用工单位和劳务派遣单位的成立时间可以不同,两者之间的时间差使“老人老办法,新人新办法”成为可能;二是空间弥合功能:劳务派遣单位与用工单位可以分处两地,有助于分属两地的劳动者与企业实现高效结合。劳务派遣的时间分离与空间弥合功能使其可以灵活应对用工关系中的特殊情况,满足劳动者和企业的多种需要,在很大程度上使劳动关系摆脱了对时空的高度依赖。例如,我国利用劳务派遣的时间分离功能,将劳务派遣作为促进就业的重要途径:“通过发展劳务派遣、就业基地等组织形式,为下岗失业人员灵活就业提供服务和帮助”^①,帮助国企改革中下岗人员实现了再就业。又如,欧盟利用劳务派遣的空间弥合功能实现劳动者在其内部的有序流动:“以欧盟为代表的工业化国家之所以出现劳动派遣,并且立法不得不予以确认,其背景是国内劳动力供给不足,而高福利使得这些国家又不愿意承担大量移民所带来的本已沉重的福利负担,于是跨境劳动力派遣就成了一个可选择的解决途径。”^②

其次,劳务派遣是非标准劳动关系。非标准劳动关系是介于标准劳动关系和民事雇佣关系之间的中间形态,既不能完全归入标准劳动关系,也不能完全归到民事雇佣关系。民事雇佣关系与标准劳动关系都是因雇佣劳动而产生的社会关系,两者的区别在于,雇佣关系发端于流通领域,劳动关系实现在生产领域,两者根据不同的立法假设被纳入两种法律体制进行调整,产生了两类不同的法律关系^③。随着经济社会发展,这两类法律关系的调整规范都已经模式化、定型化,且不同国家的调整规范在基本原则、调整理念方面具有明显的趋同性。但是,对于非标准劳动关系,并没有统一的模式。各国可以根据自身的经济、社会和历史条件,建立适合本国国情的新规范。

就立法活动而言,法律规范创立的依据作为立法理由应当以社会生活的需要为基础,而立法活动的启动也应当从预防和解决社会问题的需要出发并尊重社会的现实条件^④。由于劳务派遣产生背景及其发挥作用的不同,各个国家和地区关于劳务派遣的法律规范自然也有所不同。如前所述,为满足国内劳动力需求的同时避免福利负担加重,欧盟不得不放松对劳务派遣的规制,劳务派遣成为实现劳

① 《中共中央 国务院关于进一步做好下岗失业人员再就业工作的通知》(中发〔2002〕12号)。

② 王全兴:《劳动派遣是“鸡刀”还是“牛刀”——我国劳动派遣的现实本质及其矫正》,《现代法学》2006年第6期。

③ 董保华:《雇佣、劳动立法的历史考量与现实分析》,《法学》2016年第5期。

④ 魏宏:《论法律规范创立的依据》,《国家行政学院学报》2001年第2期。

动者在欧盟内部有序流动的合法手段。在这一背景下,为防止用人单位通过劳务派遣将固定岗位临时化,逃避长期雇佣义务,对标准劳动关系造成冲击,西方国家对劳务派遣采用了“临时性、替代性”的二性规范,以限制劳务派遣的发展。而我国的劳务派遣最初主要指的是国际劳务合作和外资机构用工,在20世纪90年代以后,因其可以帮助农村剩余劳动力与国企下岗职工实现就业,劳务派遣成为协助制度顺利转轨的政策工具^①。同时,在计划经济向市场经济转型的过程中,传统国有企业需要降低人员成本以提升其在市场中的竞争力,但又无法直接降低现有职工的工资待遇,也无法轻易解聘老职工,通过第三方招聘市场定价的新员工成为有效的解决办法,我国的劳务派遣由此获得了快速发展。从这一演变历史来看,我国通过劳务派遣化解了标准劳动关系规范里的僵化内容,故从制度目的来看,我国的劳务派遣制度具有“保护性”“反刚性”^②的特征,即劳务派遣具有保护特定劳动者以及帮助用人单位实现劳动关系柔性化的功能。劳动合同法修法以西方国家的劳务派遣立法为参照,将其局限于“临时性、辅助性、替代性”的适用范围,并未考虑到我国的劳务派遣在特定历史环境中所形成的独特功能,这是此次修法的重大不足。

三、劳务派遣立法时间观缺位

劳务派遣的时间分离功能有助于解决制度转轨过程中的“老人”问题。遗憾的是,劳动合同法对劳务派遣适用的“临时性、辅助性、替代性”的规定限制了劳务派遣在实现“老人老办法、新人新办法”方面的重要作用。

(一)历史效应:劳务派遣有助于企业渐进式转轨的实现

在计划经济向市场经济转轨的过程中,我国创造性地利用劳务派遣帮助国有企业下岗职工实现再就业,且在新老职工中创造出隔离空间,使旧体制下的企业和劳动者得以实现渐进式转轨。

一是以劳务派遣机构帮助下岗职工实现再就业。20世纪90年代,国有企业的部分正式职工下岗,原有的职工身份被保留。在这一过程中,国家需要原有职工解除与国有企业的劳动关系,但为避免大量人员失业对社会稳定带来负面影响,国家又不能完全放弃为下岗人员安置就业的责任^③。在此背景下,国有企业在再就业服务中心基础上建立的劳务派遣机构,成为帮助下岗职工实现再就业的有效渠道,其主要任务就是为本企业的下岗职工寻找和联系就业单位。

二是缓和过于刚性的劳动关系。由于缺乏竞争,在我国的垄断行业以及一些相类似的事业单位中,劳动者的工资待遇与市场价格脱节,且具有易升难降的刚性特征;同时,在易进难出的刚性用工制度下,企业也无法解雇不需要的职工。换言之,企业很难降低劳动者的工资待遇,也无法根据市场需求灵活调配员工。为此,我国利用劳务派遣将新老职工分隔在两个空间,老职工的身份与工资待遇不变,新进员工的工资待遇则根据市场定价来确定,从而降低了企业用工成本,也实现了劳动者的灵活调配,提升了垄断企业的市场竞争力。就当下的情况而言,劳动合同法在劳动法的基础上继续提高劳动标准,无固定期限劳动合同制度与解雇保护制度的结合,使劳动关系弹性尽失,这导致了国有企业在劳动合同法实施后对劳务派遣这一弹性用工方式产生了更大的需求。

① 鄢伟波:《劳务派遣在中国的演进历史与动力机制》,《世界经济》2023年第11期。

② “保护性”主要指劳务派遣具有保护特定劳动者的功能,如保护外国企业常驻代表机构中的中国劳动者、国企改革中再就业的老职工、农村劳动力转移中的劳动者。“反刚性”主要指劳务派遣具有帮助用人单位实现劳动关系柔性化的功能,即劳务派遣有助于缓解国有企事业单位编制、工资总额有限与其谋求发展空间的矛盾。劳务派遣的这两项功能为我国的制度创新。

③ 董保华主编:《劳动力派遣》,北京:中国劳动社会保障出版社,2007年,第141页。

可见,历史上,我国正是利用劳务派遣实现了这样一种转化:国有企业通过劳务派遣使脱离体制的老职工进入市场就业,完成了国有企业改革,及时又避免了社会的激烈震荡;老职工工资待遇适当地保留,新员工由市场定价,垄断行业通过劳务派遣实现了保留老员工的目的,又可使劳动关系趋于柔性化。

(二)现实困境:时间观缺位下法律规范与企业实践的矛盾

我国利用劳务派遣的时间分离功能促进了国有企业改革的平稳进行。但是部分学者认为,地方政府误将劳务派遣作为促进就业的措施,混淆了其与公共就业服务的界限^①;而地方政府的错误定位使得公共就业服务体系没有得到应有的发展,公共就业服务体系无法有效解决下岗职工的就业问题,劳务派遣由此成为解决众多下岗职工就业问题的工具^②。这些对劳务派遣的批判实质上违背了方法论中具体问题具体分析的原则,忽视了劳务派遣主体在时间维度上的动态性。而劳动合同法的修正也出现了与之类似的问题,将所有劳动者摆在同一时间点,忽视了劳动关系的历史性,否定了利用劳务派遣实现“老人老办法,新人新办法”的成功经验,由此出现了企业实践与法律规范间的矛盾。

1. 劳动者面向。在我国经济转轨过程中,企业可以采用两种措施安置下岗职工:一是利用劳务派遣,降低“老人”的雇佣成本以增强其就业竞争力,在这种方式中,劳务派遣机构可以承担原有单位的照顾职能,保留老人原有的职工身份;二是支付老职工经济补偿金后直接将其推向市场。事实上,在国企改革初期,北京的安置方案市场化程度比上海更高,主张应适用刚实施的劳动法,老职工接受解除劳动关系的经济补偿金后进入劳动力市场,而上海则建立起再就业服务中心^③,大部分老职工在补偿金与通过再就业服务中心实现再就业之间选择了后者,因为再就业服务中心配套设置了职业介绍、职业培训、维权等帮扶措施,能更有效地促进老职工的再就业。

在劳动力集中释放的过程中,企业在现实条件约束下的最优方案是以劳务派遣安置员工,但因为劳动合同法没有为国企改革留出必要的制度空间,以劳务派遣安置员工有可能违背法律。以龙煤集团为例,龙煤集团的第一次安置^④是将员工劳动关系转移至其他国有企业;第二次安置^⑤则是沿用了20世纪90年代国企改革的分流模式,即由地方政府成立的具有国有企业性质的再就业服务公司接收分流人员,确保其国有企业员工身份不变,给予社会保障政策托底。根据劳动合同法,第二次安置方案中的下岗职工在新的用工岗位上的存续时间被限制在6个月内。如果严格遵守法律,意味着数量众多的下岗职工将面临不断更换工作的窘况。此外,《劳务派遣暂行规定》还规定用工单位使用的被派遣劳动者数量不得超过其用工总量的10%。这显然脱离了社会现实,也增加了企业改革的阻力。一旦企业无法实现对下岗职工的安置,其改革发展的目标必然难以达成,而大量失业人员无法顺利地再就业也会给社会秩序带来隐患。由此,员工安置的实践难免不断突破法律的限制,出现法律规范与社会实践各行其是的局面。

2. 用人单位面向。用人单位有时需要同时容纳“老人”与“新人”两部分员工,老员工跟新员工可能存在体制内外的差别。这种现象看起来不甚合理,但其背后的逻辑是在社会转轨时期如何理解社会公平,即在新的发展时期,也要充分考虑老职工在企业发展过程中作出过的贡献^⑥。国有企业也希

① 周长征:《国际劳工组织〈1997年私营就业机构公约〉对劳动派遣的规制模式及针对中国未来立法的启示》,载周长征编:《劳动派遣的发展与法律规制》,北京:中国劳动社会保障出版社,2007年,第172页。

② 倪雄飞:《企业劳务派遣用工的制度困局:实质与路径》,《现代管理科学》2013年第3期。

③ 再就业服务中心是我国劳务派遣机构的雏形,当时的再就业服务中心具有劳务派遣的功能。

④ 黑龙江省人民政府办公厅关于转发《龙煤集团第一批组织化分流人员安置政策意见的通知》(黑政办发〔2015〕79号)。

⑤ 黑龙江省人民政府办公厅关于转发《龙煤集团第二批分流人员安置政策意见的通知》(黑政办发〔2016〕98号)。

⑥ 董保华主编:《劳动力派遣》,第152页。

望以劳务派遣的方式进行渐进式用工改革,主要有两方面的原因:一方面,企业出于历史与体制等多种原因,不能直接将老职工全部推向市场,而是需要给予照顾;另一方面,为在市场竞争中获得优势,企业也希望以市场定价重新招用新员工。面对市场定价低、老员工工资待遇定价高的情况,企业如果追求效率,或许可以考虑解雇所有老职工,但其又受制于解雇保护制度而无法为之,此外,老职工的保留也体现着某种社会安定。所以,在作非市场化保留的时候,企业就要将劳动者做物理隔离,而这恰恰是利用劳务派遣实现的。借助劳务派遣实现“老人老办法,新人新办法”的目的在于保护老职工,但这并非企业在市场经济下的自然选择。

立法未考虑劳动者构成时间差的情况,但是其在实践中又切实存在,这使得本可以解决问题的劳务派遣因为立法限制难以再被使用,出现了解决问题的工具丢了但问题并没有解决的结果,这也是企业用工模式从劳务派遣大量转向外包用工的根本原因。2000多万劳务派遣工并没有按照学者的期待在劳务派遣受到严格限制后重回到正式员工的队伍,而是大部分转为了劳务外包工。对于国有企业的派遣员工来说,其劳动关系虽在派遣单位,但其用工单位至少是国有企业,可以部分享受国有企业利益,转为外包后的派遣员工却失去了这部分利益^①。

综上,中西方国家对劳务派遣时间分离功能的使用存在差异,其原因有二:一是对是否有必要对老人采用“照顾机制”的认识不同;二是经济体制是否存在改革情境。在西方国家看来,“老人”的问题都可以由市场去消化,此外,西方多是成熟的市场经济国家,很少面临改革的情境,故劳务派遣的应用并未遭遇时间难题,其“二性”规范也不需要为改革服务。但在我国的企业改革过程中,新老员工的时间差不可避免,劳务派遣正是改革环境下解决这一时间问题的有效工具,所以,不结合中国的实际情况,直接借鉴西方国家的劳务派遣规范来确定劳动合同法中的劳务派遣规范并不合适。换言之,引进西方劳务派遣“二性”规范的本质问题在于,我们未能在具体的社会情境下把握对劳务派遣这一工具的使用,其背后的思维是不承认历史的延续性,将劳务派遣限制在“临时性、辅助性、替代性”岗位的做法割断了历史,以致法律与实践有所脱节。

四、劳务派遣立法空间观错位

劳动关系主体的跨区域发展与法律政策的属地主义存在一定冲突,如果劳动合同法能吸收劳务派遣的空间弥合功能,则既可以满足企业延伸用工空间的需要,也可以使劳动力形成有序的规模化流动。遗憾的是,“临时性、辅助性、替代性”的规定完全削弱了劳务派遣的空间功能。

(一)历史效应:劳务派遣保护了处于特殊劳动关系中的劳动者权益

改革开放初期,我国充分利用劳务派遣的空间延展功能,弥补了外国企业常驻代表机构(以下简称“代表机构”)^②的主体瑕疵,保护了劳动者的劳动权益,促进了中西部地区农村富余劳动力向东部地区的有序转移。

一是保护异化的劳动关系中的劳动者。外国投资者先以代表机构的方式进入中国进行考察,进而正式投资。但代表机构只能通过外服公司等第三方公司招聘员工,形成一种异化的劳动关系^③。一个没有任何财产保证的劳动关系,对劳动者而言意味着巨大的风险,也会成为社会不稳定的隐患;

^① 董保华:《论劳务派遣立法中的思维定势》,《苏州大学学报(哲学社会科学版)》2013年第2期。

^② 《外国企业常驻代表机构登记管理条例》第二条:本条例所称外国企业常驻代表机构(以下简称代表机构),是指外国企业依照本条例规定,在中国境内设立的从事与该外国企业业务有关的非营利性活动的办事机构。代表机构不具有法人资格。

^③ 董保华主编:《劳动力派遣》,第136页。

一旦代表机构消失或代表机构的资产不足以满足劳动者的合法权利诉求,劳动者将面临跨国诉讼的困境,不仅高昂的诉讼成本令劳动者无法承受,复杂的国际私法规则也会使劳动者在维权道路上无所适从^①。后来,我国社会保险的地区统筹使得社保收缴与享受高度属地化,且劳动关系与社会保险捆绑,社会保险与入学、购房购车等公共政策挂钩。在当前的社会保险体制下,为方便劳动者缴纳社会保险,包括外国企业在内的大量异地用工企业仍然采取劳务派遣这一用工形式。基于这两点,劳务派遣机制在外国企业由代表机构转为注册公司后仍在发挥作用。由此而言,我国允许外国企业采取劳务派遣这一用工机制,不仅仅是“出于国家安全角度”^②的考虑。

二是保护转移的劳动关系中的劳动者。我国社会主义市场经济的确立尤其是出口导向战略的实施,使大批农村富余劳动力转向城市。在劳动力转移初期,地方政府扮演了组织者的角色,随后,地方政府逐步探索出了劳务派遣这一有序的劳动力转移方式。在这一过程中,农村富余劳动力的转移由盲目流动转向有组织输出,由一次性职业介绍服务转向全程跟踪服务,而劳务派遣也在协助完成劳动力转移的同时得到了进一步发展。在避免农村劳动力向城镇过度转移、避免农村转移劳动力权益受侵害等方面,劳务派遣无疑扮演了重要角色^③。同时,劳务输出服务组织的发展和壮大,也推动着劳务输出的运行机制由传统的以政府发动和组织兼自发外出为主,转向以市场化、企业化的组织和培训为主^④。

(二)现实批判:空间观错位下对西方国家立法的不当参考

不同于劳动关系中的时间问题,资本与劳动力的流动在中西方都会带来空间问题,但我国与西方面临的问题不尽相同。劳动合同法削足适履,将劳务派遣纳入西方的“二性”设计之中,使其丧失了空间功能。

1. 直接用工与间接用工。在劳动关系领域,我国与西方国家存在明显差异:西方国家大多允许外国企业常驻代表机构直接用工,我国基于保护劳动者的立场并不允许;西方国家已实现对基本社会保险制度进行全国统筹,而我国尚未完全实现^⑤。因为异地用工中存在社会保险无法缴纳又不能不缴的情形,企业不得不采用劳务派遣的方式实现在非注册地合法用工的目的。

具言之,在未实现社会保险全国统筹的情况下,当企业注册地与用工地不一致时,企业在注册地给劳动者缴纳社会保险可能导致劳动者利益受损,而异地用工中的劳动者自身也希望将社会保险关系置于工作地,以便于他们在工作地缴费及享受当地待遇。因此,企业如果需要在未设立分支机构地区招用当地人员,通常的做法是找一家用人单位挂靠与劳动者的劳动关系,最合法可行的方式则是劳务派遣。在这一用工方式中,外地企业作为用工单位实施异地劳动管理,劳务派遣公司可以作为用人单位为劳动者在当地缴纳社会保险。这对于企业的好处在于减轻异地管理负担,对于劳动者来说则实现了劳动合同签约地、履行地与社会保险参保地三统一^⑥。对用人单位而言,劳动者在企业注册地还是实际用工地参保并无二致,因此,在异地用工的情况下,企业也会选择在用工地为劳动者缴纳社会保险。但是,劳动合同法对劳务派遣的严格管制使得这一方式大大萎缩,企业不得不采用社保

① 董保华:《论劳务派遣立法中的思维定势》,《苏州大学学报(哲学社会科学版)》2013年第2期。

② 常凯、李坤刚:《必须严格规制劳动者派遣——论我国劳动派遣的作用及其法律规制》,《中国劳动》2006年第3期。

③ 夏波光、邱婕:《劳务派遣,期待走向规范》,《中国劳动》2005年第6期。

④ 郭晓鸣、盛毅:《农村劳务输出产业化刍议》,《中国农村经济》2003年第5期。

⑤ 我国从2022年1月开始实施企业职工基本养老保险全国统筹,但仅实现了在全国范围内对地区间养老保险基金当期余缺进行调剂,企业职工基本养老保险在缴费比例、计发基数、基金收支管理、信息系统、预算编制等方面仍未实现统一,而医疗保险等其他保险的全统筹尚未被列入议事日程。

⑥ 董保华:《“用工整治”七月风暴为哪般》, <https://opinion.caixin.com/2020-09-17/101606305.html>, 访问日期:2021年7月8日。

“代理”这种极不规范的方式为员工在其工作地缴费。长期以来,社保代理的方式虽然不符合社会保险法的规定,但由于其可解决劳动者的实际困难,且外地用人单位当地缴费的做法与人社部门的部门利益高度一致,因此,各地人社部门基本上采取了容忍的态度,这种态度也促使社保代理有了极大的发展^①,以至于今天不得不动用刑法对其进行规制。作为一种自生自发的现实逻辑的产物,现实以外部力量冲击着以建构形式出现的观念逻辑。

2. 输出地主义与输入地主义。我国劳动合同法关于劳务派遣“二性”的借鉴依据主要来自法国、德国等欧盟国家,但欧盟国家实际上有两套并行的劳务派遣规范,除适用于法德等成员国内部的规范外,还有一套适用于成员国之间的劳务派遣规范。遗憾的是,2012年修正劳动合同法时,立法者仅借鉴了前者,却忽视了对后者的考察。实际上,作为一个高度一体化的国家组织和经济体,法德同属的欧盟更宜作为我国劳务派遣立法的参考对象。法国国土面积略大于我国四川省,德国则略小于云南省,这些发达国家内部区域经济发展较平衡,不存在大规模的劳动力流动;即使劳动力从一地到另一地,由于社保制度统一,劳动力转移也相对便利。而欧盟不仅与我国在整体和次级行政区层面具有一定的可比性,且其成员国的经济发展水平存在差距的特点也与我国相似,尤其是西欧与东南欧国家经济发展水平差异类似于我国东西部地区间的差异。经济发展的地区差异使得我国与欧盟都采用劳务派遣实现劳动力的有序流动。

在统筹区域协调发展的理念下,我国通常秉持输出地主义整合劳务输出地与输入地利益。相应地,有关劳务输出的法律规范总是从如何有利于输出地而非从有利于输入地出发。与我国不同,欧盟于1996年颁布了《服务提供框架下劳工派遣的指令》,规范跨境劳务派遣,其规定雇主雇佣派遣劳动者时仅需在最低工资标准方面遵守输入国的规定;对于被派遣劳动者的社会保险,雇主也可以在最长五年内依据其原籍的规定进行缴纳,其标准远低于发达国家,这就造成了对本地劳动者的竞争,以致本地工人经常被外籍劳工夺走就业机会,发达国家指责其为不公平竞争与“社会倾销”^②。利益分歧导致输出国与输入国在劳务派遣规范上展开激烈博弈,2018年,欧盟最终在法德等更具话语权的发达国家主导下对《服务提供框架下劳工派遣的指令》进行了修改。新的《服务提供框架下劳工派遣的指令》乃典型的输入地主义,严格限制劳务派遣并将派遣时间由没有限制修改至最高18个月,要求践行“相同用工地点,同工享同酬”原则并夯实了打击欺诈的工具^③。可见,中西方就劳务派遣实现劳动力有序流动上的立场存在输出地主义与输入地主义的鸿沟,而我国的直接借鉴势必隐含对立场差异的忽视。

劳动合同法严格限制劳务派遣后,脱贫攻坚进程中贫困劳动力的转移就业主要依赖政府的直接发动与组织。不管是政府直接组织输出还是由市场主体组织输出,在我国语境下都具备充分的正当性,但是一旦被某些别有用心西方国家利用,这一帮助就业的措施就有可能被改造为攻击我国的武器。实践中,贫困劳动力的转移就业主要有两种模式:一是经政府职业介绍所输送后由用工单位与贫困劳动力建立劳动关系的直接用工模式,部分地区还会派出公职人员提供管理与服务;二是“政府搭台、市场运作”,即劳务派遣公司与贫困劳动力建立劳动关系后再将劳动力输出至用工单位的劳务派遣模式。无论是介绍的转移还是派遣的转移,都离不开政府的组织,政府也将其视为自身责任,只不

① 董保华:《“代缴社保”七月风暴为哪般》, <https://opinion.caixin.com/2020-09-15/101605455.html>, 访问日期:2021年7月6日。

② 《欧洲时报:欧盟国家就外派员工制改革达成协议》, <http://www.chinanews.com.cn/hr/2017/10-25/8360138.shtml>, 访问日期:2021年12月1日。

③ Directive (EU) 2018/957 of the European Parliament and of the Council of 28 June 2018 amending Directive 96/71/EC concerning the posting of workers in the framework of the provision of services.

过在介绍的转移中政府的参与更深。政府的组织往往需要借助一定的行政权力,这容易被别有用心的人政治化。所以,虽然直接用工模式完全符合劳动合同法,但这也是被某些别有用心西方国家所攻击之处,认为我国政府在劳动力流动中扩张了权力,并对政府帮助贫困劳动力转移就业的正当行为进行“污名化”攻击。但如果是派遣的转移,即便是政府投资设立的派遣公司也不容易引发类似的质疑。因企业本身不具有强制力,所以将劳动关系在派遣公司沉淀一段时间后,通过劳动者与用工单位的相互考察逐渐达成合意进而建立劳动关系,在合理性上不会引起争议。劳务派遣模式的问题在于,其虽然合理但在规模输出的情况下很难不突破劳动合同法的“三性”规定。劳动合同法将劳务派遣外延界定得过于狭窄,因而使劳动力的集体流动较难获得法律的支持,地方政府也势必对其采取谨慎态度,以至于我们很难从学术的角度对西方某些国家的攻击进行更精准有力的回击,从而陷入了有理却说不出的尴尬境地。

综上,中西方在劳务派遣空间功能使用上存在差异的原因更为复杂,不仅在是否适用“保护机制”上存在差异,而且在输出地主义与输入地主义上更是存在根本分歧。中西方国情不同,面临的空间问题也不相同,劳务派遣的空间功能使用自然存在差异,因此劳务派遣立法亦应有所不同。而我国在对西方劳务派遣规范缺乏深入考察的情况下就对其进行了片面的借鉴,以致立法脱离中国实践。当我们将劳务派遣“三性”规范重新置于我国本土的话语系统去检视,可以明显地看出劳动合同法的规定有进一步斟酌的空间。

五、劳务派遣立法背后的价值冲突

从制度目的出发,我国的劳务派遣应当具有“保护性”“反刚性”功能,这与西方国家的“二性”规范差异的背后是价值冲突。个人主义和集体主义常分别与资本主义和社会主义相联系而存在,并分别作为这两种不同社会制度的根本价值取向而发挥作用^①。资本主义国家通常以个人本位处理个体与集体的关系,个人成为分析一切社会问题的基本视角,集体主义较为缺乏。中国则以集体本位处理个体与集体的关系,推崇集体主义。在劳动力流动中,同样存在着个人主义与集体主义两种路向,前者强调有限的集体帮助,注重自由价值与个人奋斗;后者强调尽可能的集体帮助,注重公平价值与共同富裕。中国劳务派遣的“保护性”“反刚性”功能是集体主义思维的产物,西方“二性”背后则是个人主义的思维。

(一)西方个人主义语境下的自由价值

个人主义是西方文明的核心价值,其同样存在于劳动力流动方面。个人主义更注重个人自由(权)的价值,主张自由不能被限制,追求起点与程序公平,结果公平并不在其追求之列。从自由迁徙权作为消极自由权的属性来说,其目的只在于以消极的方式保障公民的这类自由,并不强调国家对此种权利的积极义务。因此,欧盟对于劳动力自由流动的保护,主要是通过消除成员国的歧视政策来实现的:一是禁止成员国对流动劳动者进入劳动力市场时在资质和语言方面设置门槛,确保一视同仁;二是禁止成员国基于国籍原因在薪酬、工作条件、社会福利方面对劳动者施以歧视性待遇。换言之,欧盟仅仅通过反歧视来保障有流动意愿的劳动力可以流动,但个体是否流动取决于个体的自由意志,能否流动则完全依赖市场调节,政府不能干预个体的流动决策,也不会对个体进行帮扶;对于个体流动带来的无序等负面影响,政府予以容忍;当劳动者因没有参与流动而失业时,政府则负责保障失业者的基本生活。这就是西方资本主义社会运转的基本逻辑。举例而言,欧盟东扩、南扩后,东南欧国家有大量廉价劳动力输出的需求,而西欧国家有劳动密集型产业和低端工作岗位需要人口输入,但在

^① 吴玲:《集体主义的历史内涵与现实基础》,《当代世界与社会主义》2005年第3期。

个人主义及自由主义理念下,欧盟却并未有组织地将低收入国家劳动力转移到高收入国,其原因就在于政府不对劳动力人口流动起推动作用,而是完全将其交给市场的调节配置作用。但是,对于市场主体以劳务派遣形式组织的劳动力流动,为了避免成员国之间的不公平竞争和社会倾销,欧盟通过“临时性”等限制使劳务派遣处于非主流地位。因此,欧盟内劳动力的流动主要依赖劳动者的自发行为且不能被限制,集体的劳动力流动反而是可以被限制的。其实,欧盟成员国的劳动者进入另一成员国就业,不仅面临各种主客观困难,还带有一定的盲目性与无序性,自由主义已经给欧盟带来了诸多社会问题与危机。但这尚不足以撬动欧盟劳动力流动方式的改革,使得西方社会今天不得不面对劳工移民带来的社会问题。

西方文化从本质上看是个人主义文化,具有个体性特征。因此,在西方社会,奋斗的最基本方式是个人奋斗,而不是群体奋斗、民族奋斗,归根到底这与西方的资本主义制度即生产资料私有制有关。因此,西方不仅在劳动力跨地区流动问题上采个人主义立场,还在企业“老职工”问题上适用丛林法则,对企业代表机构存在主体瑕疵问题,采取允许直接用工的应对措施。换言之,劳动关系主体存在的特殊问题更多依赖市场自身去解决,而非给予照顾或保护,这是西方与我国之间存在的根本性差异。

(二)中国集体主义语境下的公平价值

集体主义一直是我国的主导价值观,追求公平价值在中国社会发挥着基础性整合作用。劳务派遣正是在我国集体主义语境下,通过实施有组织的帮助就业,推进社会公平的工具之一。劳务派遣在国家化解社会问题时充当了有效的隔离层,减少了社会震荡。我国当前的劳务派遣立法没有考虑时空情境,即无论时间或空间条件如何变化都完全将其交由市场调节,但这并不适合我国的国情。

我国提倡依靠集体的组织力量帮助劳动力转移。集体主义传统下劳动力对于政府也有强烈的组织化需求,希望通过政府的组织化措施降低流动的成本甚至确定流动本身的合法性。我国社会的组织化程度很高,也为劳动者在组织中寻求帮助提供了条件。西方国家从个人主义出发,认为劳动力流动主要依靠自发力量,国家在劳动力转移中不发挥作用。但是,我国坚持集体主义价值观,要求发挥集体主义的调节作用,更多地保护输出地,实现共同富裕,这显然需要政府起更大的作用。相对于个人主义,集体主义最大优势是政府可以在短时间内集中大量社会资源,改变某些群体或者某一个阶层的经济、社会地位;在这个过程中该阶层或群体的利益能够得到优先保护^①。当面临农村富余劳动力、贫困劳动力转移等社会问题时,我国采用集体主义应对方案,“各地有组织输出比例逐年提高,形成有组织输出为主导、多元化输出并存的格局”^②,“帮扶双方建立和完善劳务输出精准对接机制,提高劳务输出脱贫的组织化程度”^③。由此而言,我国户籍制度除满足自身管理需要以外,某种程度上也为劳动力提供了一种保护,即防止劳动力盲目流动^④。我国虽然不反对劳动力的个人流动,但是更鼓励劳动力的有组织流动,至少是在流动之初采取组织化的形式输出。我国政府更会举全社会之力帮助劳动力的有组织流动,通过有组织劳务输出,实现农村富余劳动力及贫困劳动力在城乡及地区之间合理、有序地流动。与有组织流动相比,个人流动的无序性会给社会秩序和公共安全带来压力,而组织恰恰可以成为社会管理的抓手,保障流动的有序性。当前,中国没有面临和西方国家一样的劳工移民问题,其原因在于中国一直坚持有组织劳务输出,这种集体主义的路径对缓解社会矛盾起到了很大的作用。

① 孙宝云:《个人主义、集体主义:迥异的集体利益实现模式》,《江苏社会科学》2009年第5期。

② 《劳动和社会保障部办公厅关于做好创建劳务输出工作示范县工作的通知》(劳社厅函〔2005〕453号)。

③ 《中共中央办公厅、国务院办公厅关于进一步加强东西部扶贫协作工作的指导意见》(中办发〔2016〕69号)。

④ “农村劳动力流动的组织化特征”课题组:《农村劳动力流动的组织化特征》,《社会学研究》1997年第1期。

劳务派遣的组织化程度高,可以大大降低风险并减少负面影响,完全满足了劳动力有序流动的要求,无疑是有组织劳务输出的有效模式。通过劳务派遣公司对劳动者进行培训、管理等往往可以起到事半功倍的效果,化解了政府直接面对流动劳动者的压力,避免管理的高成本和低效率,达到有序流动的目标。因此,在集体主义叠加输出地主义传统下,我国充分发挥劳务派遣的帮助转移作用,实现了劳动力的有序流动。西方国家允许代表处直接用工,一旦发生劳动争议,劳动者将面临维权的重重困难;我国则从集体主义出发,重视劳动者权益保护,采取劳务派遣的方式平衡投资利益与劳动者权益保护之间的关系。当国有企业批量解除劳动关系时,若从个人主义出发,则劳动者在与企业解除劳动关系后会进入劳动力市场重新就业,然而我国集体主义的传统却要求运用组织力量帮助消化失业危机,在再就业服务中心基础上建立起的劳务派遣机构便成为了下岗职工再就业的有效渠道。改革国有企业劳动关系刚性问题时,我国从集体主义出发,没有采取西方国家普遍使用的丛林法则解雇老职工,而是正视老职工对企业的历史贡献,通过劳务派遣实现渐进式改革,以协调老职工利益保护与企业发展的关系。虽然劳动合同法严格限制劳务派遣的使用,希望劳动力以个体的形式流动,然而近年来我国在应对社会问题时从未放弃劳务派遣,不管是供给侧结构性改革中的员工分流安置还是脱贫攻坚中贫困劳动力的转移就业,政府不约而同地采用劳务派遣的方式,显然其政策逻辑是依据实际国情而非立法。劳务派遣立法虽然限制了集体主义,但是实践始终奉行集体主义的做法,导致政策与法律之间存在冲突。不仅如此,劳动合同法严格限制劳务派遣也使市场在异地用工和国企用工问题中出现了社保代理和过度外包的问题,使劳务派遣修法旨在保护劳动者的初衷未能圆满实现。

六、劳务派遣立法的修正

当前,国际劳动力市场越来越追求用工模式的灵活性与去标准化,我国劳动合同法修法时本应顺应国际劳动力市场趋势,提倡灵活用工,但修正案与部门规章却进一步限制劳务派遣,以标准劳动关系的条件改造了劳务派遣。我国作为世界第一人口大国及就业压力最大的国家,灵活就业是劳动者就业的重要渠道,劳动合同法应正视我国国情实际,最大限度发挥劳务派遣制度功能,满足我国市场灵活用工的需求,并在促进就业的同时切实保障派遣劳动者的权益。

(一)劳务派遣规制理念纠偏

立法理念对立法活动具有根本性的影响,劳务派遣的规制理念应从简单移植西方法律制度向立足中国本土实际演进,从严格限制劳务派遣向在实践发展中规范劳务派遣转变。

1. 摒弃对西方话语的简单移植。劳动合同法修法十余年,回首这场争论,其最大的问题在于忽视本国的历史传统与现实需求,引进西方“二性”概念却没有认真消化,试图用一套严格的法律规范去规制在制度目的与性质上都不同于西方的我国的劳务派遣,而没有顾及政府的转移和托底功能,这样做必然会引发舶来制度与我国国情间的强烈不适应。劳务派遣适用范围的确并非简单的法律规范问题,忽视其背后中西方的价值观念与文化冲突,则必然导致立法出现偏差。

“法为人而立,而非人为法而生。对于一个民族而言,最好的法律是最适合于该民族的法律。”^①劳务派遣的规制一定要从中国实际出发,忽视中国国情,拒绝承认不同国家发展道路的多样性,不了

^① Portalis, *Discours préliminaire sur le projet de Code civil*. In Jean-Etienne-Marie Portalis, *Discours et rapports sur le Code civil*, Centre de Philosophie politique et juridique, 1989, p. 18., 转引自王利明:《回顾与展望:中国民法立法四十年》,《法学》2018年第6期。

解或不愿正视中国特色社会主义的本质特征和成功实践都不可取^①。我们要建构的话语体系,不同于从个体主义出发的西方话语体系。不管是脱贫攻坚、国企改革还是异地用工,都需要发挥劳务派遣的时空功能,这就需要我们拿出勇气和智慧坚持中国经验。面对世界百年未有之大变局,我们要推进文化自信自强,反思劳务派遣“二性”等西方话语对我国劳动立法的侵蚀,立足于我国的社会性质和国情实际,立足于中国劳务派遣的“保护性”“反刚性”功能,以解决中国实际问题为目标,重塑劳务派遣法律制度。

2.以规范发展代替严格限制。要使劳务派遣法律制度与中国实际相结合,其立法就应从以政府管制方式限制劳务派遣转向探索如何以法律规范方式保护劳动者的权益。在劳动合同法颁布之前,立法缺失使得劳务派遣三方主体之间的法律关系不明确,派遣单位和用工单位常常互相推诿,劳动者权益受到侵害的情况时有发生。遗憾的是,针对劳务派遣存在的这一问题,学术争鸣始终集中在鼓励还是限制其发展上,即使结束了劳务派遣立法的存废之争,规范之争并未继续深入。劳动合同法实施后,劳务派遣的迅速发展再次触发存废之争并开启了劳动合同法的修法,最终将劳务派遣限制在非常严格的范围之内。然而,劳务派遣大幅发展的根本原因恰恰在于我国劳动合同法的制度设计过于刚性,导致用人单位存有寻求非标准或非劳动用工关系以替代标准劳动关系的客观实际需要。

以“堵”为主的劳动者保护策略通常难以奏效,修法显然并未阻止用人单位灵活用工需求的出现。在劳务派遣被限的情况下,用人单位极尽各种可能地挖掘业务外包、人力资源外包等灵活用工形式,以致劳动者权益日益脱离法律规范的保护。虽然劳务派遣最受诟病之处,在于派遣单位赚取了不该赚取的经营利润,而劳动者丧失了本应享有的劳动权益^②。但事实上,派遣单位的盈利尚在可以调控的范围内,完全不该因噎废食。而且,运用市场的手段实现有组织的劳务输出是我国经济社会转型过程中的成功经验,是一种优势。劳务派遣的发展是用人单位与劳动者自主选择的结果,也是劳动关系非标准化发展趋势的组成部分。当然,劳务派遣在发展过程中不免会存在一些问题,而法律的作用就在于积极面对并不断解决出现的问题。劳动合同立法应该充分认识到我国当前经济发展的形势和用人单位在市场发展中的需求,通过不断完善劳务派遣规范,在满足企业灵活用工需求的同时,保障派遣劳动者的劳动权益。

(二)劳务派遣规则重构

为真正发挥劳务派遣的正向作用,劳动合同法应及时修正劳务派遣规范,防止劳务派遣的法律规定与劳务派遣实践之间存有冲突,尽可能促进劳动者从劳务外包等用工方式向劳务派遣回流,真正实现劳动者权益的保障。

1.删除非市场化的管制条款。凡是不当限制劳动力市场灵活性的内容,都应废除或改进。一是取消对劳务派遣适用范围的管制。劳务派遣的适用范围应更多交给市场,“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”^③。劳动合同用工是企业用工的主要形式之一,不能简单地将劳务派遣等非标准劳动关系看成是低质量就业形态,对劳务派遣“三性”岗位应予以取消。二是取消对劳务派遣单位的行政规制。英国在1976年对劳务派遣实施许可制度,但于1994年废除了这一制度^④。我国劳动合同法对劳务派遣设立了行政许可,修正案还提高了劳务派遣单位的注册资本等设立门槛。这与中央减少行政许可的体制改革要求以及新公司法取消有限责任公司注册资本最低限

① 张宏志:《突破西方话语体系障碍,构建中国国际话语权》,《行政管理改革》2017年第6期。

② 黎建飞:《“派遣劳动”应当缓行》,《法学家》2005年第5期。

③ 谢增毅:《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》,《比较法研究》2007年第6期。

④ 董保华:《劳动力派遣》,北京:中国劳动社会保障出版社,2007年,第222页。

额的规定相悖,建议予以废除。三是取消对派遣单位与劳动者间契约权利义务的管制。如劳动合同法要求“劳务派遣单位应当与被派遣劳动者订立二年以上的固定期限劳动合同”,建议删去“二年以上”规定,改为“劳务派遣单位应当与被派遣劳动者订立固定期限劳动合同或以完成一定任务为期限的劳动合同”;增加“劳务派遣单位与被派遣劳动者之间不适用无固定期限劳动合同”。因为劳务派遣用工不应长期固定,无固定期限劳动合同与劳务派遣灵活、短期的特点不相符合。

2.完善共同雇主责任。在标准劳动关系中,一个雇主对应一个劳动者,由一个雇主对劳动者承担劳动法上的义务;在劳务派遣法律关系中,两个雇主对应一个劳动者。在多出一个雇主的情况下,只要能够合理分配雇主责任,劳动者并不会处于较标准劳动关系而言的更大不利地位。关键在于,要根据劳务派遣之雇佣和使用分离的特性合理分配派遣单位与用工单位的法律义务及责任,并通过加强执法予以落实。共同雇主及连带责任的设置可以减轻劳务派遣的负面影响,从而有效保护派遣劳动者的权益。遗憾的是,劳动合同法颁布实施时其第九十二条规定,给被派遣劳动者权益造成损害的,劳务派遣单位与用工单位承担连带赔偿责任,该条法规通常理解为双向连带责任。修法将其改为用工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赔偿责任。根据该规定,用工单位给派遣劳动者造成损害时,由用工单位承担责任,劳务派遣单位承担连带责任;反之,由劳务派遣单位承担责任时,用工单位不承担连带责任,即单向连带责任。从双向连带责任到单向连带责任,在一定程度上弱化了对派遣劳动者权益的保障。劳动合同法应完善共同雇主理论,既要注意当事人的意思表示,也应注意劳动者所处的弱势地位,对于劳务派遣单位或用工单位给劳动者造成损害的,恢复双向连带责任。

综上,要正视中西方价值观的冲突,不能盲目借鉴西方话语体系。劳动合同法修法参照西方“二性”确立了“三性”的适用标准,以致产生新的社会问题。劳务派遣立法一定要从国情出发,坚持以我为主,为我所用。要正视历史,不能盲目否定历史的延续性。从我国劳务派遣的发展历史来看,作为一种人力资源工具,其在具体实践中呈现出“反刚性”“保护性”功能。而且,劳务派遣“三方两地”的特点使其具备了独特的时间分离和空间弥合功能,我国利用劳务派遣极大地缓解了体制转轨过程中因制度摩擦带来的各种社会矛盾。劳务派遣立法一定要用历史映照现实,创造性地继承优秀传统。要正视市场的力量,不能盲目管制。在私人部门,可以毫不夸张地说,劳务派遣已濒临“死亡”,派遣劳动者并未大规模回归到标准劳动关系中,而是转向了外包和民事雇佣,这并非立法者所乐见的局面。因此,劳务派遣立法一定要顺应市场需求,同时做好规范管理。

Reflections and Amendments on Labor Dispatch Legislation under the Chinese Discourse System

Zhang Huiqin

(College of Marine Living Resource Sciences and Management, Shanghai Ocean University,
Shanghai 201306, P.R.China)

Abstract: The debate over labor dispatch in China has stopped after intense legislative and amendment disputes. However, the hasty amendments not only failed to achieve the goal of returning workers to standard labor relations but also created new domestic and international issues. Firstly, over 20 million labor dispatch workers did not return to formal employment as scholars had anticipated. Instead, most shifted to labor outsourcing. Secondly, while some workers transitioned from labor dispatch to standard labor relations, the market developed a solution to address social

insurance payment issues in cases where the registered address and work location differ. This involved creating fictitious labor relationships, due to the high degree of bundling of social insurance with the labor relationship, to the need for criminal law interventions to regulate social security agency fraud.

Continental European countries often restrict labor dispatch to “temporary and substitute” roles. China’s Labor Contract Law incorporated these “two standards” and added a “supplementary” criterion. Subsequent amendments further reinforced the application of these “three standards.” While China also requires the “temporary and alternative” functions of labor dispatch to meet flexible employment needs, it has primarily based labor dispatch on “protective and anti-rigidity” criteria. The “three parties, two locations, three parties” characteristic of labor dispatch provides unique functions of temporal separation and spatial bridging. China has innovatively utilized the protective and anti-rigidity aspects of labor dispatch to compensate for the deficiencies of representative offices of foreign enterprises, promote orderly labor transfer, facilitate the smooth completion of state-owned enterprise reforms, and soften overly rigid labor relations in monopolistic enterprises and institutions. China’s use of labor dispatch has significantly alleviated various social conflicts caused by institutional frictions during the system transition. However, China adopted Western labor dispatch standards without thorough consideration. As a result, Western norms of temporary and substitute labor dispatch replaced China’s original protective and anti-rigidity standards. This led to the abandonment of the successful experiences China had created through its unique use of labor dispatch since 1978.

Labor dispatch is a transformation of standard labor relations under the motivation from actual demands of civil employment. Behind the differences in the labor laws are the conflict between Chinese and Western values, including collectivism versus individualism, welfare mechanisms versus market mechanisms, and export-oriented versus import-oriented labor policies. China’s labor legislation should cultivate cultural self-awareness and self-confidence, clarify the erosion caused by Western discourse, and reconstruct a labor dispatch system that aligns with its national conditions.

Keywords: Labor Dispatch; Space-Time Function; Law; Value; Discourse System

[责任编辑:王苏苏 苏捷]