

论劳务派遣的司法规制——以逆向劳务派遣为进路^①

薛长礼^②

北京化工大学文法学院

E-mail: xuechangli@126.com

摘要：在劳务派遣发展过程中，出现“问题-规范-新问题-再规范”的现象，这是一种立法主导的法律规制模式。《劳动合同法》以及后续规范劳务派遣制度的立法之所以难以达到预期法律效果，原因之一是立法主导的法律规制模式之下，司法裁判的理念、公共政策效应与立法的偏离和背离，而问题却不能归结于司法。为此，应反思立法主导规制模式的局限性，发挥劳务派遣司法规制的作用，从雇主责任、平等待遇、程序性要求、证据责任等方面寻求司法克制与司法能动的平衡，进而达致对劳务派遣发展中的法治化、市场化规制。

关键词：劳务派遣 逆向派遣 能动司法 公共政策

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，劳务派遣超常发展引起全社会的关注，国家对此现象的法律态度十分明确，通过一系列逐层递进的立法，表达了日趋严格的限制性法律立场。同一时期，理论界对劳务派遣的学术态度尽管有“存废之争”和“规范之争”，^③但多数观点主张集中于“规范之争”，只不过规范之管制强度、程度不同而已。^④

按照一般的法律实践逻辑，立法后法律实施效果如何，宏观上取决于特定时空下的社会经济文化结构，微观上取决于立法质量高低、行政执法严格还是宽松、司法克制抑或司法能动，守法主体自觉还是被动等因素。值得注意的是，劳务派遣法治实践呈现出失衡的法治结构，可以称之为“立法主导”的法律规制模式。立法主导的劳务派遣规制模式的特点是国家立法积极主动，守法主体（主要是用人单位、用工单位、劳务派遣单位）消极被动，行政机构无力全面执法，或曰选择性执法，司法机构遵循严格的法条主义，司法裁判理念与立法精神无法保持始

①本文为国家社科基金项目《我国劳动就业公共服务法治保障体系研究》（项目编号13BFX140）的阶段性研究成果。

②薛长礼，法学博士，北京化工大学文法学院教授、法律系主任、硕士研究生导师，主要研究方向为社会法、法理学。

③董保华：《劳务派遣的题中应有之义——论劳动派遣超常发展的“堵”与“疏”》，载《探索与争鸣》2012年第8期，第38-43页。

④钱叶芳：《劳务派遣规制强度的国际比较及对我国的启示》，载《法治研究》2012年第5期，第77-85页。

终如一的一致，出现偏离甚至背离，这些因素综合为法治结构性的一体时，由于各种力量没有全部形成正向合力，甚至出现逆向力量，导致劳务派遣法律规制效果与预期效果相去甚远。^⑤于是，立法机关针对实践中出现的新问题进行新一轮立法加以规范，形成“问题-规范-新问题-再规范”的立法循环。立法主导的劳务派遣规制模式的实践形态虽然没有固化标准，但基本特征却是愈益明显：法律法规实施后，部分用人单位或者用工单位、劳务派遣单位的基本态度不是从守法思维出发，而是从法律规避思维出发，采取不断翻新的、变相的派遣用工形式，或者打法律擦边球，或者寻求法律漏洞、法律空白，使之与典型的、正常的劳务派遣用工具有形式上全部或者部分的相似性、雷同性，或者与典型的、正常的劳务派遣用工边界模糊，不易识别，进而达到以名义劳务派遣、不当劳务派遣，乃至虚假劳务派遣替代劳动合同用工的目的^{⑥①}，同时实现了将用人单位置换为用工单位，用人单位与用工单位法律权利、义务、责任置换的目的，结果往往是用人单位（或用工单位）、劳务派遣单位利益双赢、被派遣劳动者合法权益受到侵害、减损。对于这一现象，有的学者称其为劳务派遣的“规制失灵”。

毫无疑问，立法主导的劳务派遣法律规制模式形成的原因是多元的，反思这些原因固然重要，但更为重要的是反思其达致的法律实效、社会秩序以及法律实效、社会秩序背后的结构性支配力量。本文的主旨在于从司法规制的角度，检视劳务派遣争议处理中折射的司法理念，反思司法理念与立法精神的吻合或一致性程度，探讨司法理念与立法精神偏离、背离之于法治社会秩序、法治效果的影响。本文的研究方法采用案例分析的方式，以逆向劳务派遣的司法规制为研究路径，逐渐厘清司法之维的劳务派遣法律规制隐含的问题，提出解决这些问题的政策性思路。需要进一步说明的是，第一，虽然劳动人事仲裁机构不是司法机构，但其仲裁职能带有准司法性质，体现了裁判法的司法特征，本文将其与法院一并纳入分析范围，不做具体细分。第二，本文探究劳务派遣的司法规制，但不意味着立法、行政执法和守法等因素之于劳务派遣规制没有积极意义，事实上，劳务派遣的法律规制是一个系统工程，有赖于多种法律手段的综合实施，而不仅仅依凭某一种法律方式，但囿于论题需要，笔者没有将这些法律手段全部纳入研究范围。

二、逆向劳务派遣：劳务派遣司法规制的现实一种

在《劳动合同法》以及后续规范劳务派遣制度的立法颁布实施之后，司法机构对于相关法律的解释、适用与具体个案的裁判，无疑是“服从规则治理事业”的劳动法治的重要构成部分，劳务派遣规制的司法立场也会对劳务派遣发展产生极具公共政策效应的影响。尽管没有劳务派遣案件的权威统计数据，从现有的中国裁判文书网、“北大法宝”案例库等收集的案例切入，可以发现劳务派遣司法规制的理念之一，当然不是全部理念。笔者以“劳务派遣”作为关键词，检索“中

^⑤董保华：《论劳务派遣立法中的思维定势》，载《苏州大学学报》2013年第3期，第51页。

^⑥郑尚元：《不当劳务派遣及其规制》，载《法学家》2008年第2期，第8-12页。

国裁判文书网”和“北大法宝”的案例全文，自 2014 年 1 月 1 日至 2014 年 12 月 31 日，“中国裁判文书网”收集涉及劳务派遣的案件 6017 例，“北大法宝”收集涉及劳务派遣的案件 841 例。案例数量之多一方面说明劳务派遣纠纷已经成为劳动争议的一个重要类型，另一方面说明，司法裁判在规制劳务派遣中发挥的作用越来越重要，但数量之多无以阐释司法的立场，只有从个案切入，才能解构案例蕴含的司法立场，至少是一种司法立场。为此，本文引入一个以逆向劳务派遣为主要争议的劳动争议案例，作为分析的起点。

2008 年以来，在劳务派遣超常发展的过程中，一个颇受争议的派遣形式是逆向劳务派遣。所谓逆向劳务派遣，是指用人单位与劳动者解除、终止劳动合同后，劳动者与用人单位指定的劳务派遣单位签订劳动合同，再由劳务派遣单位将其派遣回原用人单位工作的一种派遣方式。原告于 2004 年 11 月 20 日进入被告某幼儿园工作，担任保育员，从 2004 年至 2011 年 7 月 31 日曾多次与某幼儿园签订聘用合同，聘用合同终止时间为 2011 年 7 月 31 日。2011 年 7 月 31 日聘用合同到期后，某幼儿园没有与原告续签合同，但继续留用原告。2011 年 11 月 23 日，某幼儿园要求全体教师和被告某公司签署劳务派遣合同，合同签署日期一律倒签为 2011 年 8 月 1 日，并表示“不签合同就没有工作”，中断社会保险。原告担心“不签合同就没有工作”、中断社会保险，按要求与某公司签署劳动合同。劳动合同的甲方为某公司，乙方为原告，签订日期为 2011 年 8 月 1 日，合同期限为 2011 年 8 月 1 日至 2013 年 7 月 31 日，某公司派遣原告至某幼儿园工作。在签订劳动合同的同日，某公司将事先印制好的《劳务人员劳动关系承诺书》让包括原告在内的全体教师签字，《劳务人员劳动关系承诺书》的内容为：本人确认已经与原工作单位终止了劳动关系，并保证所提供的入职材料真实可靠，若因提供虚假信息，所产生的一切责任由本人自付。自此原告成为某公司的劳务派遣人员，继续在某幼儿园工作，直至 2012 年 7 月 4 日。此外，2009 年 11 月，某幼儿园组织教师到广州、深圳、珠海考察旅游，没有安排原告参加，原告主张按同工同酬原则给予补偿。2012 年 7 月 4 日，原告以某公司和某幼儿园为共同被申请人向区劳动人事争议仲裁委员会（以下简称仲裁委）提起申诉，提出确认与某公司的劳务派遣合同书自始无效；某幼儿园继续履行聘用合同并立即与其订立聘用至退休的合同或无固定期限劳动合同；支付 2004 年 11 月至 2012 年 7 月 31 日某幼儿园违法解除聘用劳动合同的双倍赔偿金及加付 50%赔偿金；支付 2011 年 8 月 1 日至 2012 年 7 月 31 日双倍工资差额并加付 25%赔偿金；支付解除聘用劳动关系未提前 30 日书面形式通知的一个月工资补偿金；按照同工同酬原则，支付 2009 年 11 月未能参加某幼儿园考察旅游费等 10 项要求。2012 年 11 月 22 日，仲裁委裁决驳回原告的仲裁请求。原告不服，诉至某区人民法院。原审法院审理认为：原告与某公司通过签订劳动合同建立劳动关系并已实际履行，原告提交的证据不足以证明其与某公司签订《劳动合同书》时，某幼儿园或某公司存在欺诈、胁迫或者乘人之危等情形，驳回原告关于与某公司签订的劳动合同无效的诉求。2011 年 11 月 23 日补签劳动合同将用工期限追溯到 2011 年 8 月 1 日，应视为原

告认可与某公司建立劳动关系日期为 2011 年 8 月 1 日。原告在其签署的《劳务人员劳动关系承诺书》中已确认与某幼儿园终止了劳动关系，驳回其要求某幼儿园继续履行聘用合同并与其订立聘用至退休的聘用合同、支付其自 2011 年 8 月 1 日至 2012 年 7 月 31 日期间双倍工资差额、2012 年 8 月 1 日至与其签订无固定期限劳动合同之间的双倍工资差额的诉讼请求。某幼儿园有权自主确定本单位外出考察的职工范围，原告未能证明某幼儿园存在对 2009 年未参加考察的职工支付费用的规定或约定，法院驳回其要求某幼儿园支付考察旅游费的诉讼请求。一审判决后，某幼儿园、某公司均同意原判。原告不服，仍持原诉理由及请求上诉至北京市某中级人民法院，二审法院审理后驳回上诉，维持原判。^⑦

三、合法还是违法：逆向劳务派遣司法判准的初步讨论

逆向劳务派遣是《劳动合同法》实施以来出现的新问题，从少量出现到大规模蔓延，其发展不可谓不迅速，但与迅速发展相伴随的是多方人士的质疑与争议，主要质疑之点集中于逆向劳务派遣是否具有合法性。学界对此问题的讨论持续数载，主要形成了三种不同的观点。第一种观点认为，逆向劳务派遣是一种不违法的劳务派遣行为。^⑧如果从立法设定的劳务派遣构成要件分析，这一观点有其道理。《劳动合同法》以及全国人大常委会《关于修改〈中华人民共和国劳动合同法〉的决定》（简称《劳动合同法》修正案）、人力资源和社会保障部《劳务派遣行政许可实施办法》、《劳务派遣暂行规定》没有对逆向劳务派遣问题做出专门规范，因此，逆向劳务派遣只要符合劳务派遣的法定构成要件即为合法行为。按照《劳动合同法》等法律法规的规定，劳务派遣的法定构成要件可以概括为：一是主体要件，三个合法主体为获得行政许可、具备经营劳务派遣业务资质的劳务派遣单位、用工单位和被派遣劳动者。二是合同要件，劳务派遣单位与被派遣劳动者之间签订劳动合同，用工单位与劳务派遣单位之间订立劳务派遣合同。三是岗位要件，劳动派遣的岗位为用工单位的临时性、辅助性、替代性岗位，三性岗位的界定符合法定标准。四是比例要件，被派遣劳动者数量不得超过其用工总量的 10%。至于在履行劳务派遣协议过程中用工单位应履行的义务、遵循同工同酬原则等，并不是劳务派遣法定构成要件，而是劳务派遣各主体之间的权利义务关系。第二种观点认为逆向劳务派遣没有正当性基础，属于指名派遣，具有违法性。^⑨第三种观点认为，“一概而论逆向劳务派遣是否违法既不科学，也无意义，应该确立起确立逆向派遣违法的综合衡量标准。”^⑩笔者认为，第一种观点的问题在于没有考虑逆向派遣的实质和本质，专注强调了逆向派遣的形式特征。第二种观点强调逆向劳务派遣规避法律，逃避法律责任的实质，但没有考虑法治的“形式理

^⑦案件来源，中国裁判文书网（<http://www.court.gov.cn/zgcpwsw/>）。

^⑧问清泓、宋晓波：《逆向劳务派遣之法律规制研究》，载《中国人力资源开发》2009 年第 6 期，第 84 页。

^⑨谢德成：《我国劳务派遣法律定位的再思考》，载《当代法学》2013 年第 1 期，第 121-122 页。

^⑩冯彦君、李娜：《劳务派遣的法治化探寻》，载《学习与探索》2013 年第 8 期，第 72-73 页。

性”，较为可取的是第三种观点。在法律没有明确规范，最高法院没有司法解释的前提下，司法机构在判断逆向劳务派遣合法性承担了极为重要的作用。

总体而言，形式上具有合法性的逆向劳务派遣在实践运行中可能向两个方向发展：合法派遣与违法派遣。合法派遣自为法律所允许、保护，现实生活中也容易识别，比较而言，难以把握和识别的是违法派遣。所谓违法派遣，是指用工单位与劳务派遣单位以名义上的劳务派遣为合法手段，在违背劳动者真实意思的前提下，将用人单位劳动合同用工置换为劳务派遣用工，用人单位由此转换为用工单位，其承担的法律責任也发生相应变化的诸种情形。因此，在司法裁判过程中，如何判断逆向派遣的违法性至关重要。有学者提出逆向派遣违法性的综合标准至少包含三个方面：“其一是规模（人数）标准，即是否大规模地采用逆向劳务派遣；其二是时间（间隔期）标准，即是否在短期内又重新使用原班人马。其三是手段标准，即是否在解约与重新缔约过程中采用欺诈、强迫等手段，是否违背劳动者真实意愿而为之。”¹¹ 笔者部分地赞同这一标准。在现行劳动法律法规框架之内，无论逆向劳务派遣的人数是一人还是数量巨大、间隔期是一天、一周、一月还是其他的“短期”，并无违法之处，换言之，现行法律法规并没有关于逆向派遣人数、间隔期等是否违法的规定，按照“法无禁止即自由”的原则，用工单位与劳务派遣单位只要通过真实合意达成劳务派遣协议，其中的人数、时间等约定即为有效，具有受法律保护合同效力。问题的关键在于，判断逆向劳务派遣违法与否的标准，核心因素在于是否侵犯被派遣劳动者的“法益”，主要的表现是解除原约和缔结新约过程中是否违背被派遣劳动者的真实意志，即在与原用人单位签订解除、终止劳动合同，与劳务派遣单位之间签订劳动合同时是否表达其真实意思。《劳动合同法》第 26 条规定，“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”的情形导致劳动合同无效或部分无效。由此，无论是仲裁阶段还是诉讼阶段，判断逆向劳务派遣之违法性的标准可以概括为两个方面：一是用人单位解除、终止劳动者劳动合同的合法性，例如，是否符合实体的、程序的法定条件，是否依法向劳动者支付经济补偿，是否出具解除、终止劳动合同证明，是否办理社会保险关系、档案关系转移等等；二是解约与缔约的合法性。在解除、终止原劳动合同与缔结新劳动合同过程中，劳动者是否意思表示真实，是否存在用人单位强迫、欺诈、乘人之危等导致劳动合同无效的行为和情形。只要同时具备这两个合法性条件，即使逆向派遣的人数多、两个合同之间间隔时间短，都不会影响逆向派遣的合法性。

四、规则之治还是社会之治：

逆向劳务派遣纠纷解决司法理念的展开讨论

一如前述，在《劳动合同法》以及后续立法对逆向劳务派遣缺乏明确规范时，司法裁判对于判定其合法性发挥至关重要的作用。按照传统的观点，“司法的本质主要应当是为了对于个别权利侵害给予事后的救济或者制裁，而不是被当

¹¹冯彦君、李娜：《劳务派遣的法治化探寻》，载《学习与探索》2013 年第 8 期，第 73 页。

做国家积极介入社会生活的重要手段,更不是实现司法机构或法官个人功利性目的的工具”¹²但当代中国社会的法治实践和经验表明了另一种司法观,司法裁判的审理过程和裁判结果不再仅仅是对个案纠纷的裁判,其影响往往产生溢出效应,直接或间接地塑造或瓦解了某一法律制度,进而影响了人们的现实生活和社会秩序。如果说《劳动合同法》规范的劳务派遣制度只是文本法律,只是一种“半存在”形式法律的话,司法、执法、守法构成这一法律的另一个“半存在”。就司法而言,无论法院和法官是否意识到,法院和法官的产品——司法审理和判决——展示了司法之于法律的建构性意义。此时,法官职业化、专业化的意义日益凸显,司法机构的司法能力、水平,其秉持何种司法理念,是追求形式法治,还是追求实质法治,构成了法律实施的决定性因素。亦即,司法机构在审理个案的同时,无论是否意识到个案背后的社会需求,是否意识到个案中蕴含的公共政策意义,都会在不经意之间留下司法之于法律秩序的建构性力量。

正是基于这样的前提性判断,笔者引入一个较为典型的劳务派遣案例加以讨论,以期探究司法对待劳务派遣的基本立场,检视司法判决背后的司法理念及其引致的法律效果与社会效果,进而梳理司法引导劳务派遣发展方向政策性效应的可能性。

前引案例是一例比较典型的逆向劳务派遣引发的劳动争议案件。原用人单位与劳动者终止劳动合同,同时要求劳动者与指定的劳务派遣公司签订劳动合同,再由劳务派遣公司将劳动者派遣至原用人单位,继续在原单位、原岗位工作。在此过程中,劳动者与原用人单位产生劳动纠纷,涉及劳务派遣单位。争议焦点是在原用人单位与劳动者之间的劳动关系转承为劳务派遣公司与劳动者之间的劳动关系过程中衍生出的系列问题,背后的深层次问题凝聚为逆向劳务派遣的合法性问题。依凭前述建构的确立逆向劳务派遣违法性的两个判准,我们至少可以从案例中开放出以下两个深具法治意义的两个问题。

第一,劳动者与原用人单位劳动关系解除、终止的合法性问题。即本案例中原告与某幼儿园劳动关系解除、终止问题。在劳动仲裁阶段,原告曾主张要求某幼儿园支付违法解除 2004 年 11 月至 2012 年 7 月 31 日期间聘用劳动合同的双倍赔偿金 75779.52 元及加付 50%赔偿金 37889.76 元,仲裁委员会认为违法解除不成立,驳回其请求,原告向原审法院起诉时,没有继续提出该项请求,因此法院没有进行审理。原告提出这一请求是基于以下自我判断的理由:2011 年 7 月 31 日劳动合同到期后,双方没有续签劳动合同,直至 11 月 23 日某公司采取倒签日期的方式与原告签订劳动合同是无效的,原告与某幼儿园已经形成了事实劳动关系,某幼儿园的行为因此构成违法解除,应向其支付违法解除双倍赔偿经,并支付解除聘用劳动关系未提前 30 日书面形式通知的一个月工资补偿金 11984.29 元。事实上,某幼儿园既没有向原告送达书面解除、终止劳动关系的通知,也没有向原告出具书面解除、终止劳动关系的证明,仲裁委员会做出违法解除不成立的主要证据是原告在其签署的《劳务人员劳动关系承诺书》确认与某幼儿园终止

¹²张榕:《司法克制下的司法能动》,载《现代法学》2008 年第 2 期,第 180 页。

了劳动关系。这一裁决既没有考虑《劳务人员劳动关系承诺书》的形成过程以及在此过程中劳动者的真实意愿,也没有综合考虑某幼儿园解除劳动合同程序上的瑕疵,断然认定不构成“违法解除”,显属不当,至少从程序上某幼儿园违背《劳动合同法》的作法也会导致其行为构成不当解雇。虽然在诉讼阶段原告不再提出这一诉求,但不意味这一问题得到解决。原审法院和二审法院在判决其他诉求时认定原告与某公司之间《劳务人员劳动关系承诺书》有效,可以推定法院认可原告与某幼儿园之间的劳动关系于 2011 年 7 月 31 日终止,但这一认定同样缺乏某幼儿园程序性文件的支持。换言之,是原告没有提出终止劳动合同经济补偿金的诉求才使得原审法院和二审法院裁判时不必面临没有书面通知的终止、解除劳动合同行为是否有效的认定。在此情形之下,如果某幼儿园的两个法律行为同时具有合法性,即一方面终止与原告的劳动关系,另一方面又要求原告与某公司签订劳动合同后再以派遣的方式回到原岗位工作,则其向原告支付 2008 年 1 月 1 日至 2011 年 7 月 31 日期间劳动合同终止的经济补偿金于法有据,《劳动合同法》第 44 条、第 46 条对此有明确规定。仲裁机构既裁决某幼儿园的解雇具有合法性,不需支付经济补偿和赔偿,又支持某幼儿园的逆向派遣,在法律上无法达致逻辑自恰,前后矛盾。

第二,原告与被告某公司之间劳动合同的有效性问题的认定直接影响原告要求某幼儿园支付自 2011 年 8 月 1 日至 2012 年 7 月 31 日期间双倍工资差额、2012 年 8 月 1 日至与其签订无固定期限劳动合同之间的双倍工资差额的诉讼请求。如果原告与某公司之间的劳动合同无效,则双倍工资差额的主张必会得到支持,如果合同有效,则不会得到支持。原审法院和二审法院在裁判这一问题时的基本逻辑是:原告的证据不足以证明某幼儿园或某公司存在欺诈、胁迫或者乘人之危等情形,因此劳动合同有效;2011 年 11 月 23 日倒签劳动合同的行为是将用工期限追溯到 2011 年 8 月 1 日,是原告认可与某公司建立劳动关系的时间为 2011 年 8 月 1 日,原告在其签署的《劳务人员劳动关系承诺书》中确认与某幼儿园终止劳动关系,因此双倍工资差额的主张不应支持。按照《劳动合同法》第 26 条的规定,“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情形”导致劳动合同无效或者部分无效,这意味着依凭本条做出判断时,需要同时满足两个条件,才能认定劳动合同无效。一是方法条件,具备欺诈、胁迫或者乘人之危之一即可;二是结果条件,对方“违背真实意思”而订立、变更劳动合同。回归本案,且不说原告的证据是否足以证明某幼儿园存在“欺诈、胁迫的手段或者乘人之危”的行为,毕竟法官具有裁量自由权,即使法官认定原告的证据不足以证明“欺诈、胁迫的手段或者乘人之危”,法院也仅仅具备了《劳动合同法》第 26 条第一项规定的“方法条件”,没有考量是否违背原告的“真实意思”的“结果条件”,其得出劳动合同有效的结论有失偏颇,经不起推敲。从社会常识的角度分析,一方面,原告提交了其他教师的证言证明:2011 年 11 月 23 日某幼儿园召开会议,要求全体非在编教师与某公司签署劳务派遣合同,且倒签合同日期为 2011 年 8 月 1 日,否则“不签合同就没

有工作”和中断社会保险，大家因不明真相和害怕，无奈之下签署了劳动合同。另一方面，原告与被告某公司签订劳动合同的真实意思是继续在某幼儿园工作，关键意思是“在某幼儿园工作”，如果有可能，原告没有必要通过某公司派遣的方式，而是会直接与某幼儿园签订劳动合同的方式在幼儿园工作，正是由于不可能，才在“无奈之下”，同意与某公司签订劳动合同。因此，原审法院和二审法院关于劳动合同无效的论证是不充分的。本案中，原审法院关于倒签劳动合同法律后果的认定同样值得商榷。原审法院认为，“即便如原告所主张该《劳动合同书》为 2011 年 11 月 23 日补签，但补签的劳动合同中将用工期限追溯到了 2011 年 8 月 1 日，应视为原告认可与某公司建立劳动关系日期为 2011 年 8 月 1 日。”可以看出，倒签劳动合同的行为首先违背了当事人一方的意思表示，违背了基本的事实，应属于无效行为，其次倒签劳动合同不仅仅证明劳动关系建立的时间，更为重要的是，还影响到判断原告与某幼儿园之间劳动关系形态，进而决定是否支付双倍工资差额问题，原审法院的这一认定暴露了其判断逻辑的瑕疵。在本案中发挥关键作用的一份证据是《劳务人员劳动关系承诺书》，仲裁委员会和法院都据此证据认定原告与某幼儿园终止劳动关系，看似没有问题，实际上却有诸多疑点。首先，这一证据存在倒签的可能；其次，作为终止劳动关系的基本要求，诸如发出终止劳动关系通知书、提供劳动关系终止证明等等，某幼儿园都没能提供，仲裁委员会和法院应综合考虑这些基本证据，整体性地分析某一证据的真实性，而不是孤立地、片面的理解证据效力，并据此得出带有局限性的结论。

虽然这是近年来众多有关劳务派遣中的一个逆向派遣案例，却不经意地表达了我国司法机构面对劳务派遣的一种司法立场。与国家立法层面对待劳务派遣日趋严格限制的立场不同，这是一种立足《劳动合同法》和相关法律法规的“规则之治”的立场，甚至是一种严格法条主义、克制的、保守的立场，基本上无视或者忽略了立法机构的出发点、立法意图，是一种与立法精神、立法预期有时吻合、有时偏离、有时背离的司法态度。需要说明的是，这只是一种司法立场，不意味全部司法机构审理此类案件均持有相同立场，甚至不能说这是司法机构的基本立场，但这一立场却隐含了一些带有启发性的问题。第一，法律实施的效果问题。对于同一法律问题，司法机构对于法律的实践是否与立法本意、立法精神相一致，或者是否必须一致？《劳动合同法》以及后续立法对于劳务派遣的规制不可谓不严格，但法律效果不甚理想，究其原因，劳务派遣司法规制所遵循的“规则之治”司法理念与立法上追求“社会之治”与“规则之治”相结合的立法精神不一致是一个重要原因，当然不是唯一原因。司法之于立法的“一致性”需要合适的尺度，以不丧失司法的独立性为边界，否则，司法完全处于立法的绝对性支配之下，放弃自身的理念追求和品格，实际上只能是与法治越来越远，因为“当一致性变成压迫的一致性时，一致性就不再是好东西了。”¹³第二，司法如何面对社会现实与社会需求。司法的基本功能是“定纷止争”，在发挥这一功能的同时，司法是否需要考虑纷争背后的社会现实与社会需求呢？换言之，在劳务派遣出现超常发展、

¹³苏力：《关于能动司法》，载《法律适用》2010 年第 2、3 期，第 69-70 页。

立法不断更新的情形下，司法在裁判案件时是否需要考虑为限制劳务派遣发展发挥一臂之力？答案是审慎的。司法需要，也只能在规则的框架内运行，法官可以行使自由裁量权，但都不能背离法治。如果社会现实不能在法律的治理下变得更好、更为有序，则说明社会需求新的法律。“法律的终极原因是社会的福利。未达到其目标的规则不可能永久性地证明其存在是合理的。”¹⁴司法需要保持自身的权力操守，在此前提下，司法不能为限制劳务派遣而选择性地认定事实，从而做出不利于劳务派遣单位、用工单位的判决，但却可以在法治的自由裁量空间内考虑社会现实。这就涉及到第三，司法个案的公共政策效应。司法面对个案时与社会现实保持审慎的距离是司法本性使然，但这不意味司法超然于社会之外，司法也不可能超然于社会之外，越来越多的事实表明，“法院在处理一些案件时，不单要考虑过去已经发生的事实并简单地适用既有的法律规范来解决纠纷，还必须考虑判决的政策性和社会性效果。”^②前述案例关于逆向派遣判决的分析，只是揭示了审理中的证据和逻辑问题，尽管存在诸多不当之处，仍属于法律规范之内的问题，直接结果是一个劳动者的合法权益没有得到保护，间接结果或者审层次的问题是政策性效果。无论是劳务派遣单位，还是用人单位，都可以从本案例中解读出司法的政策性判断是逆向劳务派遣不具有违法性，无疑这会助长逆向劳务派遣的发展，至少会增加具有类似作法单位的自信。

五、公共理性：劳务派遣司法规制的重点问题与路径选择

博登海默曾经不无感慨地认为，“只有那些以某种具体和妥切的方式将刚性和灵活性完美结合在一起的法律制度，才是真正伟大的法律制度。”¹⁵劳务派遣作为一种倍受发达国家关注的用工制度，已然具有许多可资借鉴的成熟立法和司法判例，虽然不能简单移植他国法律，但却可以从中发掘能够融入我国经济社会发展诸多制度性因素。经过数年的完善与修订，我国的《劳动合同法》、《劳动合同法实施条例》、《劳动合同法修正案》以及人力资源和社会保障部的部门规章等关于劳务派遣制度的立法已然体系化、结构化，在立法基本到位、刚性制度逐渐完备的前提之下，一些需要在运行中加以明确、弥补的问题，不仅需要，也完全可以通过司法机构的具体个案，运用法律解释、自由裁量等司法技术，灵活地加以解决。需要注意的是，各个案件看似散乱，其中折射着影响劳务派遣的不同声音、因素与力量，凝聚成具有公共政策的社会共识，引导社会资源的配置和制度发展方向。因此，劳务派遣的司法规制必须保持一种公共理性的清醒，意识到“逻辑、历史、习惯、效用以及为人们接受的正确行为的标准是一些独自或共同影响法律进步的力量。在某个具体案件中，哪种力量将起支配作用，这在很大程度上必定取决于将因此得以推进或损害的诸多社会利益的相对重要性或相对价

¹⁴张友连：《最高人民法院公共政策创制功能研究》，法律出版社2010年6月版，第18页。

¹⁵E. 博登海默：《法理学、法律哲学与法律方法》，邓正来译，中国政法大学出版社2004年版，第424页。

值。”¹⁶只有这样，才能避免步入政治理性或技艺理性的极端¹⁷，在司法克制与司法能动之间寻求促进劳务派遣法治化的路径与制度安排。劳务派遣司法规制中至少需要处理以下重点问题

第一，雇主责任及其分配的司法认定。

在实践中，劳务派遣得到迅速发展的原因之一是用工单位通过引入劳务派遣用工，以期由劳务派遣单位承担雇主责任，达到实际用工但不承担或少承担雇主责任的目的。这一意图在逆向劳务派遣中体现地尤为明显，劳动者在原单位、原岗位工作，但劳动合同主体已然实现了置换，劳务派遣单位成为法律意义上的“雇主”。《劳动合同法》第 58 条明确规定了劳务派遣单位与被派遣劳动者签订劳动合同，是劳动法意义上的“用人单位”，履行雇主权利义务，但对用工单位的法律地位没有明确做出界定，并在《劳动合同法》与《劳动合同法修正案》之间出现了细微的变化。《劳动合同法》第 62 条规定用工单位应履行的义务包括：(1) 执行国家劳动标准，提供相应的劳动条件和劳动保护；(2) 告知被派遣劳动者的工作要求和劳动报酬；(3) 支付加班费、绩效奖金，提供与工作岗位相关的福利待遇；(4) 对在岗被派遣劳动者进行工作岗位所必需的培训；(5) 连续用工的，实行正常的工资调整机制。第 92 条规定，“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责任。”值得注意的是，《劳动合同法修正案》对第 92 条的规定做了修订，将“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责任”修改为“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”。这意味着，如果用工单位给被派遣劳动者造成损害，劳务派遣单位与用工单位应承担连带赔偿责任，如果劳务派遣单位给被派遣劳动者造成损害，法律没有要求用工单位必须承担连带责任。这样的立法直接导致了司法不得不面对的问题：在劳务派遣法律关系中，究竟是只有“劳务派遣单位”一个雇主，还是有“劳务派遣单位”与“用工单位”两个主体构成“联合雇主”？在司法裁判中，法官必须做出选择，在劳动合同法立法没有界定用工单位“雇主”身份的前提下，能否将用工单位解释为“联合雇主”？有学者主张劳务派遣单位与用工单位构成“联合雇主”¹⁸，有学者反对“联合雇主”，主张在制度上只能选择“单一雇主”¹⁹。笔者认为，在司法实践中，司法机构应采取“联合雇主”学说，将用工单位解释为“雇主”。理由如下：

一是事实基础。在劳务派遣法律关系中，劳务派遣单位与用工单位均行使了雇主的部分职能，只有将二者的职能叠加在一起，才构成完整的雇主职能。因此，劳务派遣法律关系只不过是雇主责任分割开来，由劳务派遣单位与用工单位分别行使或重叠行使而已。

二是法律基础。《劳动合同法》第 39 条规定，劳动者可以同时与两个或两个以上单位构成劳动关系。我国确立劳动关系的标准需同时满足三个条件：(1)

¹⁶卡多佐：《司法过程的性质》，苏力译，商务印书馆 1999 年版，第 39 页。

¹⁷吴英姿：《司法的公共理性：超越政治理性与技艺理性》，载《中国法学》，第 62-69 页。

¹⁸董保华：《劳务派遣的法学思考》，载《中国劳动》2005 年第 6 期，第 11 页。

¹⁹张蓉芳：《论我国劳务派遣法律规制模式》，载《法学评论》2009 年第 6 期，第 57 页。

用人单位和劳动者符合法律、法规规定的主体资格；(2) 用人单位依法制定的各项劳动规章制度适用于劳动者，劳动者受用人单位的劳动管理，从事用人单位安排的有报酬的劳动；(3) 劳动者提供的劳动是用人单位业务的组成部分。²⁰ 用工单位与被派遣劳动者之间的法律关系，符合劳动关系的确立标准，用工单位的“雇主”主体资格于法有据。

三是社会基础。劳务派遣的市场功能是劳动用工的灵活性与便利性。用工单位在充分利用劳务派遣制度市场功能的同时，不排除其另有目的：不履行或少履行雇主责任。这是劳务派遣超常发展的社会原因。从承担责任的角度考虑，一旦被派遣劳动者受到损害，用工单位作为“联合雇主”既可避免其与劳务派遣单位相互推诿责任，也可解决劳务派遣单位没有能力承担责任导致劳动者陷入困境的问题。

第二，平等待遇，尤其是同工同酬的司法认定。

一如前述，本文分析案例中另一个值得注意的问题是，原告基于同工同酬原则提出 5000 元的诉讼请求。可以发现，《劳动合同法修正案》细化同工同酬的规定显然是有所针对。众所周知，同工同酬的原则是国际劳动法的基本原则，但在实际操作上，落实同工同酬的难度往往超出想象。将劳务派遣与同工同酬结合起来分析，不难看出，劳务派遣的根本性问题在于派遣工人与劳动合同工人之间待遇不平等，尤其是同工不同酬。解决了平等待遇问题、同工同酬问题，劳务派遣的其他问题，包括超越“三性”岗位问题，都可以比较容易地解决。何以劳务派遣中的同工同酬落实难？既有社会因素的原因，也有《劳动合同法》以及《劳动合同法修正案》的规定仍然模糊，同工同酬原则缺乏可操作性和法律责任等方面的原因。进而可以发现，这不是立法能解决的问题，而是劳务派遣司法规制的重点问题。

从社会原因分析，没有将同工同酬置于反劳动歧视的社会语境下加以考量，导致缺乏操作性。同工同酬是劳动平等、反对歧视等劳动法原则的重要内容，在同工同酬兴起的过程中，主要发挥了反对性别歧视的功能和作用。我国的劳务派遣反映出的问题虽然也有性别歧视的因素，但主要是基于城乡二元结构而产生的户籍歧视。在劳务派遣工中，大多数是农民工，派遣工与所谓的正式工之间的同工不同酬问题，本质上可以归结为户籍歧视与用工形式歧视的双重歧视。

从《劳动合同法》以及《劳动合同法修正案》的规定可以看出，同工同酬的立法定位是“法律原则”、“法律权利”，具有重要的宣示功能，但同工同酬同时作为“法律规则”，相关立法却没有明确违反同工同酬的法律后果和法律责任，致使其操作性受到影响。更为重要的是，究竟什么是“同工”与“同酬”，相关立法的界定存在模糊性，使得在实践操作上出现不当理解和错误适用。诸如，《劳动合同法修正案》界定的“同工”是指相同工作岗位，没有考虑相同工作岗位上表现出来的不同工作业绩、工作质量等“价值”因素，即没有考虑“同工”不“同

²⁰ 参见原劳动和社会保障部 2005 年颁布的《关于确立劳动关系有关事项的通知》（劳社部发〔2005〕12 号）。

值”问题。《劳动合同法修正案》界定的“同酬”，既指“劳动报酬分配办法”，又指“劳动报酬”，同时，没有明晰劳动报酬与劳动福利、社会保险等是包含关系还是并列关系。

基于上述分析，在司法实践中不断提高同工同酬的操作性，强化用人单位的法律责任，是实现真正意义上同工同酬的较为现实的选择。一是将同工同酬作为反对歧视的重要内容，明确为用人单位的法定义务，明确违法同工同酬法定义务的法律责任和救济途径。二是明确界定“同工同酬”的操作性含义。“同工”是指派遣工与正式工在同一单位的相同工作岗位，同时考虑工作质量因素，突出“同值”。在进行“同工”比较时，尽可能限于同一单位的工作岗位，限缩相同地区相同或相近工作岗位的参照适用。“同酬”与“同工”、“同值”相对应，同一单位的同类工作岗位，“同酬”意指相同的“劳动报酬分配办法，不宜简单理解为相同报酬数额或者相同报酬水平。如果不是同一单位同类工作岗位，参照用人单位所在地相同或者相近岗位劳动者的“劳动报酬”时，“同酬”意指社会整体意义上的相同或者相近岗位的劳动报酬水平。三是加强同工同酬的劳动保障监察、劳动仲裁与司法保护的协调，细化操作性的救济途径。

第三，强化程序性要求的司法保护和证据责任分配。

劳务派遣用工的程序性要求较之劳动合同用工更为复杂、多样，除了招聘，订立、履行、变更、解除、终止劳动合同等基本程序之外，还包括签订劳务派遣协议、退回、涉及三方的工资支付、社会保险缴纳、经济补偿等，如果涉及逆向劳务派遣等特殊情形，程序往往出现繁复、交叉。值得关注的是，在劳务派遣争议案件中，劳动者收集、保存证据的意识和能力远远不及劳务派遣单位和用人单位。因此，司法机构在审理劳务派遣纠纷时，必须考虑劳务派遣中劳动关系的双重性与特殊性，强化程序性要求的司法保护，做出合法、合情、合理的证据责任分配。一是遵循《民事诉讼法》、最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》、《最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释》所确定的劳动争议案件的证明责任分配原则，依法审查、判断劳务派遣纠纷中的证据。二是对于疑难案件，坚持司法能动理念，认真审查证据属性，合理重构举证责任，因为“面对劳动争议的特点，运用一般的司法手段显然不能有效地化解劳资纠纷，只有通过能动、柔性、和谐、温情的司法手段，着眼于对实质正义的追求，保持司法的开放态度，才能真正实现案结事了人和。”²¹

上述三个核心问题是劳务派遣司法规制的要害。实现劳务派遣司法规制，不仅仰赖于要害问题的解决，还需要合适的路径选择。一是最高人民法院的司法解释和高级人民法院的制度性解释。在一定意义上，这些解释具有准立法的性质，但不影响其“司法权”的属性，司法解释和制度性解释对劳务派遣的司法规制具有整体性作用。二是案例指导制度的运用。最高人民法院公布的指导性案例中，涉及劳动争议案件较少，尚无发布关于劳务派遣方面的案例。通过发布高水平的

²¹潘军锋：《能动司法理念下劳动争议巡回审判机制研究——以江苏劳动争议纠纷调处现状为视角》，《法治论坛》第21辑，第65页。

指导性案例，无疑有助于劳务派遣软标准的构建。三是法律方法的运用，这是基层人民法院可以采取的极为有效的法律方法，法律解释、法律推理、法律论证等方法均可以尝试，通过法律方法的综合运用达致规制劳务派遣之效果。

六、市场与法治：劳务派遣司法规制的局限

一如前述，我国当下对于劳务派遣的规制呈现立法主导模式的特征，强化司法、行政执法和守法的作用，意在凸显劳务派遣法治化是一个系统工程。在此前提之下，需要强调指出的是，劳务派遣司法规制的局限性。其一，劳务派遣的司法规制注重个案解决，以及个案背后的公共政策效应，但这不能扭转、改变劳务派遣的社会基础。劳务派遣究其本质是一种市场行为，劳务派遣市场化是司法规制不能突破的边界。其二，司法机关的权限是“在法律的适用过程中解释和运用规则”^{22③}，无论坚持司法能动还是司法克制，劳务派遣司法规制不能突破法治的边界。其三，强调劳务派遣的司法规制不意味着司法规制的独立运行，因为“严格地区分司法权与行政权的界限是一种理想的自由主义国家观，但这种理想从未完全实现过。”²³

²²信春鹰：中国是否需要司法能动主义，《人民法院报》，2002年10月22日。

²³凯尔森：《法与国家的一般理论》，沈宗灵译，载《中国大百科全书出版社》1996年版，第307页。