

中国的劳务派遣： 从诉讼档案出发的研究(之一)

■ 黄宗智

[内容提要] 本文根据 2012 年所有(被最高人民法院裁判文书数据库纳入的)基层法院判决的关乎劳务派遣的劳动争议案件来澄清新型“劳务关系”与旧型“劳动关系”两者在理论和实用层面上的不同。文章也检视了劳务派遣中介公司与其(签订合同的)工人间的纠纷的案例,来阐明两者之间的法定关系,并澄清其和企业与工人间的“劳务关系”以及“劳动关系”又有是什么样的不同。三种不同工作关系对比彰显的是,今天劳动法理论与实践中所存在的一个“黑洞”,与其所制造的割开合同签订与管理实施、劳工的“人”与其所做的“工”相关。文章最后把劳务派遣置于全球化了的劳工社会史与法律史整体之中来理解。

[关键词] 劳务关系 VS. 劳动关系 “用工单位”VS.“用人单位” 派遣公司与工人的关系 签订合同单位 VS. 管理单位 劳动法理论与实践中的黑洞

“劳务派遣”是中国 2007 年的《劳动合同法》(2008 年起施行)引入的一个新法律范畴。它的核心定义是“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”(第 66 条),与正常的长期岗位含义很不一样。该法规定,劳务派遣工与企业之间的关系是“劳务关系”,区别于正规的“劳动关系”,据此,企业成为只是“用工单位”而不是“用人单位”的一方。根据迄今比较可靠的数据,到 2011 年 6 月,全国已有 3700 万企业劳务派遣工(全总劳务派遣问题课题组,2012)。如今媒体最常用的数字是 6000 万劳务派遣工。更

精确的数据尚有待于未来的监测调查,但没有疑问的是,今天劳务派遣工已经越来越多地被中国的企业所采用,并且不仅是对新雇用的员工使用,对原有的正规员工也使用。

目前已有不少关于法律条文的分析,据此做出论析。但是,法律文本本身其实多有模糊不清乃至误导和自相矛盾之处;仅凭文本分析不足以有说服力地阐明新法律的实用和理论含义。本文试图从研究法律是如何被使用的出发,来论证劳动法和劳动关系在实践之中是如何被改变的,并借此来澄清劳务派遣工的性质和其背后的

黄宗智:中国人民大学法学院、美国加利福尼亚大学洛杉矶校区历史系(Philip C. C. Huang, Renmin University of China Law School; Department of History, University of California, Los Angeles)

法理。

本研究的经验证据主要来自最高人民法院的丰富的裁判文书数据库。^①它包含140多万件2000年以来的民事案件裁判文书,并且可以方便地按案由、关键词、法院层级、年代等搜索。2016年10月26日,笔者用“劳务派遣”案由搜索,共得出2007年以来的32393起案件;进一步用“劳动争议”关键词搜索,得出其中的6267起;再限定在“基层法院”,得出3649起案件。

这里需要说明,法院案件代表的只不过是所有涉及劳务派遣问题的劳动争议中的一小部分。在中国处理劳动争议的制度中,共有三条解决劳动纠纷的途径:调解、仲裁和诉讼。当事人可以选择不经过调解便直接进入仲裁,但如果要诉诸法院,则必须先经过仲裁(仲裁乃是起诉的前置条件)(《中华人民共和国劳动法》,1994:第79条)。大部分的劳动争议是通过当地(人力资源与社会保障部门下属)的劳动争议仲裁委员会(以下简称“仲裁委”)仲裁解决的,而不是由法院来处理的。法院案件所代表的只不过是劳务派遣纠纷中的劳动争议案件的一个较小的部分。

最高法院的裁判文书数据库显示,近年来涉及劳务派遣的劳动争议案件一直在快速增加:2007年只有3件,2008年6件,2009年13件,2010年10件,2011年22件,2012年59件,2013年248件,2014年1255件,2015年1119件。本文选择了2012年来集中分析,共有57件(另有两件是重复的,见附录)。那年是案件数量开始快速攀升的头一年。其较小的数量允许我们对案例进行深入的质性分析,也给我们呈现了不同类型案件的大致比例。它们既能够说明劳务关系的性质,也能说明关乎其争执的快速扩张的缘故。

2012年的案件可以划分为几个不同组别。首先是涉及大型国有企业(及其子公司)与其工人(包括新近雇用的和被更换劳动身份的旧工

人)之间的争执,共16起。在世纪之交的“抓大放小”政策下的中、小国企私有化之后,中国仍然有共约120家大型国企,每家分别有约1000家子公司,总数约120000家公司,占据国内非农生产总值的大约40%到50%(Szamoszegi and Kyle, 2011; 黄宗智, 2012: 10)。我们的案例涉及不少其中广为人知的国企。这些案例告诉我们企业与员工间的关系是如何被企业把劳务派遣公司置于其间而更改的。它们为我们说明“用工单位”与“用人单位”,以及“劳务关系”与“劳动关系”之间的不同的实用含义。

第二组案件关乎劳务派遣公司与其(签订合同的)工人之间的争议,共14起。这些案件阐明的是劳务派遣公司与其工人间的实际关系。我们先检视工人成功维权的案例,而后再分析其所面对的一系列障碍和困难。这组案件为我们说明的是,劳务派遣公司对工人们负有一定程度的法律义务,主要是不可违反合同规则以及异常具体的合同条款,但是,也说明工人要针对劳务派遣公司而维权是比较困难的事。

然后,转入对劳务关系和其他几种工作关系间异同的进一步分析和说明。首先是一家承包公司与其工人之间的争议(共23件):在法院眼中,此家公司与其工人间的关系其实跟一般(没用采用劳务派遣公司为中介的)旧型企业与工人间的劳动关系是一样的,因此,能够为我们进一步澄清其性质。再则是一个出租单位和其工人与承租公司间的关系(“租赁关系”)(1件)。最后是两件被裁定为“代理关系”的案例。^②这些案例有助于进一步澄清本文所集中分析的三大类劳工关系:(企业与工人间的)新型的劳务关系、新兴的劳务派遣公司与其(签订合同的)工人间的关系,以及旧的(企业与工人间的)劳动关系。

我们将看到,至为重要的是,在旧型的劳动关系之中,用人的企业既是与工人签订合同的单

位,也是管理工人的单位。在新型的劳务派遣关系中,两者则是分开的,与工人签订合同的是中介性的劳务派遣公司,而实际上管理工人的则是企业本身。结果是在法理和司法实践中留下了一个管理实施不受法律约束的“黑洞”。本文最后根据以上的论析来把劳务派遣置于全球化了的劳工社会-经济和法律历史整体框架中来理解。

一、国有企业、劳务派遣公司及其工人

在我们关注的 57 起案件之中,有 16 起是关于国有企业和其工人间关系的案例。它们说明国有企业怎样使用劳务派遣公司来应对工人的维权要求。在争议中,工人们最常用的是《劳动合同法》中两条带有实质性经济补偿的规定,一是关于非法解除劳动合同的经济补偿:“按劳动者在本单位工作的年限,每满一年支付一个月工资的标准向劳动者支付……向其支付经济补偿的年限最高不超过十二年。”(第 47 条)另一条也和合同法规相关:“用人单位自用工之日起超过一个月不满一年未与劳动者订立书面合同的,应当向劳动者每月支付二倍的工资。”(《中华人民共和国劳动合同法》,2007:第 82 条)但在我们所有这些案例之中,没有一位劳动者成功地获得了这样的补偿。那是因为这些企业全都早就把这些劳动者换成或置于劳务派遣的范畴之下。

(一)东方航空公司与三名水电维修工人

首先是涉及东方航空公司属下的子公司西北航空公司与其三名水电维修工人间的争执。周宏礼(1975 年出生)从 2000 年开始在该公司工作。周诉称他每个周六和周日都要值班,常常超时工作。而且,公司一直都没有与他订立正式的合同(虽然如此,他其实早已在法律上与公司建立了“事实劳动关系”)。2005 年,公司让他和启

航(劳务派遣)公司签订了合同。周说他没有选择,也不知道这样做会有什么后果(但实际上,此举已把他与公司的关系从“事实劳动关系”转为“劳务关系”,把公司从他的“用人单位”改作《劳动合同法》所谓的“用工单位”[第 58 条],不再需要对他负社会保险、加班费、休息日和假日工资报酬等责任)。2011 年 7 月,在为公司工作了 11 年之后,周被启航公司通知解除合同(案件 1)。

周宏礼依照规定程序先向该地仲裁委申请仲裁,被驳回后,向法院起诉。周声称他与西北航空的关系是“事实劳动关系”。据此,他根据《劳动合同法》第 46 和 47 条,要求公司支付他被解除劳动合同的经济补偿,共 12150 元。同时,他要求公司补偿他历年的加班费和休息日与假日的法定工资补偿,总共约 21.6 万元。

法院的判决书虽然写得比较复杂模糊,但最基本的要点是认定周宏礼和西北航空的事实劳动关系在他与启航公司签订合同之后便自行解除,而他与启航公司的合同则是个劳务派遣合同。法院引用了该合同中这样一句话:“如用人单位物业管理模式发生调整后,本人同意按合同条款执行终止本合同”。据此,法院驳回周的诉求。另外,法院指出,周在关于加班费的要求中,只提供了(自己的)“工作日志,仅为其个人记录……不能充分有效的证明其加班事实的存在”。

另外两名工人,惠绪庆(1959 年出生),1999 年开始工作,和曹成会(无出生日期),2007 年开始工作,情况基本一样(案件 2、案件 3)。一旦与启航公司签订了合同,他们的法律身份便被转化为劳务派遣工,与西北航空的关系不再是正常的劳动关系。因此,劳动法所规定的一系列关乎劳动保护的法律条款也就不再适用于他们。

至于东方航空的子公司西北航空,它显然非常有意识地在 2007 年《劳动合同法》颁布之前便已于 2005 年指使周宏礼等与启航公司签订劳务

派遣合同。一旦签订了那样的合同,西北航空相对于这些工人便变成“只用工、不用人”的单位。它可以无约束地解除合同,也可以无视加班费和休息日与假日用工报酬。这样,三名已经分别工作了11、12和5年的工人,基本上是被无偿地单方解除合同。

(二)中国石油天然气集团公司与采油工人

中国石油天然气集团公司(以下简称“中石油”)与其一名工人之间的纠纷情况基本一样,但还涉及了工伤问题。石永刚在中石油设立的技校被培训一年,而后以实习生的身份为其工作一年(每月生活补贴费300元)。其后,被派到中石油在甘肃的子公司长庆油田分公司下属的采油二厂工作。2009年1月30日,石不幸在工作中被夹掉右手食指到小指四个手指(看来,石在起诉前已经获得了工伤赔偿,但裁判文书没有相关细节)。他在法院提出诉讼的目的是要证明自己与公司之间的关系是(正规的)劳动关系,希望能够借此获得被解除合同的经济补偿以及自己无合同工作两年的双倍工资。

但我们发现,石永刚的工作合同其实是宏田劳务中介公司与他签订的。可能是因为石和他的律师知道宏田只是个小公司,不能满足他的要求,或者是因为他们认为实际的用人单位才理所当然应当对他负责,他们指定的被告人是中石油下属的采油二厂。但法院认定,其实采油二厂早已被分成两个不同的公司,一个是采油二厂,另一个是第四项目部,而石被派遣去工作的单位是后者,不是前者。因此,法院认定石的“起诉被告主体不适格”,并建议石应该以该项目部为其指定的被告(案件4)。

据此,石永刚再次起诉,这回指定第四项目部为被告,宏田公司为有连带责任的“第三人”。但采油二厂似乎早已预料到这样的情况,为此设立了临时性的第四项目部,并完全通过劳务派遣

公司为中介来雇用其员工。法院因此判决,石和采油二厂“不存在劳动关系”,因此不适用经济补偿和未签合同用工要支付双倍工资的法律条款(案件5)。

(三)中交第一航务工程局有限公司与四名罐车驾驶员

类似的情况呈现于中交第一航务工程局有限公司(以下简称“中交一航局”,大型国企,海港建设单位)下属的青岛市第二工程有限公司和其四名罐车驾驶员之间的争议。贾秀生(1979年出生)在2007年开始工作,张玉春(1978年出生)同年开始工作,王信(1979年出生)2008年开始工作,邱宏维(1986年出生)2009年开始工作。他们都是由派遣公司惠民劳务合作公司,以为期一年一签的劳务合同,派遣到第二工程公司供职的罐车驾驶员。2011年,他们的合同全被终止(案件6、案件7、案件8、案件9)。

四名工人都起诉第二工程公司,要求被解除合同的经济补偿。同时,声称每周工作不止5天,每日工作不止8小时。据此,要求加班费和休息日工资,数目要远高于前者。

法院拒绝了他们所有的要求。首先,认定第二工程公司只是“用工单位”而不是“用人单位”。这是《劳动合同法》确立的劳务关系和劳动关系间的关键不同。因此,并不适用“劳动关系”的条款。法院进一步说明,“罐车驾驶员是以运输趟次计算劳动报酬,拉的趟次越多,收入越多”。据此,谈不上加班费。而且,法院认为他们并没有“提交有效证据予以证明”其加班的事实。

(四)中国银行与两名驾驶员

涉及中国银行的两个案件也基本一样。王志岗(1965年出生)从1993年开始在中国银行(以下简称“中行”)山东省分行当驾驶员,被派到其在青岛的子公司中苑集团以为期一年一签的合同工作了两年。其后又被派到一系列相关的公

司工作,基本都是以为期一年一签的合同,其中有两年是明确与派遣公司签订的“劳务派遣合同”,其余则都是“劳动合同”。2011年3月18日,王被最后一家公司,中房物业公司通知解除合同,但中房公司并没有给王办理必须的手续——解除劳动关系证明、档案等——致使46岁的王不能享受失业待遇或重新正常就业。

王志岗在法院诉称,自己和中行的关系乃是“劳动关系”,历年在其他公司的工作都是由中行派往的,所以其劳动关系是与中行的关系而不是与其他公司的关系。据此,王要求经济补偿,包括中行与其未签订合同的一段时期工作的双倍工资,共95600多元,加班费119164元,以及未办理解除合同手续对其所造成的损失10万元。

法院裁定,王志岗与中行间“不存在劳动关系”,王历年来的工作合同都是合法的。对其所提的多项要求,法院只认可其因中房公司没有为其办理解除合同所必须的手续而造成从2011年3月到2012年11月间没有工作的损失(按照青岛市待岗工资标准的80%计算),共18608元。那是因为中房公司违反了合同法规。法院驳回王其他的要求(案件10)。

在另一个案件中,驾驶员蒲磊(1974年出生)起诉中行,其情节基本一样。蒲在1993年开始工作,被派到一系列不同的公司工作,最终在中房公司。中房公司同样在解除了蒲的合同之后没有为他办理必须的手续。法院认定蒲与各家公司历年签订的都是劳务派遣合同,与中行不存在劳动关系。法院同样只认可蒲的众多要求之中的单一项,即中房公司未为其办理解除合同的证明与档案,致使蒲在2011年7月到2012年11月期间不能重新就业,损失15528万元(案件11)。

这样,两个工人都在工作了将近20年之后,在已到中年的人生阶段,突然失业并只获得了十分有限的补偿,而且只是因为中房公司十分恶劣

地违反合同法规而未为他们办理必须的解除合同手续。

(五)陕西汽车集团与四名工人

以下的案件同样说明企业是如何使用劳务派遣公司来摆脱其对工人的法定义务的。被告是国企陕西汽车集团下属的子公司陕西华臻三产工贸有限责任公司,主要业务为汽车与摩托车加工与制造,员工约900人(“陕西华臻三产工贸有限责任公司”,2016)。周喜全(1957年出生),(记录中明确注明是)农民,法院做出裁判时47岁,从2006年到2011年在该公司无合同工作。2010年5月,华臻公司让他与宝鸡伯乐人力资源有限公司签订劳务派遣合同。周说华臻公司一名叫李春红的职员对他解释说,签订合同后公司会为他交纳各种社保费,如果不签,他将会失去此份工作。他最终签了,虽然公司根本就没有让他看合同。之后,伯乐公司确实为他交了社保费,但只交了几个月。2011年7月,周被伯乐公司不经协商单方解除合同。

周喜全向该地仲裁委提出了申请,被拒绝后,又起诉要求华臻公司为他补交他五年工作期间所未交的社保费,补偿他在未签订合同的条件下工作的双倍工资,以及单方解除合同的经济补偿,总共约40000元(案件12)。

法院认定,周喜全确实与华臻公司建立了事实劳动关系,但是,一旦与伯乐公司签订了劳务派遣合同,他“与被告公司(华臻公司)的劳动关系便自行解除”。法院解释说,这是因为“劳动关系的排他性”,只可能是单一种关系。法院还说明,他是在2010年5月和华臻公司签订劳务派遣合同的,但他在2011年11月才向仲裁委提出申请,已经超过一年的期限。据此,法院驳回了他的要求。这样,此位47岁的农民工,在与华臻公司建立了事实劳动关系并为其工作了五年之后,就此失去了工作。

其他三个案件的情节与此基本相似,原告也都是农民身份的工人。陈建军(1968年出生),从2005年开始在华臻公司工作;朱江涛(1977年出生),从2007年开始工作;李刚刚(1980年出生),也从2007年开始。他们都与华臻公司建立了事实劳动关系,但在2010年5月都被该公司的李春红逼迫诱引签订了劳务派遣合同。他们都希望确立自己与华臻公司的事实劳动关系,但都被法院认定为劳务派遣工。他们的要求全都被驳回(案件13、案件14、案件15)。

(六)烟台市公交集团与大客车驾驶员

最后一个案例是烟台市公交集团与其一名(公共)大客车驾驶员间的争执。赵斌是由永德人力资源服务有限公司派遣到烟台市公交集团(以下简称“烟台公交”)工作的,其合同期是2008年11月到2011年6月。其后,赵被永德公司(不经协商而)解除合同。赵先向仲裁委申请仲裁,被拒绝后起诉,要求烟台公交给他补支周六周日的休息日加班费,以及假日工作工资,共27770元,外加单方终止合同的经济补偿。

法院判决,赵斌的合法关系在永德公司,而不是烟台公交。后者已从烟台市政府获准“实行不定时工作制”,并与永德公司签订了协议。因此,赵无疑是处于劳务关系下的派遣工而不属于正式的劳动关系。据此,法院驳回了赵的要求。

(七)劳务派遣和派遣公司的含义

以上16起案件说明的关于劳务派遣的基本含义是比较清楚的:某些大型的国企,包括我们都熟悉的一些大公司,早已把其部分工人身份改为劳务派遣公司派来的派遣工,包括东方航空的水电维修工人、中石油的采油工、中交一航局的罐车驾驶员、中国银行的驾驶员、陕西汽车集团的农民工,以及烟台公交的大客车驾驶员。那样一来,企业把自身从“用人单位”改为“只用工、不用人”的单位,成功地免除了自身对工人的法定

义务。以上所有的工人起诉要求未签订合同工作的双倍工资以及被解除劳动合同的经济补偿全都被法院根据劳务派遣法律驳回。

我们也要注意,这些工人虽然都是比较低层的员工,但不仅仅是无技术的体力劳动者:他们包括技术工人,如采油工(是上了中石油自设的技校和在“转正”前当了一年实习工的工人),也包括水电维修工人、罐车驾驶员、长期的驾驶员,以及公交大客车驾驶员。

之前,“劳务派遣”一词曾经被用于国家派遣到在华外国人家或单位工作(一定程度上涉及国家安全)的工人。后来在世纪之交被用于国家设立的、为下岗工人安排再就业机构的名称。直到2007年的《劳动合同法》才被用于“临时性、辅助性或者替代性”的工人,被置于(与其实际的雇用企业)非正规的“劳务关系”,而不是正规的“劳动关系”之下。我们看到,这些企业广泛把劳务派遣范畴不仅用于临时性工人,也用于长期的全职工人。可以见得,劳务派遣工其实是“非正规经济”——少有或没有法律保护、少有或没有社保的——最新一轮的扩展(见黄宗智,2013:60;亦见黄宗智,2017,以及Huang, 2013,2017)。

最后,我们还要注意,新法律在理论层面上依赖的主要是合同法理。在它之前的(改革期间的)1994年《劳动法》,主要关注的仍然是产业工人相对管理方的保护,诸如合理的工作时间以及加班和休息日与假日工作应有的报酬、有尊严和安全的工作环境、不被非法解雇、医疗和养老保险、对妇女和未成年工人的特殊保护等。在劳动法律中,合同原理只起到较为有限的作用:1994年的《劳动法》在第12章中,只用一章来列出关乎合同的条款(《中华人民共和国劳动法》,1994)。2007年的《劳动合同法》则不同,一如其标题所表明,是以合同逻辑来组织和主宰的劳动法律。其基本逻辑已从原先的保护弱势的工人

(相对企业管理方)改为合同法律。而劳务派遣合同乃是其中的一个重要组成部分,其实际效果是借助派遣中介公司把企业本身置于劳动法律保护适用范围之外,使企业成为“只用工、不用人”的单位,不必负担对其工人的法定义务。

在劳务派遣的法律范畴外,另一个重要因素是被相当普遍采用的“霸王合同”“惯习”(被雇者多在签订合同前几分钟或最多几小时才会看到合同的文本,甚至根本就看不到合同,在那样的情况下,不言而喻的是,合同是没得商议的),也是导致上述情况的一个原因。尽管雇用单位与被雇者之间实际上多存在不对等的权力关系,理论上合同是在市场经济中,由权力对等关系的实体之间自愿签订的协议。《劳动合同法》正是凭借那样的逻辑来重组工作关系(下面还要讨论)——我们已经看到,它是怎样把企业与工人的关系重新定义为劳务派遣公司与(跟其签订合同的)工人之间的关系。

二、劳务派遣公司的合同义务

在新的合同法律下,要对工人负担法定义务的不是原先的企业而是签订合同的派遣公司。下面我们将看到,那些义务是比较有限的,但是需要我们来仔细分析清楚,并说明其具体的界限。

首先要说明,《劳动合同法》文本本身比较含糊不清,乃至于自相矛盾,并且可能有意如此。一方面,它说明劳务派遣工“只能在临时性、辅助性或者替代性的工作岗位上实施”,而使用派遣工的企业只是“用工单位”,不是“用人单位”,不必负担对工人的法定义务,一如上述案件所阐明的那样。但是,另一方面,《劳动合同法》又在“劳务派遣”一节中声明:“劳务派遣单位是本法所称用人单位,应当履行用人单位对劳动者的义

务。”(第58条)我们要问:在实际运作中,此条款到底起到什么样的作用?

此外,我们还要认识到,工伤案件情况比较特殊。他们主要是按照国家行政法规来处理的——国家在数量惊人的工伤事故发生之后,采取了一系列应对措施。我们将看到,派遣公司在这方面要对其工人负比较严格的责任。

对有的读者来说,使人惊讶的也许会,依据《劳动合同法》,工人起诉派遣公司维权的成功率要高于起诉有劳务派遣护身符的(实际雇工的)企业。前者对工人要负一定的义务,后者则不必。其中关键在于证明派遣公司违反了合同规则或具体条款。合同逻辑带有一定的双刃性:一方面,它可以被用来阻挡工人要求企业对其肩负责任,一如上面论述的那样;另一方面,它在一定程度上可以被工人用来迫使派遣公司遵守合同法规。

(一)派遣公司不可随意违反合同规则

下一个案件说明的是,一个派遣公司因其比较极端的违反合同法规行为,而被判定必须对其工人负法律责任。(四川省)攀枝花市的某派遣公司(以下简称“攀枝花公司”)派遣了11名在四川招募的工人到位于(广东省)惠州市的成都某石化公司(以下简称“成都公司”)的石化厂维护检修其设备。工人们在2010年11月17日到达(有几位12月才到),一直工作到2011年8月。攀枝花公司一直没有与工人们签订合同,也没有为其缴纳社保,到了7月份则连工资都没有发。

同年8月,工人们向当地仲裁委申请仲裁,要求攀枝花公司支付未签订合同工作期间的双倍工资、拖欠工资,以及解除合同的经济补偿,得到仲裁委的认可。攀枝花公司因此起诉11名工人试图推翻仲裁委的裁决。同时,攀枝花公司指定成都公司为有连带责任的“第三人”。

法院首先裁定,成都公司已经按照协议支付

派遣费给攀枝花公司,没有其他的法律义务;攀枝花公司才是与工人们具有劳动关系的用人单位。因此,攀枝花公司必须向他们支付违反合同规则的补偿:没有合同用工的双倍工资,约25000元/人;拖欠的7、8月份工资,约6000元/人;单方解除劳动合同的经济补偿,3700元/人(案件17)。11名工人的总额达到将近40万元。在这个案件中,《劳动合同法》对工人们起到了确切的保护作用。^③

(二)派遣公司不可任意解除工人合同

一旦作为中介的派遣公司和工人签订了合同,建立了所谓的“劳动关系”,工人就可以有不被任意解除劳动合同的权利。以上攀枝花公司的案件已经提供了一个案例。另一个案件更为明确集中地说明了此点。驾驶员张绪程在2009年被派遣公司宁波杰艾人力资源有限公司派遣到温州顺衡速运有限公司工作。后来,杰艾公司更与张签订了很具体的从2011年8月19日到2014年8月18日为期三年的合同。但是,2012年12月15日,杰艾公司通知张将解除与他的合同,给出的理由是张和一位同事发生争执,“有肢体的冲突”,违反规定。法院认为,张虽然确实与同事发生纠纷与肢体冲突,但杰艾公司并没有提供足够的证据证明张已违反了《劳动合同法》第39条规定的情形(“严重违反用人单位的规章制度”),据此,支持张要求的被非法解除劳动合同的经济补偿,计16394元。此案也说明,《劳动合同法》在违反合同规则和具体条款方面确实对派遣公司具有一定的约束力(案件18)。^④

(三)派遣公司对工人工伤有义务

派遣公司也要对工人工伤负一定的责任。伴随农民工非正规就业的扩展,尤其是在建筑业和制造业中,工伤频率已经达到惊人的数字。根据人力资源和社会保障部新近的数据,2014年全国工伤事件达到115万起,其中,被评定伤残等级

的人数是55.8万人(《中国社会保险发展年度报告2014》,2015)。面对快速增加的工伤事件和社会上对其的广泛关注,国家在2003年设立了全国性的工伤保险基金,公布《工伤保险条例》(2003年公布,2010年、2016年修改)建立了比较严格的制度。根据2003年的条例,工伤分为十个等级,最严重的一到四级(不再能工作),国家从伤残基金给予一次性的伤残补助金,最高是相当于24个月的工资(死亡的话,48到60个月),另加每月相当于其工资90%、85%、80%、75%的不同等级伤残津贴。第五、第六级的一次性伤残补助金是16和14个月的工资,用人单位也要为其安排适当的工作。至于经双方协商解除劳动合同的工人,用人单位要支付给工人70%和60%的按月工资等(《工伤保险条例》,2003)。在国家采取的行政法规(而不是法律)下,伤残补助和津贴制度施行相当严格。

我们关注的案件中有两起涉及劳务派遣公司被判负担伤残补助金和医疗费用义务的例子。张正才由巴中市诚达人力资源有限公司派遣到南京大吉塔制造有限公司,从2011年2月14日开始工作。2011年4月19日,张因工伤(细节不详)在南京住院21天,然后回老家住院77天,医疗费用共约20万元。法院判决,令派遣公司诚达支付医疗费用(大吉塔公司负“连带责任”),另支付停工留薪期工资10000元、一次性伤残补助金32500元以及一次性伤残就业补助金45444元(案件20)。

在另一个案件中,邬大金被成都海华劳务派遣公司派遣到四川省运动技术学校当厨师,2007年8月26日开始工作。2011年1月18日,邬在上班途中被一辆小货车撞伤,被鉴定为工伤六级。邬从保险公司获得12万元的医疗费。他起诉海华公司和运动技校要求支付剩余的12万元医疗费。法院首先认定运动技校没有责任,因为“劳

动关系存在于劳动者和劳务派遣单位之间,劳务派遣单位是用人单位”,而且事故发生在校外,运动技校也没有违反《劳动合同法》的任何规定。据此,法院判决由海华公司支付剩余的约12万元医疗费(案件21)。^⑤

三、工人从派遣公司 获得补偿的多重障碍

但是,我们不可仅凭以上的案件便认为工人相对劳务派遣公司具有完全的劳动保护权利。我们需要进一步认识到工人维权所面对的多重障碍和困难。

(一) 社保不属于法院审理范围

首先,法院在2007年到2012年期间一般不审理关于社保的争议;工人们几乎没有可能迫使派遣公司为他们支付社保费。王红萍从2006年12月1日开始在宝鸡市忠信通讯有限公司工作,于2009年1月1日与宝鸡市资信劳务派遣公司签订了派遣合同。2011年6月29日王向仲裁委申请要求忠信公司为她补交2006年到2008年的养老保险费,并支付解除合同的经济补偿金,获准。但忠信公司起诉要求推翻仲裁委的裁决,说王是派遣工,与忠信公司不存在劳动关系,谈不上解除合同的经济补偿金。而且,王提出补交养老金的申请已经超过一年的时限(案件23)。

法院支持忠信公司,认定王红萍与忠信公司的关系乃是劳务关系,忠信公司没有解除合同经济补偿的义务。至于社保费,法院特别指出:“缴纳社会保险费用,不属人民法院的受案范围”。^⑥这个观点是和世纪之交在“抓大放小”的国企私有化过程之中,国家所采取的立场是一致的;法院不受理企业与工人关乎社保的争执,规定要由企业或工人自身来处理。我们还可以看到,在林娣与远望公司关乎社保的争执中,法院采取了同

样的观点(案件18)。^⑦在另一个案件中,法院在关于养老金的一项争议中,同样判决:“关于原告要求补缴社会养老保险费的问题,因不属于人民法院受理案件的范围,本院不予处理……”(案件25)^⑧

(二) 与《劳动合同法》相悖的地方法规

下一个案件说明,即便国家法律有意在某一方面保护工人,地方政府为了“招商引资”和“发展经济”,仍然可以凭借地方法规把国家法律置于一旁。许锦汉被(广东省)江门市蓬江区碧图贸易有限公司派遣到该市的君艺装饰商行,从2009年6月29日开始工作。派遣公司没有与许签订合同。2012年5月11日许被解雇。许依法要求解除合同的经济补偿,另加未签订合同期间的双倍工资,共88840元。当地仲裁委支持许的第一项要求,但驳回第二项(理由不详)。为此,许起诉碧图公司。

法院支持仲裁委的裁决。在许锦汉的第二项要求上,法院解释,按照《劳动合同法》来说,许的要求是在理的,但紧接着,法院引用了《广东省高级人民法院、广东省劳动人事争议仲裁委员会关于审理劳动人事争议若干问题的座谈会纪要》中的第14条第三款的规定:“用人单位自用工之日起满一年不与劳动者订立书面合同,视为已订立无固定期限劳动合同,用人单位无需再支付用工之日起满一年后未订立书面劳动合同的二倍工资”,驳回许的第二项要求(案件24)。^⑨

(三) 仲裁的时限

法院比较严格执行工人必须在一年期限之内提出仲裁申请的规定。有两个案件说明劳动者所面对的困难。孙丙修起诉青岛金颐通派遣公司,要求未签订合同期间的双倍工资。孙从2006年3月开始工作,要求2009年7月到2010年5月期间的双倍工资。孙于2011年9月1日提出仲裁申请,未果,遂到法院起诉。法院简单判决,

孙申请仲裁已经超过一年的期限,驳回其要求(案件26)。

第二个案件说明,劳动者即便胜诉,也可能会因为时限而失去其大部分的补偿。刚×文从2009年12月26日开始在(深圳)新×斯电子有限公司工作,是捷×达人才服务公司派遣去的员工,与派遣公司签订了6个月的试用合同。其后,继续工作到2012年3月15日,但在试用期后并没有再签订新的合同。

刚×文诉称工作比较艰苦。他负责凭肉眼检查精细的电子元件,每天连续十几个小时站立,“导致双腿肿胀疼痛,眼睛发红疼痛,视物模糊”。2012年3月12日,刚获得公司允许回家治疗。2012年3月28日,刚申请仲裁,要求捷×达公司(第一被告)以及新×斯公司支付未签订合同期间的双倍工资和解除合同的经济补偿。仲裁委只支持其部分要求,刚遂起诉。

法院支持刚×文的双倍工资要求。但是,法院指出,刚在2012年3月28日方才申请仲裁,因此,有效期只能从其前一年算起,即2011年3月28日,其前的2010年年初到2011年3月的15个月“已超过诉讼时效”,只能计算2011年3月到6月的三个月,总共才8575元。这样,由于时限,刚只获得其要求的一小部分(至于解除合同的经济补偿,法院判决不予支持,因为刚是自愿辞职)。

(四)建筑业中的非正式协议法院不予认定

在建筑业中,农民工众多,农村的中人、口头协议,非正式欠条等交易惯习被相当广泛使用,但是,它们很难得到偏重书面合同的形式主义法院的认定和支持。张华军和六名建筑工人与中人李冬明达成口头协议,为四川南欣房地产开发有限公司正在开发的“比华利国际城”承担一项地下室护壁工作。南欣公司把此项工程发包给四川方圆公司,方圆公司又把其转包给派遣公司富德,而富德公司则通过中人李冬明(在富德公

司并没有正式职位)口头转包给张华军与其他六名工人。张等在2009年11月到2010年2月间完成了该项工作。随后,李写了个欠条给张:“李冬明,比华利工地做护壁(喷浆)(6个人)做了3个月,合计2万元,给了3000元,尚欠17000元。”张等没有收到余额,向当地仲裁委提出申请,要求富德公司支付,获准(案件28)。

但富德公司起诉,声称公司与张华军等并没有签订派遣合同,欠条并不足以证明富德与工人们间存在用人关系,张等的仲裁申请“主体错误”,要求推翻仲裁裁决。

法院认定,南欣公司确实与方圆公司签订了发包合同,但是,方圆公司和富德公司之间并没有签订合同,富德公司与工人之间也没有。至于中人李冬明的角色,因为他没有正式身份,法院根本就不予以考虑。据此,法院支持富德公司,推翻了仲裁委的裁决。对偏重书面合同证据的形式主义法院来说,中人、口头协议、欠条等交易惯习,根本就得不到其承认。结果是,张华军和六名工人应得的工资变得完全没有着落。

(五)要求“同工同酬”的困难

《劳动合同法》规定,派遣工人有获得与正规工人“同工同酬”的权利(第63条),但在实际运作中,由于“同工”概念含糊不清,工人们实际上很难争得如此的权益。工人郭维东被烟台安华人力资源顾问有限公司派遣到烟台鲁宝工贸有限责任公司(一家做钢管生意的公司)工作。郭工作了两年之后,向法院起诉,提出两项要求:一是公司里其他与他做一样工作的工人的工资是6000元/月,而郭只领到1500元/月。郭要求“同工同酬”。二是在2011年2月解除合同之后,公司没有为他办理必要的解除合同证明和相关档案手续,致使他不能重新就业。法院支持他的第二项要求,但驳回第一项。法院似乎并无任何讽刺意味地写道:“同工同酬是我国劳动法的一

项基本原则,但所谓同工,不仅指同样的工作,还应包括同等的劳动能力、技能和同等的劳动效果等。而上述问题的认定不属于人民法院劳动争议案的受案范围。”(案件29)这样,等于是说,《劳动合同法》关于同工同酬的条款无法在实践中适用。

(六)加班费很难争得

在劳务派遣合同下工作的劳动者,很难争得加班费和休息日与假日工作的补加工资,而且不仅体力劳动者如此。医生李红宁与派遣公司签订合同,被派遣到南京市浦口区中心医院急救中心工作,2011年7月8日入职。李医生被纳入以下的工作日程:第一天,8点到17点,第二、第三天,8点到次日8点。急救中心3名医生和6名驾驶员组成三个班,三天一轮。李指出,第一天的工作是9个小时,第二、第三天这两天等于每天12小时,三天一轮之间没有任何休息日和假日。李如此工作了352天。他起诉要求加班费和休息日、假日工资,根据他3500元的月薪,共约108000元。他指定派遣公司和医院为被告,因为前者每月支付他工资1700元,后者支付1800元。

两被告反驳说急救工作大部分时间“是在等待或休息”,与一般工作不同。而且,医院已经支付给李医生18000元的加班费(如何计算不详)。法院判决支持被告方,驳回李医生的要求。

在笔者看来,急救服务固然有它的特点,不可简单用8小时工作日来衡量,但是,连续352天没有休息日、没有假日的工作日程,无疑是一种滥用劳动者的管理行为。我们不知道医院支付的共约18000元加班费是怎样计算的,但它显然和李医生的想法有很大的差距。

文章上面讨论的关于国企对其派遣工在加班费问题上的作为的例子,也许更为简单明了:企业(或这里的医院),作为“用工单位”而非“用人单位”,具有劳务派遣的护身符,使其不必对工

人负劳动法关于工时和报酬等的法定义务。而派遣公司,作为合同签订中介单位而非实际雇用-管理单位,在理论上对工人的管理不起任何作用——因此,对其也没有义务或责任。这个是我们下面还要进一步讨论的问题。

四、不同的工作关系及其含义

上面我们已经看到,企业是怎样使用派遣公司和劳务派遣法律来摆脱对工人的法定义务。我们也看到,派遣公司对其工人虽然具有一定程度的、根据合同法理的义务,但基本限于违反合同规则或合同的具体条款方才起作用,而工人要维护其权利必须克服重重困难与障碍。这里,我们还要进一步阐明劳务关系在理论和实践中的边界。为此,要进一步澄清企业和工人间的旧型劳动关系与新型劳务关系的不同,以及与派遣公司和工人间的关系的不同,也要说明这几种关系和租赁关系、代理关系的不同。如此的梳理会有助于进一步界定劳务派遣及其含义。

(一)劳动关系

我们研究的57个案件中最大的一组是关于一个承包公司与其工人间的争议的23个案件。法院认定,此公司与其工人间的关系乃是劳动关系,与任何(没有使用劳务派遣公司为防护墙的)旧型企业与其工人间的关系完全一致。事实上,此家公司也一向都遵循劳动法规来对待其工人。正因为如此,这些案件特别有助于我们进一步澄清旧式劳动关系、新型劳务关系,以及新劳务派遣公司与其工人的合同关系的不同。

(成都市成华区)狮子劳动运输公司从1997年开始承包成都铁路局下属成都铁路国运物流公司(以下简称“成都铁路公司”)在成都南货场经营的仓储和运输业务中的装卸工作。双方签署的是一份“承包协议书”。为此,狮子公司雇用

了73名工人,包括一名女清洁工。大部分工人从20世纪90年代便开始工作,远在2007年的《劳动合同法》颁布之前。狮子公司为工人们提供了一系列的社保、固定的合法工作时间、带工资的休息日和假日,一如当时一般的正规企业那样。

但2010年,南货场地区被拆迁,为城市发展建设让路,成都铁路公司随后关闭。狮子公司只能解雇其工人。其后狮子公司与73名工人间的纠纷,被法院视作单一组案件来处理,虽然仍然对每一名工人做出分别的裁决——其中,23起是在2012年裁决的(案件31—案件53)。

诉讼之前,工人们向该地仲裁委提出申请,根据新《劳动合同法》的上述两个条款,要求狮子公司支付在未签订合同期间(最后两年)工作的双倍工资以及被单方解除劳动合同的经济赔偿(每个月的工资,至多12年)。对一个像狮子公司那样的小型装卸公司来说,73名工人的要求是个相当巨大的数目(下面还要讨论)。仲裁委裁决支持工人们的要求。狮子公司遂起诉至法院要求推翻仲裁裁决。

其中,工人刘世均的案例具有代表性(案件31)。刘从1998年开始在狮子公司工作。他与公司签订的是一份“劳动合同”,一直工作到2010年。但在最后两年中,狮子公司未与刘签订合同(也许是因为公司知道行将拆迁)。刘和其他工人一样,要求未签订合同期间的双倍工资和解除劳动合同的经济补偿。

对法院来说,此案的关键在于刘世均等73名工人与狮子公司间到底存在什么样的工作关系?狮子公司诉称,公司实际上等于是国企成都铁路公司的劳务派遣公司。为此,狮子公司甚至临时试图设立一个欣光派遣公司,但是是在2008年才那样做——可能是因为它,与成都铁路公司不同,没有事先充分认识到新《劳动合同法》的含义。

法院对此案的审理,和其他72名工人的案件一样,首先认定刘世均与成都铁路公司间不存在“劳动关系”。这是因为,成都铁路公司1997年以来与狮子公司签订了多份书面承包协议。狮子公司试图诉称成都铁路公司对工人们有一定的义务,法院不予认可。法院判定的是,与工人们具有劳动关系的是狮子公司(案件31)。

同时,法院认定,狮子公司不是一个劳务派遣公司。这是因为,它不仅是与工人们签订合同的单位,也是工人们的管理单位。正因为如此,狮子公司必须对工人们负担一般(正规、没有借助劳务派遣公司护身符的)企业的义务,包括未签订合同期间双倍工资和解除劳动合同的经济补偿义务。法院不认可狮子公司诉称的欣光派遣公司,因为狮子公司根本就无法提交相关证明和合同。欣光公司显然只是狮子公司为了避免补偿工人的义务而临时试图杜撰的派遣公司。

据此,法院认定适用《劳动合同法》第46、第47条以及第82条,一如工人们要求的那样,也如仲裁委裁决的那样。法院判决狮子公司支付刘世均9.5个月的解除合同经济补偿(19000元),以及他在11个月之中未签订合同工作(未付的)双倍工资(22000元),总计41000元。根据2012年判决的另外22起案件来看,法院对所有72名工人将做出基本一致的判决。我们如果以40000元作为每名工人所得补偿的平均数,狮子公司要负担的补偿金和工资总额达到将近300万元。

至于清洁工林碧华的案件,其原则基本一致。她从1996年开始工作,也从狮子公司得到与装卸工人们类似的正规待遇。法院判决狮子公司向她支付12个月的工资(工作12年,每个月,500元/月的工资),共6000元。另外,支付未签订合同工作的11个月的(未付的)双倍工资,5500元(案件33)。

工人们在审判过程中完全没有提到社保和

加班与休息日、假日工资的问题,那是因为狮子公司在那些方面一直都循规蹈矩地按照旧劳动关系法律对待其工人。

根据法院的裁决,这里的关键法理是,狮子公司不仅是(像派遣公司那样)与工人签订合同的单位,更是实际上的管理实体。正因为如此,法院判定狮子公司与其工人间的关系属于旧型的劳动关系,与借助了劳务派遣法律盾牌的企业不同,也与仅跟工人签订合同(但不是实际管理工人的实体)的劳务派遣中介公司不同。

正是因为狮子公司老实地遵守了旧劳动法规,而对新的《劳动合同法》的认识又比较迟钝,致使公司必须负担对工人的补偿的义务,并且因此而倒闭。^⑩此案的非正义之处不在工人们获得的补偿——对一个工作了十几二十年的工人来说,失去工作的4万来元补偿不能算是个大数目,真正的非正义在于,强大的国企成都铁路公司对这些工人居然没有负担任何责任。

(二) 租赁关系

在区别旧型劳动关系、新型劳务关系,以及新劳务派遣公司与工人间的关系之外,我们还要把它们和其他两种工作关系区别开来。首先是租赁关系,也是下面这个案件所澄清的问题。

2011年1月1日,合肥市宏运物资有限公司(以下简称“宏运公司”)与肥西县利华交通运输有限公司(以下简称“利华公司”)签订了一个“车辆运输租赁协议”,由利华公司为其用重型半挂牵引车运输危险产品,年租金12万元,车辆由赵传广驾驶。赵的工资由宏运公司发放。

2012年5月赵传广向当地仲裁委申请,声称自己是宏运公司的工人,因为工资是由其发放,休假也要经其允许。但宏运公司一直没有与他签订合同。为此,赵要求宏运公司支付未签订合同期间的双倍工资。仲裁委裁定支持赵的要求,认为赵与宏运公司确实存在劳动关系(案件

54)。宏运公司遂起诉要求推翻裁决。

法院认定,车辆其实乃是席某所有(登记在他名下)。席挂靠利华公司把车辆出租给宏运公司,驾驶员赵传广其实是席雇用的,委托宏运公司代其发放工资,所发放工资则从12万元租金中扣除。因此,赵实际上是席与宏运公司之间的租赁关系的一部分,与宏运公司之间不存在劳动关系。据此,判决宏运公司不必支付赵未签订合同期间的双倍工资。这样就区分了劳动关系中的工人与租赁关系中的工人。

(三) 代理关系

以上的不同工作关系也要与一个公司和其代理人之间的关系区分开来,同样有别于劳动关系。张军从2007年5月受聘为某保险公司的营销员,签订了保险营销员保险代理合同。2009年5月,他又与一家派遣公司烟台桥梦文化有限公司签订了后续的合同。2010年4月,张被通知解除合同。张申请仲裁,声称与保险公司具有劳动关系,要求解除合同的经济补偿,未果。之后,诉诸法院(案件55)。

法院认定,张军与保险公司之间的关系属于“民事代理关系”而不是劳动关系。法院解释称:劳动关系是“支配与被支配的关系”,而代理关系中不存在那样的关系。何况,张从2009年5月到2010年4月间的工作关系乃是与劳务派遣公司间的关系,据此,法院驳回张的要求。^⑪

五、法律中的黑洞

狮子公司的案例为我们更完全地说明了旧型劳动关系与新型劳务关系的不同。劳务派遣公司,作为企业与工人间的中介,只是替代企业签订合同的单位,但并不真正管理其工人。因此,它只需注意不违反合同规则,一如以上讨论的那样,但不需对工人的管理负责,尤其是关于

工时、加班费、休息日和假日等劳动法律规定的义务,因为它不是真正的管理单位。而实际管理工人的企业,则成为法定的“只用工、不用人”的单位,也就是说,不必再对其工人负管理方的法定义务。正是通过如此的法理,《劳动合同法》允许企业-管理方凭借派遣公司的护身符而免除其几乎所有关乎管理方的法定义务。

至于派遣公司,在理论上应该对其工人们负法定的合同义务。但同时,《劳动合同法》又把“劳务派遣”定义为“一般在临时性、辅助性或者替代性的工作岗位上实施”(第66条),其实基本上也免除了派遣公司对其工人关乎正规、长期工人的法定义务。上面我们已经看到,派遣公司基本上只需对至为恶劣的违反劳动法规的行为,或合同中非常具体的条款负法律责任。

这里的关键是制造了把合同签订与实际管理,以及劳动者的工作与劳动者的人分割开来的法理。派遣公司只是合同签订单位而不是管理单位,因此,不必对实际的管理负责。而实际的管理单位也同样不必对其负责,因为他们已被赋予了派遣公司的护身符,成了所谓的“只用工、不用人”单位。这样,等于是把实际的管理行为置于一个不受法律约束的黑洞之中,既不属于劳动法律也不属于合同法律的适用范围。正是那样的黑洞允许企业-管理方非法地滥用工人,不允许周末和假日休息,不支付加班费。另外,我们已经看到,在“同工同酬”的法定原则方面也同样,因为法院可以把“同工”理解为惟有管理方才可能鉴别个别工人工作的质量。

社保则处于一种深灰色的地带。如果派遣公司把社保写入合同,固然可能要负合同责任,但是,它们完全可以把社保责任置于自身和实际的企业-管理方之间的模糊地带,不明确说明到底该由派遣公司还是企业来负责。无论如何,我们已经看到,法院比较强烈倾向不处理关乎社保

的争议。工人们显然很难争得社保的权益。

我们现在可以更充分地理解本文第一节所论析的,某些国有企业为什么会那么恶劣地迫使其派遣工人无酬加班,为什么那些工人会根本无法维护自身这方面的权益。我们也看到,那些国企基本拒绝承认工人加班的事实,而工人则只能提供诸如自己的工作日记作为凭证,但那不是法院所要求的经过企业-管理方核实的证据。

最高法院在其2010年发布的《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(三)》(以下简称“《解释(三)》”)中曾经就此问题发表过意见。最高法院民一庭庭长杜万华对此做了以下的说明(作为《解释(三)》正文的附录同时发布):“劳动者主张加班费应当就加班事实举证,考虑到劳动者举证的实际困难,对劳动者的举证不能过于苛求,可适当减轻劳动者的举证责任,只要劳动者一方提出的基本证据或者说初步证据可以证明有加班的事实,即可视为其举证责任已经完成。劳动者提供的加班证据既可以是考勤表、交接班记录、加班通知;也可以是工资条、证人证言等等,凡是能够证明其加班的证据都可以提供。”(《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(三)》,2010)但是,尽管最高法院意图很好,一个有意要滥用工人的管理者,显然可以防止工人获得管理方的工作记录和证据,一如我们的案例所显示的那样。

“同工同酬”的问题也是如此。我们如果把“同工”理解为不仅是工作的类型,也是某一个工人工作的质量和贡献,一如以上的一个法院所做出的判决那样,那显然是属于管理方而不是派遣公司的权力范围。但是,管理方已经因为是“只用工、不用人”而被从其(对工人该负的)法定义务“释放”了出来,包括“同工同酬”的法定原则。

现在我们可以更充分地理解,为什么东方航空下属的西北航空能够迫使其三名水电工人无

酬加班而又争得法院驳回他们加班费的要求；为什么中交一航局下属的第二工程公司能够使法院驳回其四名罐车驾驶员的加班费要求；为什么烟台公交能够同样让法院驳回其大客车驾驶员的加班费要求。至于那家逼迫李医生连续无休息地工作了352天的医院，实际上也一样。烟台钢管公司则能够以1500元/月的工资雇用一名劳务派遣工来做与其6000元/月工资的正规长期工人同类的工作，无视“同工同酬”的法定原则。

最高法院的杜万华庭长在其关于《解释(三)》的说明中所没有谈到的是《劳动合同法》在法理层面上的这个黑洞：《劳动合同法》采用了劳务派遣理论，把实际的雇用-管理工人的单位与签订合同的派遣中介公司分割开来，借此把实际的雇用-管理单位从其法定义务“释放”出来。然后，又试图凭借合同规则来约束派遣公司，规定派遣公司不可违反合同法规。但是，在那样的概念框架中，实际的雇用-管理单位不必负滥用工人的法律责任，而派遣公司也同样没有责任，因为它并不是管理的单位，只是签订合同的中介单位。结果是把非法滥用工人的管理责任几乎完全置于法律适用范围之外，几乎掏空了长期积累下来的劳动法规。

在劳务派遣范畴下日益扩张的滥用工人恶习，其理论来源正是这个黑洞，无论其在表面上声称的各种法律约束和保护多么中听。《劳动合同法》的劳务派遣法律范畴的实际效果是解除了对管理方滥用劳工的法律约束，那是中国革命为劳动者争得的法律保护，也是西方国家的劳工运动与资方通过长期的抗争和相互妥协所争得的保护。不解决这个理论上的问题便不可能扭转如今日益加剧的滥用劳工潮流。

一个可能的纠正方案是，把合同理论当作辅助或添加于旧的劳动保护法律之上的法理，而不

是替而代之以的法理。法律一旦把约束管理方滥用工人的条款置于一旁，便不大可能再真正制约管理方。我们需要的是，重新确认对工人的劳动保护，无论是派遣工人还是正规工人，属于劳务关系还是劳动关系。当然，最好也借助真正属于工人的工会以及工人的集体谈判权利，才可能平衡工人与管理方的不对等权力关系。如今《劳动合同法》中的合同关系概念，则基本上把其视作为权力对等双方在市场中的关系，但那只是个想象中的关系而不是实际。我们应该承认，它是个不符实际的理论前提。

六、2013年的《劳动合同法(修订)》 与2014年的《劳务派遣暂行规定》

这里，我们要问：2012年之后的法律修订和新条例对这一切又起了什么样的作用？2013年7月1日起施行的《中华人民共和国劳动合同法(2012年修订)》(以下简称《修订》)首先把劳务派遣公司的规定注册资本从至少50万元提高到200万元。(《中华人民共和国劳动合同法(2012年修订)》，2012：第57条)在我们以上讨论的案件中，虽然没有关乎如此的变更对劳务派遣所起作用的直接证据，但在实力微薄的宏田公司与采油工人石永刚的争议中(案件4)，以及实力雄厚的攀枝花公司与11名工人间的争议中(案件17)，我们可以看到，如此的规定应该会起到一定的作用。更确切的结论尚有待修正案施行几年后的实际效果来判断。

第二，《修订》在“被派遣的劳动者享有与用工单位的劳动者同工同酬的权利”一句之后，补充了一句：“用工单位应当按照同工同酬原则，对被派遣劳动者与本单位同类岗位的劳动者实行相同的劳动报酬分配办法。”(第63条)但是，鉴于派遣公司无权控制管理实施，而管理公司又因劳

务派遣的盾牌而不受法律约束,较难想象如此的条文怎样能够起到实际作用。“相同的劳动报酬分配办法”一句,虽然用意明显是要进一步澄清法律条文的意思,但实际上含糊不清,可以做出多种不同的理解。新条文没有回应上述郭维东案件(案件29)中法院对“同工”含义提出的问题——个别工人的技能和贡献,只能由管理方来分别估量。这个新条文实施起来,怕会有一定的困难。

《修订》还把之前的“劳务派遣一般在临时性、辅助性或者替代性的岗位上实施”一句改为“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”(第66条)。这里的“只能在……”如果真能成为事实,固然会遏制劳务派遣被广泛用于长期的全职工人的大潮流,但笔者怀疑,在没有更改《劳动合同法》基本原理的情况下,此条能否真正起作用。当然,这也是需要我们根据之后几年的案件来做分析的问题。

最后,《修订》把其前关于派遣公司违法行为的罚款从“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”改为“处违法所得一倍以上五倍以下的罚款;没有违法所得的,可以处五万元以下的罚款”(第92条)。从我们以上讨论的案件中,看不出此条所可能起的作用。要认识清楚,需要的是不同性质的证据,关于派遣公司是否真会因加大的惩罚而更改其实际运作的证据。

至于人力资源和社会保障部在(2013年12月20日审议通过)2014年3月1日起施行的《劳务派遣暂行规定》(以下简称《规定》),相当部分是对《修订》的重申或阐释,其最主要的新规定是“用工单位应当严格控制劳务派遣用工数量,使用的被派遣劳动者数量不得超过其用工总量的10%”(《劳务派遣暂行规定》,2014:第4条)。至于已经

超过10%的用工单位,则“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”(第28条)。此两条,如果真能够落实,也许会起到约束劳务派遣快速蔓延的作用。要认识其实际作用,需要对企业用工行为的具体经验证据和分析。

目前可以确定的是,在法理层面上,《修订》和《规定》所显示的仍然是用合同法来取代旧保护劳动者法理的“转型”进路,根本就没有考虑到本文上面所指出的理论与实践中的黑洞问题:一旦制造了剖开“合同”与“管理”的基本法理,想仅凭“合同”对派遣公司的约束来处理实际管理中的工作关系,是不大可能见效的,因为管理权力不在派遣公司而在用工单位,而后者是被赋予了避免法定义务护身符的单位。管理方对劳动者的滥用,才是以上案件所突出的劳务派遣的至为严重的问题。对此,《修订》和《规定》都还没有提出新的方案。

当然,我们也可以把问题的来源理解为劳动法理转型中的主要矛盾:转型的首要目的是协助企业“甩包袱”,免除其对派遣工人的法定义务,一如我们上面看到的那样;同时,法律又希望凭借合同逻辑来约束派遣公司而保护工人。后者看来仍然只不过是个事后的想法,而不是真正对其首要目的的修正。

七、劳工社会-法律历史 视野中的劳务派遣

现在我们可以把劳务派遣置于劳工的社会-法律历史整体视野之中来理解。在大多数的西方国家中,劳动立法是经过长期以来工人运动与企业间的争执和妥协而来的。但在中国,劳动法律是由争得国家政权的革命党国来确立的。即便如此,两者多有共通之处,如保护妇女和未成

年工人,规定工时、工资、休息日和假日工酬、医疗保险和养老保险、不可任意解雇等。那样的保护从中国共产党建立之初便已被置于革命日程之中。它们通过革命胜利而成为国家政策和法律。(黄宗智,2013;亦见Huang, 2013)

在实践中,虽然1933年的《中华苏维埃共和国劳动法》把“雇农、森林工人、季候工人、交通工人、苦力、家庭的女工”等全都纳入受法律保护(“工农”)劳动者范畴之中(《中华苏维埃共和国劳动法》,1933:第4条;亦见黄宗智,2013),但后来,在城乡生活水平差别的实际以及农村人口不断涌入城市的压力下,在1958年设立了壁垒森严的城乡二元户籍制度,并规定农村孩子只能跟随母亲的户籍,为的是更严格地限制农村人口流入城市。“农民工”就是在那样的二元户籍制度下,被相当广泛地使用于基础设施建设、水利工程和维修、运输、城市建设等工程,不少是作为义务工来使用的,其待遇和身份都和城市工人差别较大。

在那样的社会实际传统下,伴随快速的经济和城镇发展,形成了大规模的非正规(即没有或少有正规工人那样的法律保护,没有或少有正规工人那样的社会福利的)就业,主要是农民工,先是在乡村工业离土不离乡就业(一开始时,工资是以工分计算的),随后是大规模流入城市的离土离乡就业。到2010年,非正规就业者已经达到城镇就业总人数中的约75%(在今天所有的2.77亿[2015年数据]农民工中,只有约六分之一享有医疗和养老两大关键正规保险,可以被认作正规工人)(详细论证见黄宗智,2017或Huang, 2017)。国际劳工组织(International Labor Organization)在2002年的一项研究证明,在发展中(亚非拉)国家的非农就业中,有约一半到四分之三是非正规经济/就业者(黄宗智,2009)。中国在21世纪也变得与其基本一致。

作为城镇就业“非正规化”大潮流中的一部分,在世纪之交的国家“抓大放小”战略决策下,约有四五千万中小国有企业正规人员“下岗”,进入了非正规经济。那是中国城镇就业的第二股非正规化大潮流,实际上是中小国企工人的去正规化。

劳务派遣潮流则始于《劳动合同法》的实施(2008年),是城镇就业非正规化的第三股大潮流,与之前的中小国企职工的“去正规化”有一定的相似之处。之前,免除企业对其工人的法定义务曾被通俗地称作“甩包袱”。我们已经看到,如今“劳务派遣”不仅被用于临时性的人员,还被广泛用于长期的全职人员。在此新一股的潮流中,不仅被用于新雇用的非正规人员,还被广泛用于原有正规职工的去正规化。

今天,我们还欠缺确切可靠的劳务派遣工数据。之前最可靠的数据是全国总工会在2010年和2011年的基于对1000个企业和工会分会以及10000名工人的调查研究,得出的估计是全国有共约3700万企业劳务派遣工人(全总劳务派遣问题课题组,2012)。今天,劳务派遣工的数据状态与2009年前关于农民工的数据状态基本相似。后者要在2009年之后,才有国家统计局每年发布的相当精确可靠的《农民工监测报告》(2015年是基于对分布于31个省[市、自治区]、1527个县、8906个村的236000个农户的系统抽样调查得出的数据)。但无可置疑的是劳务派遣工的暴发性扩张——快速增加的案件可以被视作佐证。

在上述的演变过程中,中国和西方发达国家,在工会和集体谈判方面有关键的不同。在西方的现代劳动法理中,一个重要的基本原则是对管理方与劳动者之间权力不对称的实际的认识和承认,认为那是一种支配与被支配的关系,因此,管理方会倾向滥用/剥削劳工。正是出于那样的认识,得出必须立法确保劳动者建立工会的

权利和与资方进行集体谈判的权利。但中国的历史经验十分不同,劳动法规的设定来自中国共产党革命的胜利和新中国的建立,因此而呈现了由党国来组织和领导工会的历史实际,以及把党国的机关和机构干部(公务员)也纳入受到劳动法律保护的劳动者范畴。加上由政府领导的市场化、私有化实际,形成政府与企业(尤其是国有企业)站于同一方的悖论现象,以及工会成为企业管理方机构的悖论现象。

本文叙述和论析的是以上的历史演变过程和法律问题。劳务派遣法律范畴所起的作用主要是城镇就业的进一步非正规化和去正规化。我们看到,实际的雇用-管理企业,可以凭借使用劳务派遣中介公司来(与劳动者签订合同而)免除自身对劳动者的法定义务。而劳务派遣公司,虽然对劳动者有不可随意违反合同法规和合同具体条款的义务,但是无需对劳动者负管理方的法定责任,因为它们只是签订合同方而不是管理方。加上中国劳动者欠缺工会和集体谈判全方位保护的现实,致使在管理层面上,极易出现对工人非法欺压和滥用。那样的现象,看来将会继续蔓延,因为如今的大型公司都在被强力拉进全球的降低劳动成本和提高利润率的竞争之中。

在全球化的过程中,发达国家的大型跨国公司竞相凭借“外包”来借助于发展中国家的廉价劳动力。苹果公司堪称典范。凭借公司自身聚焦于高利润的设计与销售两端,把劳动密集、低利润的中间环节——如零配件生产以及iPhone类产品的加工、装配——外包给富士康等公司,苹果公司自身做到令全球公司羡慕的利润率,并借此赋予其股票的投资者长期的双位数回报率,由此而成为全球——流通股市值——最大的公司。苹果这种类型的公司转而对其他“财富全球500强”公司都造成强大的压力,使其都试图与其

利润率和投资回报率竞争,因为那是如今资本市场的基本游戏规则(更详细的讨论见黄宗智,2017)。

那样的全球化大潮流又导致(鲜为人们注意的)反向的逆流,对发达国家自身的劳动市场也起到强大的影响。它是20世纪80年代以来的新自由主义“灵活使用劳工”教条的社会经济基础,为的也是降低劳动成本。结果是相当规模的、被称作“危难工人”(precariat)^⑩,即没有就业安全感的、不受旧劳动法律保护的群体的兴起,多是妇女、青年、少数民族和外来移民。他们是西方国家中类似于中国的农民工、下岗工人和劳务派遣工的非正规工人,虽然其所占总比例要比中国低得多。具有讽刺意味的是,正是西方的用工灵活化理论影响了中国的劳务派遣工理论。

在中国被日益引入全球化资本市场的过程中,在中国的大型企业日益追求通过在纽约证券交易所上市,以进入“财富全球500强”为荣的潮流中,它们要与其他跨国公司竞争的压力和愿望也越来越强烈。目前,中国的“财富全球500强”公司多是凭借其总收入而进入的(《财富》杂志是以此来对公司做出定位的),但对一般资本主义公司来说,更为关键的是每股股票市值/利润的比例(price/earnings ratio)。与资本主义公司在这方面的竞争无疑具有强大的诱引力,也是压力。于是,强烈倾向凭借降低劳动成本来提高利润率,几乎是一种用西方的方法来与西方竞争的意识,在国内劳动力价格日益攀升的趋势下,尤其如此。那也许是劳务派遣蔓延的真正动力。在法律和法理层面上,如今的大趋势无疑是要把非正规就业合法化,包括农民工、下岗工人以及新兴的劳务派遣工。正是出于那样的考虑,法律已经日益趋向抛弃旧的保护工人模式转入新的合同模式。我们要问的是:那股大潮流真能被遏制吗?怎样来遏制?

附录:引用的案件

下列 57 起案件来自中国裁判文书网(<http://wenshu.court.gov.cn/>),先按关键词“劳务派遣”搜索,然后将搜索结果按“劳动争议”、“基层法院”、“2012年”进行筛选而得出。案件按照在文中出现的先后排列,从案件 1 到案件 57。所附日期是裁判日期。

案件 1:原告周宏礼诉被告陕西启航人力资源开发咨询有限公司、中国东方航空有限公司西北分公司劳动争议一审民事判决书(2012年8月9日)。

案件 2:原告惠绪庆诉被告陕西启航人力资源开发咨询有限公司一审民事判决书(2012年8月15日)。

案件 3:原告曹成会诉被告陕西启航人力资源开发咨询有限公司、中国东方航空有限公司西北分公司劳动争议一审民事判决书(2012年8月16日)。

案件 4:石永刚诉中国石油天然气股份有限公司长庆油田分公司第二采油厂劳动争议纠纷一案一审民事判决书(2012年12月3日)。

案件 5:石永刚与中国石油天然气股份有限公司长庆油田分公司第二采油厂、超低渗第四项目部,西安宏田劳务中介服务有限责任公司劳动争议纠纷一案一审民事裁定书(2012年8月1日)。

案件 6:贾秀生与中交一航局第二工程有限公司、第三人山东惠民劳务合作公司、第三人惠民县惠远人力资源服务有限责任公司追索劳动报酬纠纷一案一审民事判决书(2012年6月12日)。

案件 7:张玉春与中交一航局第二工程有限公司、第三人山东惠民劳务合作公司、第三人惠民县惠远人力资源服务有限责任公司追索劳动报酬纠纷一案(2012年6月12日)。

案件 8:邱洪雄与中交一航局第二工程有限

公司、第三人山东惠民劳务合作公司、第三人惠民县惠远人力资源服务有限责任公司追索劳动报酬纠纷一案一审民事裁定书(2012年6月12日)。

案件 9:王信与中交一航局第二工程有限公司、第三人山东惠民劳务合作公司、第三人惠民县惠远人力资源服务有限责任公司追索劳动报酬纠纷一案一审民事裁定书(2012年6月12日)。

案件 10:王志岗与中国银行股份有限公司山东省分行、山东中苑集团公司、青岛康桥物业管理有限公司、青岛康桥人力资源服务有限公司、青岛市劳动事务代理中心、青岛市人力资源有限责任公司、青岛中房物业管理有限公司劳动合同纠纷一案一审民事判决书(2012年11月27日)。

案件 11:蒲磊与中国银行股份有限公司山东省分行、山东中苑集团公司、青岛康桥物业管理有限公司、青岛康桥人力资源服务有限公司、青岛市劳动事务代理中心、青岛市人力资源有限责任公司、青岛中房物业管理有限公司劳动合同纠纷一案一审民事判决书(2012年11月27日)。

案件 12:周喜全与陕西华臻三产工贸有限责任公司劳动争议纠纷一案一审民事判决书(2012年8月11日)。

案件 13:陈建军与陕西华臻三产工贸有限责任公司劳动争议纠纷一案一审民事判决书(2012年8月11日)。

案件 14:朱江涛与陕西华臻三产工贸有限责任公司劳动合同纠纷一案一审民事判决书(2012年8月11日)。

案件 15:李刚刚与陕西华臻三产工贸有限责任公司劳动合同纠纷一案一审民事判决书(2012年8月11日)。

案件 16:赵斌与烟台市永德人力资源服务有限公司、烟台市公交集团有限公司劳动争议一审民事书(2012年7月5日)。

案件 17:原告攀枝花公司诉被告唐、唐发、于

东、李林、唐荣、李军、罗彬、李东、曹、唐华、崔义、第三人成都公司劳动争议一案判决书(2012年6月17日)。

案件18:张绪程与宁波杰艾人力资源有限公司、温州顺衡速运有限公司劳动争议案一审民事判决书(2012年11月6日)。

案件19:与浙江文博人力资源服务有限公司、杭州远望经贸有限公司劳动争议一审民事判决书(1)(2012年12月6日)。

案件20:南京大吉铁塔制造有限公司与张正才、巴中市诚达人力资源有限公司工伤保险待遇纠纷一审民事判决书(2012年10月16日)。

案件21:鄢某某与成都海华劳务派遣服务有限公司工伤保险待遇纠纷一审民事判决书(2012年5月21日)。

案件22:黄润娣、马金娥、梁永生、梁惠红与广西辉煌房地产咨询服务有限公司劳动争议一审民事判决书(2012年11月13日)。

案件23:宝鸡市忠信通讯有限责任公司与王红萍劳动争议纠纷一审民事判决书(2012年12月11日)。

案件24:许锦汉与江门市蓬江区碧图贸易有限公司、第三人广州市荔湾区君艺装饰商行劳动争议纠纷一审民事判决书(2012年12月17日)。

案件25:胡某与深圳市X电子科技有限公司劳动争议一审民事判决书(2012年7月11日)。

案件26:孙丙修与青岛金颐通劳务服务有限公司劳动争议一审民事判决书(2012年9月27日)。

案件27:刚某文与深圳市捷X达人才服务有限公司、新X斯电子(深圳)有限公司劳动争议一审民事判决书(2012年7月19日)。

案件28:四川富德建筑劳务有限公司与张华军、李冬明、四川南新房地产开发有限公司劳动争议纠纷一审民事判决书(2012年12月4日)。

案件29:郭维东与烟台鲁宝工贸有限责任公司、烟台安华人力资源顾问有限公司等劳动争议一审民事判决书(2012年6月29日)。

案件30:李红宁与南京浦口区中心医院、南京领航人才派遣有限公司劳动合同纠纷一案的民事判决书(2012年11月16日)。

案件31—案件53:成都市成华区狮子劳动运输服务公司与其73名工人间的劳动争议纠纷一审民事判决书。其中,案件31:成都市成华区狮子劳动运输服务公司与被告刘世均、吴世君等、第三人成都铁路国通物流有限责任公司劳动争议纠纷一审民事判决书(2012年4月13日)。案件33:成都市成华区狮子劳动运输服务公司与被告林碧华、第三人成都铁路国通物流有限责任公司劳动争议纠纷一审民事判决书(2012年4月13日)。

案件54:合肥宏运物资有限公司与赵传广劳动争议一审民事判决书(2012年7月18日)。

案件55:张军与中国人寿保险股份有限公司烟台分公司劳动争议一审民事判决书(2012年6月27日)。

案件56:周莲霞与马迪先服饰(香港)有限公司杭州代表处、杭州市对外经济贸易服务有限公司劳动争议一审民事判决书(2012年11月25日)。

案件57:付彦诉吉林市泰和劳务派遣有限公司劳动争议一案民事裁定书(2012月5月15日)。

参考文献:

《工伤保险条例》,2003,中国人大网, http://www.npc.gov.cn/npc/ztxw/tetjxsbtxjs/2014-05/20/content_1863711.htm。

黄宗智,2017,《中国的非正规经济再思考:一个来自社会经济史与法律史视角的导论》,载《开放时代》第2期,

第153—163页;亦见《中国乡村研究》第14辑,福州:福建教育出版社。

黄宗智,2013,《重新认识中国劳动人民——劳动法规的历史演变与当前的非正规经济》,载《开放时代》第5期,第56—73页。

黄宗智,2012,《国营公司与中国发展经验:“国家资本主义”还是“社会主义市场经济”?》,载《开放时代》第9期,第8—33页。

黄宗智,2009,《中国被忽视的非正规经济:现实与理论》,载《开放时代》第2期,第51—73页。

《劳务派遣暂行规定》(自2014年3月1日起施行),2014,人力资源和社会保障部网站,http://www.mohrss.gov.cn/gkml/xxgk/201401/t20140126_123297.htm。

全总劳务派遣问题课题组,2012,《当前我国劳务派遣用工现状调查》,载《中国劳动》第5期,第23—25页。

“陕西华臻三产工贸有限责任公司”,2016,智联招聘网,http://company.zhaopin.com/CC353304321.htm。

《中国社会保险发展年度报告2014》,2015,四维信息网,http://www.chinazxx.com/show.asp?id=1917。

《中华人民共和国劳动法》(自1995年1月1日起施行),1994,中华人民共和国中央人民政府网站,http://www.gov.cn/banshi/2005-05/25/content_905.htm。

《中华人民共和国劳动合同法》(自2008年1月1日起施行),2007,中华人民共和国中央人民政府网站,http://www.gov.cn/flfg/2007-06/29/content_669394.htm。

《中华人民共和国劳动合同法(2012修正)》(自2013年7月1日起施行),2012,中华人民共和国人力资源和社会保障部网站,http://www.mohrss.gov.cn/SYRlzyhshbzb/zcfg/flfg/fl/201605/t20160509_239643.html。

《中华苏维埃共和国劳动法》,1933,中国网,http://www.china.com.cn/guoqing/2012-08/30/content_26745530.htm。

《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(三)》,2010,中华人民共和国最高人民法院网站,http://www.court.gov.cn/fabu-xiangqing-1549.html。

“110 of nation's firms on Fortune Global 500 list,” 2016,http://english.gov.cn/news/top_news/2016/07/22/content_

281475399211968.htm。

Huang, Philip C. C., 2017, “China's Informal Economy, Reconsidered: An Introduction in Light of Social and Legal History,” *Rural China* 1, pp. 1-17.

Huang, Philip C. C., 2013, “Misleading Chinese Legal and Statistical Categories: Labor, Individual Entities, and Private Enterprises,” *Modern China* 39(4), pp. 347-379.

Standing, Guy, 2011, *The Precariat: The New Dangerous Class*, London: Bloomsbury Academic.

Szamosszegi, Andrew and Cole Kyle, 2011, “An Analysis of State-Owned Enterprises and State Capitalism in China,” for the U. S.-China Economic and Security Review Commission, Oct. 26, pp. 1-116.

注释:

①参见中国裁判文书网,http://wenshu.court.gov.cn/。

②最后一个案件(案件57),只涉及一个地方法院的管辖权问题:法院认为原告应该在另一个区法院提出控诉。

③有点意外的是,攀枝花公司是个规模不小的派遣公司,与攀枝花市石化公司(国企)具有长期的关系,没有因此而倒闭。

④在另一个比较特殊的案件中,文博公司派遣销售员林娣到杭州的远望公司去工作,与她签订了极其详细的合同,说明每月工资1310元,由文博公司支付,销售口腔护理产品提成3%,洗护和清洁用品提成5%,由远望公司核定但仍然由文博公司发放,还确定了工作时间、休息日等细节。合同期满后,林娣按合同条款申请仲裁,要求远望公司和文博公司支付加班工资和未得的提成,共约2000元。仲裁委予以支持。其后,远望公司起诉林娣和文博公司,说林娣与远望公司不存在劳动关系,文博公司才是其用人单位。法院予以支持,判决由文博公司支付林娣2000元。另外,林娣要求文博公司为她补交社保费,此点法院不予支持,认为社保争议“不属于法院审理劳动争议的范围”(案件19)。

⑤在第三起案件中,梁明声是广西辉煌房地产咨询服务有限公司的一名保安,也是销售员,从2009年开始工作,负责晚上8点到次日早上8点的夜班。2011年3月26日晚11点,梁突然在值班期间病发身亡。当地仲裁委认为梁和房地产公司并不存在劳动关系。梁母和媳妇以及两位亲戚起诉要求认定他和公司具有劳动关系。法院根据中国银行分行的工资支付记录(盖有辉煌公司公章)以及医院急救中心的记录,认定梁确实和辉煌公司具有劳动关系并且是在上班期间病故(案件22)。

⑥作为法律依据,这组裁判员引用了2010年《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(三)》的第一条。但是,检阅该解释第一条,其实最高法院的解释与此正好相反:“人民法院应予受理”。我们这里不必推测此组法官的理解为何与解释的文本相悖。没有疑问的是,上述三个案件中,地方法官采取的立场都是非常明确的。

⑦参见注④。

⑧参见注⑥。

⑨但是,即便是在同一个广东省,也可能存在对法律的不同理解。胡某2011年5月23日开始在深圳市×电子科技有限公司做销售工作,但在同年10月23日被解雇。公司声称是因为胡某没有达到公司的要求。胡某申请仲裁,要求支付拖欠工资和提成(共约1700元)以及未签订合同工作期间的二倍工资(6800元)。仲裁委做出支持前者不支持后者的裁决。胡某起诉到法院。法院认定,×电科技自称是劳务派遣公司,但并没有正式登记成为派遣公司。法院据此认定,胡某与×电公司的关系是事实劳动关系,判决×电公司支付胡的两项要

求,另加律师费4000元(案件25)。

⑩2016年10月笔者用“狮子劳动运输公司”在网上搜索,发现公司自称处于“非正常状态”。而用裁判文书上的“成都铁路国通物流有限责任公司”搜索,只找到一家快递公司和一家“地图吧”公司,与此前的公司显然不同。老公司的原名看来是“成都铁路国运物流公司成都南货场”,伴随南货场的拆迁,已经不复存在。

⑪在另一个案件中,周莲霞被聘为一家香港公司在杭州开的马迪先服饰有限公司的销售员,2010年3月8日入职,每月工资5500元。第一年周拿了15500元的提成,但第二年没有。她向仲裁委申请要求公司支付她第二年的提成,未果,遂于法院起诉。法院认为,她和公司签订的合同并没有规定固定的提成,驳回她的要求(案件56)。最后一个案件(案件57)仅涉及当地法院裁定原告应在另一个区法院起诉,本文因此不加以讨论。

⑫这里需要进一步说明,盖伊·斯坦丁(Guy Standing)的用词“precariat”如今在国内还没有固定的中文翻译。按照其字面的意义,固然可以译作“不稳定工人”,但是,斯坦丁的用意其实主要是关乎心态和生活情况的描述,不在于生产关系或生产情况,而且他执意要把这个群体理解为一个“危险的阶级”(dangerous class)(Standing, 2011)。鉴于此,本文暂时采用了“危难工人”的翻译,“危”与“难”足可表达斯坦丁“dangerous class”和“precarity”的用意,而“工人”则是为了表述其把“precariat”和“proletariat”两词既连接起来而又区别开来的用意。更详细的讨论见黄宗智(2017)。

责任编辑:周 慧