

论劳务派遣向正式雇佣的转换

田野

(天津大学文法学院, 天津, 300072)

摘要: 劳务派遣的超常发展背离了立法本意, 产生严重的负面效应, 其回归理性发展轨道的路径之一在于向正式雇佣转换。基于用工自由与社会公正相平衡、法律管制与放松管制相协调、劳务派遣的过渡性特征等政策考量, 劳务派遣转正具有充分正当性。在法律管制升格的背景下, 劳务派遣向正式雇佣转换成为刚性的要求, 因之在法律上需提供转换进行的通道和规则指引。对超出法定适用范围劳务派遣, 可以强制性地法律拟制为在用工单位与劳动者之间成立直接劳动关系, 但应以不违背劳动法理的方式进行。合理范围内的劳务派遣, 亦可依当事人协商机制而转化为直接雇佣。

关键词: 劳务派遣; 正式雇佣; 转换; 政策考量; 法律拟制; 协商机制

中图分类号: D912.5

文献标识码: A

文章编号: 1672-3104(2015)01-0089-09

劳务派遣的“超常发展”是我国当前的一个突出社会问题。所谓“超常发展”, 是指劳务派遣逾越了正常发展的合理底线, 乃至动摇了典型用工方式的主导地位。^[1]随着《劳动合同法修正案》《劳务派遣暂行规定》等一系列新规的出台, 立法对劳务派遣的管制力度不断加大, 其旨意在于使畸形发展的劳务派遣重回理性的轨道, 而使劳务派遣转换为正式雇佣(简称为“派遣转正”)是实现这一目标的重要途径。若要使超出合理适用范围的劳务派遣转为正式雇佣, 则需在法律上提供转换得以进行的通道与规则指引, 遗憾的是这样的制度设计在现行法中尚付阙如, 有必要在法理上予以阐明。

一、缘起: 劳务派遣的“肥胖”与“瘦身”

劳务派遣向正式雇佣转换的必要性, 源自劳务派遣已经远远超出了其正常体量的客观现实。劳务派遣这种特殊的用工方式引自国外, 在我国最早出现于上世纪90年代, 在当时是被作为解决下岗工人再就业的有益方式而存在的。自产生以后的相当长一段时间内, 劳务派遣是处于失范状态下自由发展的, 直到2007年《劳动合同法》颁布, 才算正式被纳入法律调整范围。《劳动合同法》对劳务派遣的最初定位是作为典型

用工方式的补充, 满足企业对灵活性的需求。标准劳动关系为主、劳务派遣为辅, 这是立法对二者关系的理想定位, 但现实证明劳务派遣的过度发展严重背离了立法的初衷, 形成“篡权”之势。在产生之初, 劳务派遣主要集中于保安、保洁等少数行业, 而今已扩展至电信、金融、建筑、制造、邮政、航空、石化等几乎一切行业领域。不仅企业, 大学、医院、电视台等事业单位, 各级政府部门, 也加入使用派遣工的大军。劳务派遣发展之疯狂, 可谓突破一切限制而向前, “井喷”是学界形容其数量增长之快最常用的一词。事实上, 《劳动合同法》制定之初已经关注到这一问题, 在肯定劳务派遣合法性的同时也有意通过加强管制来限制其发展。尴尬的是, 这部法律的出台非但没有遏制住劳务派遣扩张的脚步, 反倒催生了一波更疯狂的增长高潮, 对此学者描述为“法律规制失灵”。^[2]

劳务派遣的过热有数据为证。根据全国总工会的调研统计, 截止到2011年底, 全国仅企业劳务派遣工人总量就达到3700万人, 占全部职工的13.1%, 在一些行业企业这一比例甚至高达70%。^[3]既然超过了50%, 劳务派遣就已经得到了用工方式的“绝对控股权”。时至今日, 劳务派遣的超常发展已经远远背离了《劳动合同法》将其作为补充性用工方式的立法本意, 有取代主流用工方式地位之势。不仅如此, 在数量规模过于庞大的同时, 劳务派遣还存在着就业质量低下

收稿日期: 2014-03-06; 修回日期: 2014-11-05

基金项目: 教育部人文社会科学研究基金项目“非典型劳动关系的法律规制”(10YJC820098); 国家留学基金(201308120066)

作者简介: 田野(1979-), 男, 黑龙江哈尔滨人, 法学博士, 天津大学文法学院副教授, 俄克拉荷马城市大学访问学者, 主要研究方向: 劳动法

的问题,同工不同酬、社会保障不足、就业稳定性差是普遍存在的现象。因派遣就业的低质量,其在小范围内被采用尚可,若大规模取代标准劳动关系成为主流用工方式,高数量与低质量相叠加将使劳动者整体生存境况向下沉沦。^[4]此种状况必须得到改观,否则后患无穷。

劳务派遣的体量过于庞大,故急需“瘦身”,超出规定范围的不合理派遣需转化为其他合法用工形式,转为正式雇佣是首选的方式。现存的大量劳务派遣其实是占领了原本属于正式雇佣的领地,即许多用工依法本应采取直接雇佣的方式,却不当地采用了劳务派遣。特别是实践中大量存在的“逆向派遣”,用人单位将本属于其正式员工的劳动者一夜之间转为派遣工人。^[5]当前言及劳务派遣向正式雇佣的转化,不过是退还非法侵占的领地而已。

所谓劳务派遣转正,即在满足一定条件时,由用工单位与被派遣劳动者直接建立劳动关系^①。在转换之前,派遣机构是被派遣劳动者名义上的用人单位。转换过程一旦完成,劳务派遣的三方关系架构将由于派遣单位的退出而简化为两方关系,成为标准劳动关系。所谓“正式”抑或“非正式”,是就劳动者在用工单位的地位而言的。转换前被派遣劳动者的“非正式”性体现在与用工单位固有员工的身份差别上,用工单位虽实际地使用派遣劳动者却并不与其订立劳动合同,名义上该劳动者并非用工单位的员工。而一旦完成转换,劳动者即成为用工单位的正式员工,而不再是派遣单位的员工。此种转换就劳动者的角度观之,是身份的更迭;就法律关系性质的角度观之,则是由补充性的非标准劳动关系转变为主流的标准劳动关系。这可谓是一种地位的升格。许多国家的劳动法都设计有从劳务派遣向正式雇佣转换的通道,这反映了劳动立法的某种普遍的政策导向。

二、劳务派遣向正式雇佣转换的法政策考量

(一) 用工自由与社会公正的平衡

当前劳务派遣的泛滥引发社会不公的质疑,如何协调自由与公正的价值需重新审视。劳务派遣作为一种非标准劳动关系的优势在于灵活性,满足了用工者对人力资源使用弹性的需求。然而这种自由若逾越了合理的底线,则会对社会公正带来挑战。在劳务派遣的三方法律关系架构下,名义上的劳动关系存在于劳动者和派遣机构之间,用工单位实际使用被派遣劳动者却不与之订立劳动合同,即所谓“有关系、无劳动,

有劳动、无关系”。由于派遣工名义上不计做用工单位的职工,因此使得用工者得免于受劳动法关于解雇等方面的严格管制的约束,从而获得更大的自由度。在我国劳动法对标准劳动关系的管制程度较高的背景下,劳务派遣的吸引力恰恰在于给企业提供了自由空间。特别是由于受传统的用工体制的影响,国有企业用工在工资总额和用工名额上受到严格限制,超过工资总额和人员数限制但确有用工需求的,不得不采用劳务派遣的方式作为变通。应当看到,劳务派遣作为一种法律认可的用工方式是有其积极意义的。然而另一方面,用工自由不能是没有限度的,法律对于劳务派遣的使用是设置了边界的,超出该界限就是滥用了法律赋予的自由而构成派遣的滥用。现实当中,劳务派遣确实被滥用了,表现在于不适合使用劳务派遣的情形强行使用,造成派遣数量的激增——其实只是“虚胖”。

用工者滥用自由的结果是劳动者的不自由和社会公正受损。劳务派遣所滋生的弊端有目共睹,在社会上形成“民愤”。正式工越来越少,派遣工越来越多,其与正式职工相比生存境况存在巨大落差,劳务派遣制度确实是“病了”。病态的劳务派遣使社会公正蒙羞,并激起民众的抵制、学者的批评、立法者的反思。公正是法律追求的终极目标,而劳动法基于社会法的本质尤其以维护社会公正为宗旨。何谓“公正”,没有量化的评判标准。但是当社会上的绝大多数人民都觉得一个制度不公正的时候,说明它确实不公正。正所谓“群众的眼睛是雪亮的”。为治愈劳务派遣的顽疾,改革是近几年的主旋律。关于如何改,存在着分歧。一种激进的观点认为,由于劳务派遣劣迹斑斑、民愤极大,应当彻底废除该制度。^[6]不过主流观点的立场还是改良,对使用劳务派遣的自由设定严格的边界。具体来讲,《劳动合同法》和《劳务派遣暂行规定》关于劳务派遣岗位“临时性、辅助性、替代性”的规定,以及派遣工不得超过全部用工10%的比例限制,就是自由与公正的边界。在该范围内使用派遣工就是正当的行使自由权利,超出该边界就是不合法的派遣,需转换为合法用工形式。就社会整体而言,正式雇佣占大多数,劳务派遣占少数,这被认为是有利于实现公正的理想状态。

(二) 劳动法的管制与放松管制

劳务派遣的异常繁荣仅是表象,其更深层次的社会背景则是“劳动弹性化”与劳动法的放松管制。劳务派遣问题背后更加值得深思的是:劳动法如何协调用工灵活性与就业安全性的关系、放松管制与加强管制的关系。

“劳动弹性化”描述的是近三十年来世界劳动法发展变化的趋势。“弹性化”是与“刚性化”相对的，在传统的劳动法制下，劳动关系的法律治理是以高度刚性为特征的，突出表现为严格的解雇保护和雇佣的长期化，反映在劳动关系形态上就是标准劳动关系。然而上世纪70年代末风云突变，各主要资本主义国家在经历了二战后的黄金发展周期后经济陷入停滞的泥潭，特别是当时的石油危机诱发世界性的经济危机。为了摆脱危机，各国进行了大刀阔斧的改革，其中就包括对雇佣制度的弹性化改革。经济的萧条、失业的增加，被归咎为雇佣制度过于僵化，就业保护的程度过高，因此改革的方向是增加雇佣的弹性，在劳动法上放松管制(deregulation)，表现在劳动关系上就是各种以灵活性著称的非标准劳动关系崛起。^[7]从国际劳动立法的演进来看，劳务派遣最初是被严厉禁止的，为迎合弹性化的需要才逐渐被立法解禁，进而放松管制的尺度越来越大。^[8]这场劳动弹性化运动来势汹涌，影响深远，席卷全球。原本以“终身雇佣制”闻名的日本雇佣制度发生剧变，非典型雇佣大行其道，占到日本全部就业的30%以上。^[9]欧洲的雇佣制度向来以高度的就业保护为豪，在弹性化浪潮的冲击下亦难逃放松管制、降低保护水平的命运。^[10]我国劳务派遣及其他非标准劳动关系的发展本质上也是受到弹性化浪潮影响的表现形式。法规松绑下雇佣弹性不断增加，带来的风险是就业安全性的下降。在雇佣从刚性到弹性的转变过程中，雇主是大赢家，而雇员是输家。包括劳务派遣在内的非标准劳动关系发展中暴露出的劳权保护不足的问题饱受诟病，这不是我国独有的问题，而是各国共同面临的问题。^[11]弹性化在受到追捧的同时也受到强烈的批判，一种思潮认为弹性化就是劳动者保护的软化和弱化，应保持警醒，抵制弹性化蔓延。在我国，反对劳务派遣合法化的声音一直都存在。

在弹性化的时代，我国劳动法应该保持怎样的立场——管制还是放松管制，这是透过劳务派遣问题应该进行的深刻反思。^[12]这一立场将影响劳动法的走向。笔者认为，盲目而无节制的放松管制是极其危险的，为调剂用工弹性而放松管制必须是适度的。立法肯定劳务派遣合法本身就已经是一种放松管制了，但是与此同时针对劳务派遣中存在的问题必须加以严格规范以兴利避害。事实上，当前国际劳动法学界对此问题的主流立场是再规范化(re-regulation)而不是简单的去规范化(de-regulation)。回顾劳务派遣立法演进的轨迹大概可以概括为：禁止——放松管制——再管制，这种经验对我国也具有借鉴意义。就劳务派遣与正式雇佣的比较而言，劳动法对前者的管制较松，对后者

的管制较严。二者的数量关系呈现此消彼长的态势，这将影响劳动法整体管制的水平，劳务派遣的数量过多、比例过大，正式雇佣就会减少，也就意味着劳动法的过度放松管制。综上所述，面对弹性化的挑战，劳动法应平衡用工的灵活性与就业的安全性，坚持适度放松管制与再管制的并用。将劳务派遣控制在较小的范围内，使超出合理范围的劳务派遣转归正式雇佣，这是必要正当的管制。

(三) 劳务派遣的过渡性本质

就劳务派遣的固有属性而言，本就具有临时性、过渡性的特征——获得正式雇佣前的过渡。对用人单位而言，劳务派遣的意义仅在于满足当前临时的劳动力弹性需求，如果想要长期地使用某一劳动者，则不宜采用劳务派遣。^[13]对劳动者而言，派遣就业具有过渡意味，往往是正规就业不可得情势下的无奈选择。就职业发展规划与前景而言，正式雇佣显然更加光明，因此派遣劳动者普遍存有转为正式员工的愿望。^[14]不可否认的是，劳务派遣就业的质量水平终究逊于标准劳动关系框架下的就业，即使是合法运作的劳务派遣亦如此，故仅适合在小范围内临时采用。劳务派遣天然地仅适合作为标准劳动关系的补充，而不能喧宾夺主。我国《劳动合同法》对劳务派遣设置了明确的临时性条件限制——6个月，用人单位如果长期地以劳务派遣的名义使用劳动者，则违背了临时性的要求，应酌情转为正式雇佣。

(四) 劳务派遣转正对利益相关者的影响

1. 对劳动者的影响

从劳务派遣向正式雇佣转换，对劳动者而言是一种利好。这种身份转换表面看来只是“名分”的变化，劳动者实际从事的岗位工作可能未发生变化，但这种“名分”的变化会给劳动者境遇带来实质性的改善。首先，有利于摆脱待遇歧视。按照一些学者的观点，同工不同酬是劳务派遣问题的主要矛盾所在。^[15]而同工不同酬在根本上是由同一用工单位内存在两种不同身份的劳动者——正式员工和派遣工——导致的。若劳务派遣转为正式雇佣，劳动者的身份实现统一，歧视问题自然迎刃而解。再者，转为正式雇佣后，劳动者的就业状态也较劳务派遣更为稳定。劳务派遣的期限依法不得超过6个月，到期后劳动者将被退回到派遣单位，再改派到其他的用工单位。按照《劳动合同法》的规定，劳务派遣合同的最低期限是2年，在这2年内劳动者将至少辗转4个用工单位，职业生涯被切割成数个支离破碎的片段。相比之下，标准劳动关系维系的期限更久，职业的持续性和安定性更高。另外，转为正式员工后劳动者也将获得更多的培训和升迁机会。

2. 对用人单位的影响

在我国用人单位长期以来形成了对劳务派遣用工的偏好,劳务派遣转正可能使其感到不适,但派遣偏好其实是不理智的,转正对用工的影响未必是消极的。从用人单位角度来看,派遣转正可能被视为一种负担,设想的不利后果是用工成本的增加和灵活性的丧失。客观来讲,劳务派遣转正以后确实可能带来人力成本的增长,对此问题应正确地看待。长期以来,我国的劳动力成本徘徊在较低水平,大约只占到产品总成本的百分之十几,而在发达国家这一比例高达50%~60%。这种依赖低廉劳动力的粗放型经济不能一直这样持续下去,国家经济实力日益强大的同时,应使劳动者分享到发展的成果。企业对人力成本上升的反感是经济发展模式转型期的不适表现,但保持适度的报酬水准是企业应尽的社会责任。再者,派遣转正之后,灵活性虽然在一定程度上降低了,但是雇佣稳定性的增加未必是坏事。正式雇佣有利于形成劳动者对企业的归属感,有利于吸引优秀人才加入,由此可激发出更大的生产力。表现优异的派遣工有机会转为正式职员,这本身即是一种有效的激励机制。在派遣转正的法律规则欠缺的情况下,实践中一些开明的用工单位采取自觉行动,通过制定企业规章制度等形式,明确派遣转正的条件和程序,在本企业内设立派遣转正的常态机制,起到了良好的效果。^[16]这种成功经验值得倡导和推广。

3. 对国家和社会的影响

从宏观的角度看,超过合理体量的劳务派遣若能顺利转为正式雇佣,将使劳务派遣从“超常”回归“正常”。国家劳动关系的总体结构需保持均衡,合理的结构应当是金字塔型,正式雇佣作为塔基发挥主导作用,劳务派遣作为塔尖调剂灵活性。劳务派遣转正将使受损的社会公正得到修复,民怨得以化解,有助于社会稳定。

三、管制升级背景下劳务派遣转正的刚性压力

由于《劳动合同法》对劳务派遣的规制失灵,故有完善之必要,近来新一轮的规制正在上演。在管制升级的背景下,劳务派遣转正势在必行。

近两年围绕劳务派遣的立法十分密集,除了《劳动合同法修正案》(2013年7月1日起施行)之外,还有人力资源和社会保障部制定的《劳务派遣行政许可实施办法》(2013年7月1日起施行)以及《劳务派遣

暂行规定》(2014年3月1日起施行)。随着劳动立法对劳务派遣的管制加强,大量的非法派遣将无处遁逃而现形,向其他合法用工方式转化成为刚性的要求。在新的规范下,可实施派遣的岗位范围被更清晰、更严格地界定。按照《劳动合同法修正案》,“临时性”被明确界定为使用派遣工不超过6个月,“辅助性”和“替代性”也各自被具体化,并且用工单位使用派遣工占全部用工的比例不得超过规定。《劳务派遣暂行规定》对“三性”中最为模糊的“辅助性”从程序角度作出了限制,其第3条第3款规定:“用工单位决定使用被派遣劳动者的辅助性岗位,应当经职工代表大会或者全体职工讨论,提出方案和意见,与工会或者职工代表平等协商确定,并在用工单位内公示。”配合《劳动合同法修正案》,《劳务派遣暂行规定》第4条将用人单位可以使用派遣工的比例明确限定为用工总量的10%。^②这一比例以数字的形式为劳务派遣划定了不可逾越的红线。

针对劳务派遣的这新一轮规制,力度相当大,所产生的连锁反应将是剧烈的。以往劳务派遣得以“繁荣”的重要原因之一在于适用范围规定得模糊宽泛,而在新的规范下,模糊被澄清,范围被限缩,特别是比例限制,划定了劳务派遣的上限。标准既已明晰,现存的不符合标准的劳务派遣,皆须向其他合法用工形式转换。^[17]由于劳务派遣的体量庞大、超标严重,意味着劳务派遣为达到10%的比例要求,所要进行的过渡转换将是一场大规模的运动。为了避免劳动力市场的剧烈动荡,《劳务派遣暂行规定》给劳务派遣的转换设置了过渡期,其第28条规定:“用工单位在本规定施行前使用被派遣劳动者数量超过其用工总量10%的,应当制定调整用工方案,于本规定施行之日起2年内降至规定比例。但是,《全国人民代表大会常务委员会关于修改〈中华人民共和国劳动合同法〉的决定》公布前已依法订立的劳动合同和劳务派遣协议期限届满日期在本规定施行之日起2年后的,可以依法继续履行至期限届满。”^③据此规定,超比例劳务派遣的转换有2年的缓冲期,在此期限内用人单位应有计划地安排转换工作的进行。而暂行规定生效后新发生的劳务派遣,若不符合上述标准,则须立即转化为其他用工形式。

立法对劳务派遣严管制,另一面的深意是推动用人单位更多地采用直接雇佣的方式用工。不过,需要作出说明的是,直接雇佣并非是劳务派遣转换的唯一出路,用人单位为了继续获得灵活性也可能将派遣工转换为其他弹性的劳动力获取方式——如外包。在新的规则下,劳务派遣向外包逃逸的风险陡增。^[18]外

包是较劳务派遣更加疏于规范的形式，主要依赖民事合同法调整。外包与派遣的一点重要区别在于发包方仅受领劳动成果，无权对外包方的劳动者实施直接控制，即不能有用工行为。在严厉的法律逼迫下，用人单位可能以外包的名义伪装，但却行劳务派遣之实，若如此则立法目的又将落空。为了避免这种状况出现，法律应当引导劳务派遣尽可能向正式雇佣转换。现在的法律虽然本意在于此，但却未言明，也未提供指引劳务派遣向正式雇佣转换的路径。

四、劳务派遣转正的法律路径

劳务派遣向正式雇佣转换，在政策导向上无疑是正确的，然而随之而来的问题是在法律上究竟怎样实现这样的转换，具体需以怎样的制度设计供为通道？当派遣向正式雇佣大规模转化成为现实，转化通道的法律渊源即是不可或缺的。遗憾的是，我国现行法上鲜有此类规范。迄今在全国性的法律规范中，尚未见有关派遣转正的规定，只在一些地方性法规中偶有涉及。将超出合理范围的劳务派遣以强制性的法律规范拟制为直接雇佣，这是目前地方立法中派遣转正的主要模式。应当看到，法律强制是非法派遣转正的方式之一，但却不是唯一的方式，在劳动法上尚有其他可能的转换路径存在，即使是合法的派遣亦有通过当事人协商转为正式雇佣的可能。应对劳务派遣转为正式雇佣的各种可能的法律通道加以整合梳理，以供作实践的指导。

（一）非法派遣转正的法律强制机制

1. 派遣转正法律拟制的意义

所谓劳务派遣转正的法律拟制，即在一定情形下——通常是违反法律关于劳务派遣适用范围的规定，以法律条文强行拟制在用工单位与被派遣劳动者之间成立直接劳动关系，劳务派遣归于消灭。此种拟制不必征得用工单位的同意，但要尊重劳动者一方的意志。直接雇佣拟制适用的对象，笼统地说是超出法定适用范围的劳务派遣。立法拟制背后的政策考量是：用工单位实际地使用劳动者，虽以劳务派遣的名义示人，却不符合法律设定的使用派遣工的强制性条件，掩盖的法律关系实质是直接雇佣。以法律的拟制阐明法律关系的实质，可说是“揭开劳务派遣的面纱”。对劳动者已经真实付出的劳动的定性，既非真实的劳务派遣，若不纳入直接雇佣范畴，则无所归依。劳动关系认定的基本精神是重实质轻形式，即是否有实际的用工行为。用人单位超过法律设定的界限使用派遣工，有实

际的用工行为，符合直接雇佣的实质要件，法律不待当事人协商而直接拟制雇佣关系存在，具有正当的法理基础。

将非法派遣拟制为直接雇佣并非我国独创，在比较法上早有先例。如《法国劳动法典(法律卷)》第1251-38条规定，如果受派企业在合同到期后继续使用被派劳动者而不与之订立劳动合同，那么他们之间的关系被认定为无固定期限的劳动合同。^[19]在希腊，派遣工人受雇于间接雇主的期限不得超过8个月，允许与同一个间接雇主续约1次，续签合同期限长度不得超过8个月，如果在派遣合同和续签合同期满后超过2个月，该雇员继续为间接雇主服务，则他们之间的合同将被视为已经转化为无固定期限合同。根据韩国《劳动派遣保护法》第6条规定，若派遣工人工作时间超过2年，工人从两周年之际被视为直接受雇于该公司。^[20]

2. 派遣转正拟制的立法探索与困境

在我国现行法中，派遣转正拟制确实存在，但仅见于地方法规，全国性的法律规范中没有规定。如《吉林省劳务派遣管理规定》第28条规定：“用工单位在接受被派遣劳动者前，应当核实劳务派遣单位与被派遣劳动者订立的劳动合同等情况。用工单位使用未与劳务派遣单位订立劳动合同的被派遣劳动者，视为用工单位直接用工，应当及时与劳动者补签劳动合同。”《重庆市职工权益保障条例》《辽宁省职工劳动权益保障条例》中也有类似条款。

在全国性的法律规范中，始终缺乏劳务派遣转正的规定，但回溯立法进程可见有努力尝试的痕迹。人力资源和社会保障部2013年8月7日向社会发布的《劳务派遣若干规定(征求意见稿)》第14条规定：用工单位使用没有与派遣单位订立书面劳动合同的劳动者，视为其与该劳动者之间成立直接劳动关系。另在第37条规定：用工单位违反关于派遣范围的“三性”规定或超比例使用派遣工，被行政部门罚款后一个月内仍不改正的，视为在二者间已建立劳动关系，并应及时补订劳动合同。遗憾的是，这两个条文因争议较大，最终没有被采纳。究其原因，这种以法律之力强行拟制劳动关系的做法在合理性上受到质疑。在一些学者看来，这样的制度设计虽然初衷是好的，但是违背劳动法关于劳动关系建立的基本原理，在适用中障碍重重。例如，若拟制在用工单位和劳动者之间直接建立了劳动关系，则该劳动者与派遣单位之间原本存在的劳动关系效力作何解释？对于超过规定比例的劳务派遣应如何认定？处于同一用工单位内的派遣工，哪些是合法比例内的，哪些又是超过比例的，究竟怎

样判断?^[21]征求意见稿第14条和第37条最终未被采纳,上述疑虑可以打消,但又暴露出另外的问题,不符合法律规定适用范围但已经实施的劳务派遣如何处置?劳务派遣纵然违法,但劳动者的劳动力已经真实地付出而无法收回,其与用工单位之间所形成的法律关系性质到底为何?在派遣转正拟制机制缺位的情况下,现行法对此没有正面的回应。

在派遣转正法无明文的情况下,非法派遣何去何从值得探讨。在笔者看来,非法派遣的处置无外乎两条路径:一条“死路”,即被行政部门勒令终止用工;一条“活路”,即转换为其他合法用工形态。根据《劳务派遣暂行规定》第20条:“劳务派遣单位、用工单位违反劳动合同法和劳动合同法实施条例有关劳务派遣规定的,按照劳动合同法第九十二条规定执行。”《劳动合同法》第92条:“劳务派遣单位违反本法规定的,由劳动行政部门和其他有关主管部门责令改正;情节严重的,以每人一千元以上五千元以下的标准处以罚款,并由工商行政管理部门吊销营业执照;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。”这两个条文结合起来,实际是笼统涵盖了所有非法派遣的责任,在文义解释上应认为也包括了劳务派遣因不符合适用范围而违法的情形。根据第92条,非法派遣的责任形式主要有:责令改正、罚款和损害赔偿。需特别探讨的是,何谓“责令改正”?改正的方式和结果是什么?在解释上可认为包括责令用工单位停止使用派遣工和责令其与劳动者建立直接劳动关系两种可能性,后一种情形并非正式雇佣的拟制,其并未以法律之力使劳动关系直接成立,而仅是由有权机关依行政权力敦促用工单位与劳动者建立劳动关系。两种方案相比较,转为正式雇佣对劳动者更为有利。不过即使依此使劳务派遣成功转为正式雇佣,也仅是向将来发生效力,对劳务派遣以非法状态运行期间用工单位与劳动者所形成的法律关系性质如何定性,仍旧模糊不明。从传统的劳动法理论来看,用工单位有实际的用工行为,劳动者真实地付出了劳动,双方实质上构成“事实劳动关系”,应按照劳动法给予相应保护。由于派遣转正的立法空缺,对非法派遣的命运只能作出上述似有些杂乱的解释。

3. 派遣转正拟制的障碍破除与制度展望

由于派遣强制转正的问题十分棘手、争议颇大,立法采取了刻意留白的做法,这终究只是权宜之计,问题总要得到解决。现行法并未明确将非法派遣拟制为直接雇佣,但是也并未将派遣转为正式雇佣的路堵死。在地方立法中,将超适用范围的劳务派遣“视为用工单位与劳动者建立了直接劳动关系”的规定大量

存在,其与《劳动合同法》《劳务派遣暂行规定》等全国性法律规范并不违背,应认可其效力。回过头来重新审视派遣转正的拟制机制,固然在适用上有一定障碍,但并非不能破除。反观《劳动合同法》,以法律强行拟制某种劳动关系成立的机制并非不存在,因用工一年内未订立书面劳动合同拟制为已成立无固定期限劳动合同的规定就是一例。^④同理派遣转正的法律拟制亦有其存在的合理性,关键在于相关条款应当得以巧妙设计,不应以法律的“蛮力”,而应以符合劳动法理的方式进行。以既有的地方立法为基础,对派遣转正拟制制度作出反思与完善,破除适用上的障碍,或可为未来于全国性立法中正式确立该制度预先做好准备。

在肯定派遣转正拟制的预设下,必须深究的是具备哪些情形和条件方可进行此种拟制?从其他国家的立法来看,主要是针对劳务派遣超过规定的临时性期限限制的情形进行直接雇佣的拟制。而在我国,从现有的地方法规以及《劳务派遣若干规定(征求意见稿)》来看,拟制的范围被无限扩大了,遍及各种非法派遣情形,归纳起来包括不符合“三性”要求、超过规定比例、使用未订立劳动合同的派遣工等等。特别值得注意的是,将用工单位使用派遣单位未与之订立劳动合同的劳动者作为拟制直接雇佣关系的情形,已经超出了劳务派遣适用范围限制的范畴。辽宁省、重庆市的规定甚至设置了非法派遣转为直接雇佣的弹性条款,直接雇佣拟制俨然成为泛化的对非法派遣的惩罚手段。这种泛化的直接雇佣拟制值得质疑。综合现有规范,非法派遣强制转正实施中有以下几个方面的障碍有待破除,在法理上需作出通畅的解释。

首先是直接雇佣拟制与书面劳动合同订立规则的选择适用问题。派遣单位应与被派遣劳动者订立劳动合同乃是明确的法定义务,而不订立书面劳动合同的结果,《劳动合同法》有特别的规定,包括应当向劳动者支付双倍工资,超过一年仍未订立合同时无固定期限劳动合同的拟制等等。若法律另规定此种情形下视为用工单位与劳动者之间成立直接劳动关系,则上述二种处理方式之间应当如何抉择即成为问题。若劳动者选择主张二倍工资的救济方式,是否应予以支持?若不容许劳动者选择,则在拟制直接劳动关系中强制用工单位的同时也强制了劳动者,对劳动者的自由可能构成不当的限制。若容许劳动者选择,则会出现部分劳动者选择主张二倍工资及与派遣单位成立无固定期限劳动合同,另一部分劳动者选择接受与用工单位建立直接劳动关系的法律拟制,如此则局面比较混乱。笔者认为,使用未订立书面劳动合同派遣工的情形更

适合以劳动法上有关书面合同的订立及救济规则来解决。直接劳动关系的拟制充其量仅应扩张至与劳务派遣的适用范围规范相对应，而不应无限制地扩张至一切非法派遣。

其次是直接雇佣拟制对劳动者与派遣单位间劳动关系的影响。若法律拟制在用工单位与被派遣劳动者之间成立直接劳动关系，对此前成立的劳动者与派遣单位的劳动关系影响如何，需在法理上阐明。须知，劳动者与派遣单位所订立的劳动合同在先，用工单位超过规定范围使用派遣工虽然自身违法，但何以波及到使劳动者与派遣单位的劳动关系归于消灭？对此必须作出圆满的解释。在劳动法上劳动关系消灭的原因无外乎无效、解除和终止，笔者认为在几种不同的超规定适用范围的情形，派遣单位违法的时点不同，因此可能需作出不同的解释。根据《劳动合同法》第58条，被派遣劳动者在用工单位的工作岗位是劳务派遣合同的必备条款，而该岗位必须符合“三性”的强制性规定。如果劳动合同所载的派遣岗位从一开始就是不符合“临时性、辅助性、替代性”规定的，则该合同因违反法律的强制性规定而无效，直接雇佣的拟制也就不存在障碍。^⑤如果劳务派遣实施最初是符合三性规定的，但在6个月派遣期限上限届满后用工单位继续使用派遣工，则违反了有关临时性的规定。劳务派遣既是三方关系的架构，在某一层关系上违法将影响劳务派遣作为一个整体的合法性。既然派遣单位与用工单位最初订立的派遣协议中明确约定了派遣期限，超过该期限，派遣单位即应收回劳动者，用工单位有继续使用行为的，派遣单位应督促其将劳动者退回。若派遣单位在督促退回后遭到用工单位拒绝，派遣单位主观上虽无过错，但派遣劳动关系在客观上实际处于非法状态，被架空为躯壳。基于劳动者与用工单位业已形成新的劳动关系的事实，法律以强制力消灭徒具躯壳的派遣劳动关系亦未尝不可，在解释上可认为是劳动合同的效力终止。

最后是如何判断哪些劳动者是超过比例而应被选择为转成直接雇佣的对象。比较法上对劳务派遣的限制主要是针对临时性设置使用派遣工最长期限，以明确的数字比例限制则罕见。这是我国法上面临的独特问题。笔者认为，对此应综合考虑各种因素而为决定。首先，如果劳动者是不同批次被派遣到用工单位的，有时间的先后顺序，则在使用派遣工比例超标的情形下，后发生的派遣应被认定为是超员的，应拟制为直接雇佣。再者，如果劳动者是同一时间被派遣到用工单位的，则基于对用人单位自主权的尊重，应允许用工单位择优确定转为直接雇佣的劳动者人选。

（二）合法派遣转正的协商机制

劳务派遣转正，除了法律强制机制外，尚有当事人自由协商机制可兹利用，但这一点却常常被忽视。在劳动法上，劳动关系的建立是以用人单位和劳动者协商订立劳动合同为基本机制的。劳务派遣亦不例外。虽劳动者最初与派遣单位协商建立了劳动关系，但并不排除日后解除或终止劳务派遣关系而与用工单位协商建立直接劳动关系。具体的情形，可能是派遣单位、用工单位和劳动者三方达成协议，也可能是劳动者从派遣单位辞职而与用工单位协商建立劳动关系。从转换可能发生的时间段而言存在三种情形：可以在将劳动者派遣至用工单位之初就预先约定好未来转为直接雇佣的条件，可以在派遣期限届满前中途协商转正事宜，还可能是用工期限届满时协商。既然派遣转正具有正面社会意义，且不违反任何法律条文，故对各种转换都应尽可能肯定其合法性。

1. 派遣劳动者“跳槽”

俗称“跳槽”即劳动者从原单位辞职而与新单位缔结劳动关系。劳动者从原派遣单位跳槽到用工单位，是可能的转正形式。劳动者享有择业权，即有选择跟谁建立劳动关系的自由。由择业权可引申出，劳动者可结束原来的劳动关系而另谋高就，即劳动者有辞职权。值得探讨的是，在劳务派遣这样一种特殊的三方法律关系架构下，劳动者的辞职权是否仍旧保有？这一困惑反映在《劳动合同法》制定过程中。根据该法第65条第1款：“被派遣劳动者可以依照本法第三十六条、第三十八条的规定与劳务派遣单位解除劳动合同。”第36条规定的是协议解除，第38条规定的是用人单位有过错时劳动者的即时解除权。夹在中间也是关系到就业自由最为重要的第37条——即劳动者的预告辞职权，在劳务派遣中却被刻意地摘除了。《劳动合同法》颁布后，围绕上述条文设计，关于派遣劳动者是否享有辞职权问题存在着不小的争论。尽管学者多倾向于肯定立场，但立法条文设计上的瑕疵造成的混乱认识始终存在。^[22]《劳务派遣暂行规定》解决了这一问题，其在第14条肯定了派遣劳动者亦享有辞职权，无需任何法定事由，只需履行提前通知义务，即可解除同派遣单位的劳动关系。如此，则劳动者从派遣单位辞职，又与用工单位建立直接的劳动关系，在法理上并无不可。

2. 派遣期限届满时的转正与限制转正特约之禁止

当派遣期限届满时，通常的情形是被派遣劳动者要从用工单位回到派遣单位，再派遣到其他用工单位。不过，如果用工单位有继续留用该劳动者的打算，则

于此阶段存在着双方协商建立直接劳动关系的可能性。许多国家的劳动法上都有促进和保障此种转换的制度设计,常见的规范模式是:一方面规定用工单位的直接雇佣义务,另一方面排除可能来自派遣单位的障碍。

如果用工单位使用派遣工的期限已经达到了法律规定的最长期限,则欲继续使用该劳动者,除了直接雇佣别无他途。日本《劳动者派遣法》在2003年进行修订,其中最重要的一项修改就是明确了用工单位在派遣期限届至时有向劳动者提出直接雇佣申请的义务。^[23]需要说明的是,此处所谓提出雇佣申请的法定义务,与前述直接雇佣的法律拟制不同。首先,前者发生的时间点是派遣期限即将届至,但尚未形成超期使用派遣工的违法事实;而后者是派遣期限经过,超期使用派遣工的违法事实已经持续一段时间。再者,于前者法律只是规定用工单位有提出雇佣申请的义务,并未直接拟制劳动关系成立,劳动关系的建立仍有赖于当事人的协商完成,且用工单位也可选择放弃使用该劳动者;而在后者,法律直接拟制雇佣关系存在,无用工单位表达意志的空间存在。比较起来,直接雇佣的申请提起义务较法律直接拟制雇佣关系更为缓和。

在派遣转正过程中,派遣单位可能制造麻烦,例如在最初订立的派遣协议或劳动合同中约定,禁止劳动者与用工单位建立直接劳动关系,即作禁止转正之特约。为排除此种障碍,许多国家的立法特别规定禁止派遣转正的特约无效。如《法国劳动法典(法律卷)》第1251-44条明确规定:任何禁止受派企业在任务完成后录用被派遣雇员的条款都无效。如果被派遣雇员被受派企业录用,其在受派企业的工龄从录用前的三个月开始起算;并且,如果企业规定了试用期,这三个月期间可以算作试用期的一部分。^[19]在德国依据《雇员转让法》的规定,如果雇员转让方与借用方或借用雇员约定,禁止借用方在借用雇员与转让方的劳动关系终止后,雇佣借用员工,则该约定无效。^[20]

3. 劳务派遣转正的三方协商机制——预定介绍派遣

派遣单位、用工单位与劳动者三方协商,在一定情形下使派遣劳动者转换为用工单位正式雇员,这是协议转正的理想方式。在比较法上确有这样的制度,如在日本有所谓预定介绍派遣。预定介绍派遣即在劳务派遣开始前或开始后,派遣单位依法取得职业介绍之许可或资格,对被派遣劳动者以及要派单位施行或预定施行职业介绍,在劳务派遣终止前,使被派遣劳动者与要派单位直接建立雇佣关系。^[24]预定介绍派遣

实际兼有职业介绍的性质,作为一类特殊的派遣,需要派遣单位另外取得特别的许可或资格,并不得在劳务派遣服务费之外另向用工单位收取职业介绍费。预定介绍派遣是非强制性的,只是提供了一种可能性通道,无论是对于用工单位还是劳动者,在劳动关系即将终止时,均可自愿选择是否如约建立直接雇佣关系。预定介绍派遣因与推动直接雇佣的法律旨趣相合,故被法律所认可乃至倡导。我国法上虽尚无关于派遣转正三方协商机制的正面规定,但是依劳动关系当事人自治的精神以及鼓励直接雇佣的政策导向,这样的做法应被解释为合法。

注释:

- ① 在我国的法律语境下,于严格的意义上区分“雇佣关系”和“劳动关系”,前者归民法调整,后者归劳动法调整。在宽泛的意义上,“雇佣关系”与“劳动关系”的概念可通用。在比较法上各国多采“雇佣关系”的概念表达,“雇佣关系”也就是我国所谓“劳动关系”。“雇”字准确传达了劳动关系的从属性特征。本文为行文简便,采用了“雇佣”的概念,与劳动关系同义,所谓“正式雇佣”也就是标准劳动关系。
- ② 此处所称用工总量是指用工单位订立劳动合同人数与使用的被派遣劳动者人数之和。
- ③ 参见《人社部就〈劳务派遣暂行规定〉有关问题答记者问》, <http://www.chinanews.com/gn/2014/01-26/5785068.shtml>。
- ④ 参见《劳动合同法》第14条第3款。
- ⑤ 根据《劳动合同法》第26条:“下列劳动合同无效或者部分无效:(一)以欺诈、胁迫的手段或者乘人之危,使对方在违背真实意思的情况下订立或者变更劳动合同的;(二)用人单位免除自己的法定责任、排除劳动者权利的;(三)违反法律、行政法规强制性规定的。”关于劳务派遣适用范围的“三性”规定是强制性规定,故违反的结果将导致合同无效。

参考文献:

- [1] 周长征. 劳务派遣的超常发展与法律再规制[J]. 中国劳动, 2012(5): 26.
- [2] 董保华. 劳务派遣的题中应有之义——论劳务派遣超常发展的“堵”与“疏”[J]. 探索与争鸣, 2012(8): 38.
- [3] 全总劳务派遣问题课题组. 当前我国劳务派遣用工现状调查[J]. 中国劳动, 2012(5): 23.
- [4] 沈同仙. 论我国劳务派遣适用范围的法律规制[J]. 苏州大学学报, 2013(3): 73-74.
- [5] 郑尚元. 不当劳务派遣及其管制[J]. 法学家, 2008(2): 9.
- [6] 尹明生. 废除我国劳务派遣制度之实证与理论探析[J]. 西南民族大学学报, 2013(11): 71-76.
- [7] Reinhold Fahlbeck, Flexibility: Potentials and challenges for labor law [J]. Comparative Labor Law & Policy Journal, 1998(4): 515-546.
- [8] 李凌云. 国际劳工组织对劳动力派遣的法律规制[J]. 工会理论研究, 2011(3): 1-4.

- [9] 邢雪艳. 变化中的日本雇佣体系[J]. 日本学刊, 2007(2): 109-122.
- [10] 杨伟国, 苏静. 欧洲就业战略: 从就业抑制到就业激励[J]. 欧洲研究, 2005(6): 54-66.
- [11] 石美遐. 劳动关系弹性化的利与弊[J]. 中国国情国力, 2007(4): 54-56.
- [12] 郑尚元. 劳务派遣用工管制与放松之平衡——兼析《劳动合同法》第58条第2款[J]. 法学, 2014(7): 49-58.
- [13] 姜俊禄, 赵立行. 有关劳务派遣岗位“临时性”的研究[J]. 中国劳动, 2012(5): 30.
- [14] 肖云, 文莉, 胡同泽. 中低层灵活就业群体就业意愿与就业环境的整合研究[J]. 城市发展研究, 2007(1): 69-70.
- [15] 王全兴, 杨浩楠. 试论劳务派遣中的同工同酬——兼评2012年《劳动合同法修正案》[J]. 苏州大学学报, 2013(3): 61.
- [16] 郑娟. 中原油田劳务派遣工劳动权益问题的调研与思考[J]. 中国劳动关系学院学报, 2012(2): 55.
- [17] 程延园. 劳动合同法修改解读: 劳务派遣何去何从[J]. 人力资源管理, 2013(2): 11.
- [18] 李嘉娜. 防范劳务派遣遁入“劳务外包”[J]. 中国工人, 2013(9): 18.
- [19] 郑爱青. 法国劳动合同法概要[M]. 北京: 光明日报出版社, 2010: 73-71.
- [20] 钱叶芳. 劳务派遣规制强度的国际比较及对我国的启示[J]. 法治研究, 2013(5): 80.
- [21] 周国良. 劳务派遣违法行为规制需要回答三个问题[J]. 中国劳动, 2013(10): 21.
- [22] 赵德淳. 对劳务派遣中的劳动关系再规制[J]. 财经问题研究, 2012(7): 98.
- [23] [日]荒木尚志. 日本劳动法(增补版)[M]. 李坤刚, 牛志奎译. 北京: 北京大学出版社, 2010: 37-38.
- [24] 李海明. 劳动派遣法原论[M]. 北京: 清华大学出版社, 2012: 253-254.

On transition from labor dispatching to formal employment

TIAN Ye

(School of Liberal Arts and Law, Tianjin University, Tianjin 300072, China)

Abstract: The abnormal development of labor dispatching deviates the essence of legislation and results in negative influences. To come back to the right way, labor dispatching should be transformed to formal employments, which can be fully justified by some policy considerations including balance between employers' freedom and social justice, co-ordination of legal regulation and deregulation, and the nature of labor dispatching as a kind of temporary employment. In the context of increasingly strict legislation for labor dispatching regulation, the transformation should be strongly stipulated, which provides some rules of legal guidance. If an employer uses dispatched workers beyond the scope set by the law, legislation should lay down through compulsive transition in a reasonable way that direct employment relation exists between them. Lawful use of dispatched workers can also be transformed to standard form of employment through negotiation mechanism.

Key Words: labor dispatching; formal employment; transformation; policy considerations; compulsive transition; negotiation mechanism

[编辑: 苏慧]