



**TransAsia Lawyers**  
權亞律師事務所

# “2009-2010 年度权亚劳动 法奖学金” 参赛作品

“假派遣”的兴盛与规制  
——从派遣机构的规范角度探索“劳务派遣”回归本  
质之路径

北京大学 07 级本科生  
周耀凤 洪晨叶 罗茜  
2010 年 3 月

## “假派遣”的兴盛与规制

### ——从派遣机构的规范角度探索“劳务派遣”回归本质之路径

#### 【摘要】:

最近几年，劳务派遣行业迅猛发展，但是各种问题也相继产生，使得“劳务派遣”成为人们耳熟能详、茶余饭后的谈资。劳动者或将劳务派遣誉为“福星”，或视之为“瘟神”。

同样的劳动者立场，为何会有截然不同的感受。通过调查，笔者发现，最根本的原因是：此“派遣”非彼“派遣”。很多对劳务派遣的褒扬都是建立在劳务派遣的本质含义基础之上，而一些人痛斥“劳务派遣”<sup>1</sup>，认为自己深受其害，针对的并非真正的“劳务派遣”，而是这一制度在中国“水土不服”演变而成的“假派遣”。

本文试图通过实证分析与规范分析相结合的方法，运用比较、案例分析等方式，从法理学和经济学、社会学等学科背景揭示“假派遣”这一现象及其存在原因，同时着重围绕派遣机构的规范化对“劳务派遣”回归本质在中国健康有序发展之路径做尝试性探索。

#### [Abstract]

Labor dispatch has developed rapidly these years. But at the same time various problems have generated. The “labor dispatch” becomes familiar with the talk of gossip. Laborers regard labor dispatch as either the “Lucky Star” or “God of Plague”.

Why do laborers of the same position have different feelings? Through investigation, the author found that the most fundamental reason is: this “dispatch” is not the other. Most praises on the labor dispatch are on the basis of the essential meaning of the dispatch, while some laborers feel suffered and denounce the labor dispatch. The focus of these laborers is not really the “labor dispatch”, rather the system which is unable to adapt in China and has evolved the “fake dispatch”.

This paper attempts, through a combining method of empirical analysis and normative analysis, as well as the use of comparison, cases, etc, from the angle of jurisprudence, economics and sociology, to reveal the causes and existence of the phenomenon “fake dispatch”. This paper also attempts to do a tentative exploration into a healthy and orderly development path in China on which the “labor dispatch” could return to its essence under the standardization of the dispatching agencies

#### 【关键词】:

假派遣、劳务派遣、派遣机构、规范、本质

#### [Key Words]

Fake dispatch, Labor dispatch, Dispatching agencies, Standardization, Essence

---

<sup>1</sup>参见 <http://tieba.baidu.com/f?kz=202173284> 访问日期：2010年2月3日

目录

摘要: .....	2
关键词: .....	2
前言: .....	5
一、研究目的与方法 .....	5
1. 1 研究目的 .....	5
1. 2 研究步骤 .....	6
1. 3 研究方法 .....	6
1. 4 如何平衡经济价值与社会价值 .....	7
二、劳务派遣在中国 .....	7
2. 1 何谓劳务派遣? .....	7
2. 1. 1 定义与产生 .....	7
2. 1. 2 概念之辨析 .....	8
2. 1. 3 运行之机制 .....	9
2. 1. 4 功能之价值 .....	10
2. 2 中国式劳务派遣 .....	10
2. 2. 1 产生的原因 .....	11
2. 2. 2 发展与演变 .....	11
2. 2. 3 “假派遣” 兴盛 .....	11
2. 2. 4 弊端与挑战 .....	14
三、假派遣缘何普及 .....	15
3. 1 用工单位——利益诱惑下的决策 .....	15
3. 1. 1 降低成本 .....	15
3. 1. 2 用人灵活 .....	16
3. 2 派遣机构——政策营利双重激励 .....	16
3. 2. 1 政策吸引 .....	16
3. 2. 2 营利刺激 .....	17
3. 3 派遣员工——有些“主动” 有些“被” .....	17
3. 3. 1 主动接受派遣 .....	17
3. 3. 2 无奈被派遣 .....	17
3. 4 劳动合同法——“假派遣” 继续繁衍 .....	18
四、来自派遣机构的启示 .....	19

4. 1 信立强的前世今生——从劳务办到有限公司 .....	19
4. 2 信立强的内部运作机制——直线职能高效率 .....	21
4. 2. 1 组织机构 .....	21
4. 2. 2 派遣程序 .....	21
4. 2. 3 招聘程序 .....	22
4. 3 调查问卷的背后 .....	22
4. 3. 1 目前公司发展最不利的因素 .....	23
4. 3. 2 选择劳务派遣的原因 .....	23
4. 3. 3 关于《劳动合同法》 .....	23
五、从实然到应然 .....	23
5. 1 实然到应然的沟壑 .....	23
5. 1. 1 行业自律较差，争相逐利 .....	24
5. 1. 2 政府管制过松，任其演变 .....	26
5. 1. 3 法律过于原则，空间太大 .....	27
5. 1. 4 工会名存实亡，何处叫屈 .....	27
5. 1. 5 规章制度与法，定位误区 .....	28
5. 2 规范派遣机构之路径 .....	28
5. 2. 1 派遣机构的社会属性回归 .....	28
5. 2. 2 加强政府规制与引导 .....	29
5. 2. 3 细化法律法规，增强可行性 .....	29
5. 2. 4 组建派遣机构工会 .....	31
5. 2. 5 规范派遣机构规章制度 .....	32
六、结论 .....	32
6. 1 本文小结 .....	29
6. 2 本文的局限之处 .....	33
6. 3 未来的研究方向 .....	33
参考资料 .....	34
附录北京市劳务派遣行业信息调查问卷 .....	36
本文作者 .....	40

## 前言：

劳务派遣自 90 年代开始便在中国扎根，之后迅速发展。尤其是在 2007 年宣布即将实行新《劳动合同法》之后更一度进入白热化阶段，类似于“井喷”。人们对于《劳动合同法》中有关“劳务派遣”的规定或褒或贬，或认为“雪中送炭”，或感觉“雪上加霜”，分歧很大。

为何对于“劳务派遣”会存在如此对立的看法？

带着疑问，作者走访了劳动保障部、仲裁委、法院，同时对劳务派遣三方主体（派遣单位、受派遣者、用工单位）访谈之后发现，之所以大家观点不同，不仅仅与立场和个人利益相关，最根本的是：此“派遣”非彼“派遣”。很多对劳务派遣的褒扬都是建立在劳务派遣的本质含义基础之上，而一些人痛斥“劳务派遣”<sup>2</sup>，针对的并非真正的“劳务派遣”，而是在中国演变而成的“假派遣”。

究竟什么是“假派遣”？它与规范意义上的“劳务派遣”区别何在？具有哪些表现形式？为什么“劳务派遣”会在中国水土不服演化为“假派遣”？它正在和将要给我国社会经济带来的影响利弊？如何规范“假派遣”回到“劳务派遣”的本质？本文将通过实证分析与规范分析相结合的方法，运用比较、案例等方式，从法理学和经济学、社会学等学科背景着重围绕派遣机构的规范化对这些问题进行阐述。

## 一. 研究目的与方法

### 1.1 研究目的

劳务派遣，不管优劣与否，在中国已是来势汹汹，势不可挡。虽然就整体而言，劳务派遣在用工模式中所占的比重并不大，暴露出的各方面问题却不可忽视。“假派遣”的存在既是这些问题综合作用的结果，又可以能动地影响到劳务派遣这一制度的规范化进程。

到 2001 年底，在北京，像信立强<sup>3</sup>这样的劳务派遣企业已有 301 家，累计安置下岗职工 2.82 万人，成为安置下岗职工的一个重要渠道<sup>4</sup>。据上海市对外服务有限公司提供的数据显示：2002 年、2003 年、2004 年该企业员工人数分别是 5.5 万、7 万、10 万，而各年的争议总件数分别是 90 件、120 件、210 件。在北京，作为大型劳务派遣企业集中的地区，朝阳区劳动局每年接触到大量类似的案件。该局仲裁科李广平科长分析，“劳务派遣产生纠纷很多情况下还是由于劳动派遣公司出了问题<sup>5</sup>”。

不置可否，在未来，这种灵活的用工方式通过法律等各种手段规范化之后将会发挥其更好的作用。因而，我们有必要对“假派遣”进行了解。

纵览各种文献综述，基本上都是对“劳务派遣”这种制度或者其在中国的发展情况进行概括性的介绍和初步的分析，没有很好地综述“假派遣”这种现象的“存在合理性<sup>6</sup>”以及如何规制“假派遣”，使劳务派遣步入正轨。

本文将尝试对社会经济中存在的“假派遣”进行介绍和剖析，同时综合相关文献，从派遣机构的规范化角度对劳务派遣在中国进一步的发展提出一些建议。

<sup>2</sup>参见 <http://tieba.baidu.com/f?kz=202173284> 访问日期：2010 年 2 月 3 日

百度贴吧“劳务派遣吧”上很多帖子均反对“劳务派遣”，声称“强烈呼吁废除劳务派遣”

<sup>3</sup>后文中对这一劳务派遣机构会有相关介绍

<sup>4</sup>“再就业的又一个重要渠道——走进北京劳务派遣”《劳动保障》通讯 2002.5

<sup>5</sup>“劳务派遣——掀起你的盖头来”参见中国经济网

[http://finance.ce.cn/law/home/wqsq/20060705/t20060705\\_7615261.shtml](http://finance.ce.cn/law/home/wqsq/20060705/t20060705_7615261.shtml) 访问日期：2010 年 2 月 23 日

<sup>6</sup>黑格尔《西方哲学史》中“存在即合理”的说法，意思是：凡是合乎理性的东西都是现实的，凡是现实的东西都是合乎理性的。因而，“假派遣”作为一种现实中存在的现象，必然有其产生和存在的合理性。

## 1.2 研究步骤

首先，阅读与“劳务派遣”相关的法律与条文，查看相关网站与新闻，对于劳务派遣的起源、发展、功能与弊端有一个初步的认识，基本确立研究方向：发现劳务派遣中存在的问题，深入挖掘其问题产生和存在的内在因素（包括经济、文化、社会、心理等因素），针对这些因素试图寻找合理的解决机制以推动劳务派遣健康发展。

其次，通过与派遣机构、派遣员工、被派遣单位的交流，了解劳务派遣三方当事人的关系，他们眼中的劳务派遣制度的优劣，更好地认识劳务派遣制度。

再次，实地调研北京海淀区劳动仲裁委与浙江省某地劳动仲裁委与劳动保障部门、代理劳务派遣的劳动律师、专门审理劳动纠纷的法官等，从执法者角度审视劳动派遣制度及其法律规定的利弊。

除此之外，还对北京地区 2007 年通过复审的比较正规的劳务派遣机构<sup>7</sup>进行了电话访谈与邮件调查，回收一部分有效问卷，得到相对可信的数据与推论。

在此基础上，结合文献综述理论与实际访谈所得，通过进一步的经济学、法理学分析方法的加工，产生此文。劳务派遣是一个很复杂的现象，放在中国这个正处于经济转型期的社会中更是难以捉摸，受学识、经验所限，本文难免存在一些纰漏还望指正。

## 1.3 研究方法

### 1.3.1 实证分析与规范分析

实证分析目的在于判断法律制度的实际效果，分析法律规则约束下法律要追求的目标有无实现。而规范分析则通常注重给出改革法律制度的建议。实证分析与规范分析是一种相对的划分，两者密切联系缺一不可。

本文对于案例的分析和劳务派遣在中国的表现将着重采用前者，而对于劳务派遣制度存在的问题以及改进则主要用规范分析方法，探求能够实现资源配置效率的制度的应然。

### 1.3.2 比较分析

比较不同制度背景、不同地区、不同经济状况的劳务派遣，它们的产生原因、法律规定、实施结果都存在哪些差别？这些差别产生的原因又何在？中国是否可以将进口来的“劳务派遣”全盘应用于推广？如何做到国际化与本土化的有效结合？

### 1.3.3 成本收益分析方法

制度取舍应该以成本与收益孰大孰小作为判断依据。所有的法律规则，诸如“财产、合同和侵权的法律规则对各种不同的行为会带来隐含的费用”。通过比较决策的成本与收益，为我们选择不同的法律政策提供了一个客观的标准，只有在收益大于成本时方案可行。如何实现社会最大福利是制定法律的考虑因素之一。

### 1.3.4 博弈论

博弈论的基本因素包括：参与者、策略和收益。基本的指导思想是：假设你的对手在研究你的策略并努力追求他自己的利益最大化的行动时，你如何选择策略使自己利益最大化。

劳务派遣作为一种特殊用工模式，其参与者比普通劳动关系更为复杂，包含三方（用人单位、用工单位、劳动者）。在三方博弈的情况下，现在的制度是最好的吗？如何达到均衡？

### 1.3.5 案例分析

通过对几个地区劳动保障部门的访谈、向劳动派遣单位发放问卷、以及与派遣工人的交

---

<sup>7</sup>共有 486 家，参见《北京市劳动和社会保障局通告京劳社发（2007）7 号》文件

流等方式，了解了一些典型的案例，收集了一些数据和资料。同时劳务派遣公司的实际案例为本文分析的基础与前提，增加了本文的客观性与科学性。

以上是主要的研究方法，还有其他的如竞争理论、历史文化分析等也会适当采用。必须声明的是，以上列举的方法并非孤立存在的，而是相互依存，是同一个事件在不同语境下的解读。

## 1.4 如何平衡经济价值与社会价值？

劳务派遣是满足派遣方、要派方和劳动者各方利益的雇用形态，虽然滥用劳务派遣的情况存在，但是仍然不能否认它内在的社会价值和经济价值<sup>8</sup>。**劳务派遣社会价值与负效应孰轻孰重？**如何在劳务派遣的法律制度中寻找满足三方主体各方利益的平衡点，尤其是维护本身处于弱势地位的劳动者的权益，使其社会价值和经济价值得以充分发挥使我们现在急需研究和解决的问题。

经济价值与社会价值的关系就像“蛋糕分割现象”。经济价值是蛋糕的大小，而社会价值则是如何分割已有的蛋糕。法律既追求效率的目标（把蛋糕做得又大又好），又追求公正的目标（即合理分配蛋糕）。社会价值的获取是在具备经济价值的前提下实现的，如果没有有经济价值的“蛋糕”，也就无法对“蛋糕”进行分割，也就无法实现社会价值。但是一味地强调经济价值，置社会价值于不顾将会导致社会动荡和人心不安，终究对经济价值带来致命性的伤害。

如何平衡经济价值与社会价值，使得劳务派遣在实现经济价值的同时对于社会价值也有所推进与贡献，让劳务派遣的三方主体都能在这个制度中受益，是本文尝试探索的问题。

## 二. 劳务派遣在中国

随着中国经济的发展、产业结构的调整、市场的进一步完善，劳务派遣作为一种新型的市场化用工形式，其诞生和普及是必然的。但是，纵观中国市场，有多少所谓的“劳务派遣”是真正的劳务派遣？有多少是打着“劳务派遣”的幌子在进行着“假派遣”，以不违法的形式侵害着劳动者的权利？

“假派遣”的产生并不可怕的，毕竟它是中国劳动力市场进一步市场化乃至国际化的一个必经阶段，新事物从诞生到成长，期间的各种挫折和挑战总是不可避免的，只要循着正确的方向就一定可以将“劳务派遣”引入正轨。

而达到这个目的的前提就是人们（包括劳动者、派遣单位和要派单位）要对劳务派遣有一个客观的认识，毕竟“民可使由之，不可使知之<sup>9</sup>”，只有在正确地认识到劳务派遣这一制度的内涵与本质后，劳动者才能对“劳务派遣”有一个客观全面的看法，企业才能更好地运用这一制度来在不违法不侵害劳动者利益的前提下达到自己的利益最大化。

这一部分将着重介绍什么是规范意义上的“劳务派遣”，包括其产生、与相近概念的区别、运行机制以及功能价值。在了解真正的“劳务派遣”后，将简要介绍这一制度在中国的产生、演化过程以及现状和挑战。了解规范意义上的“劳务派遣”和实际生活中的“假派遣”，

---

<sup>8</sup>中国劳动保障报/2005年/11月/22日/第001版“劳务派遣亟需突破维权瓶颈”

中美劳务派遣制度研讨会综述上郑尚元的观点

<sup>9</sup>摘自《论语-秦伯》对本句理解存在分歧，笔者认可“民可，使由之，不可，使知之”的说法，符合孔子“有教无类”的思想。意思是：老百姓如果理解统治者政策，就让他们去执行；如果不理解，就让他们知道后再去执行

并将两者区分有助于更好更加深入地看待“劳务派遣”在中国的未来发展及其规范化。

## 2.1 何谓劳务派遣？

### 2.1.1 定义与产生

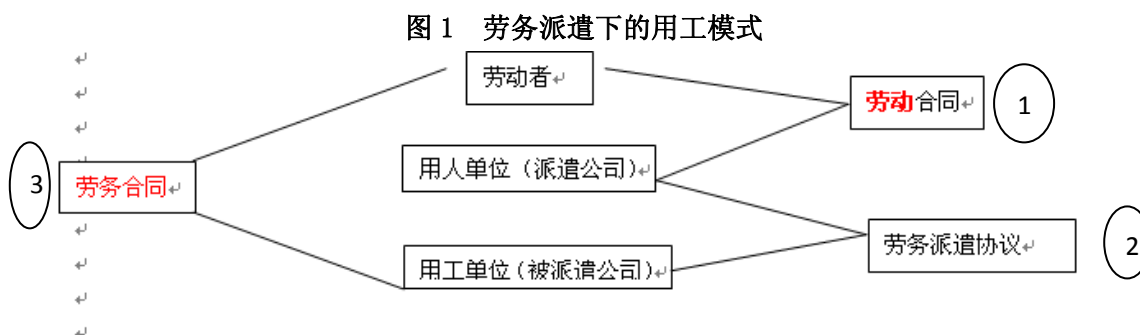
劳务派遣是“由派遣机构与派遣员工签订劳动合同，然后向要派单位派出该员工，使其完成在要派单位的工作场所内劳动，接受要派单位的指挥、监督，以完成劳动力和生产资料结合的一种特殊用工方式”<sup>10</sup>。被人们简化为“派遣单位招工而不用工，用人单位用工而不招工”、“有劳动无关系，有关系无劳动”。它是对传统用工模式的一种突破。

劳务派遣是市场经济的产物，兴起于 20 世纪 20 年代的美国，盛行于六、七十年代的欧美，在 70 年代末传入日本。从 1972 年至 1999 年间，美国劳务派遣从业人员每年以超过 11% 的速度递增，与此同时美国非农雇佣的年增长率仅为 2%<sup>11</sup>。可见劳务派遣的魅力之大，比较适应经济发展的趋势，与传统用工模式有很大竞争力。

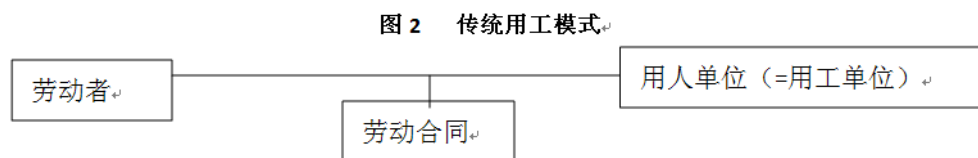
### 2.1.2 概念之辨析

劳务派遣来势汹汹势不可挡，究竟其优点何在？为何会吸引人们竞相跟随其后？这就需要我们对劳务派遣的特点进一步透析，通过将与其他用工模式的对比能更好的认识到这一制度的特点。

根据定义，可以简要地将劳务派遣用工模式简要地做示意图如图一，这里还要注意到劳务派遣中三个合同的顺序问题，一般说来，劳动者与派遣公司之间的《劳动合同》是最先签订的，而派遣公司与用工单位之间的《劳务派遣协议》是在《劳动合同》成立之后签订的，最后才达成劳动者与用工单位的《劳务合同》。



### 1) 传统模式 (图 2)



<sup>10</sup>董保华主编《劳动力派遣》[M] 北京：中国劳动社会保障出版社 2007 年 5 月第 1 版第 18 页 这本专著是目前国内关于劳务派遣及其各方面知识介绍最为全面和权威的著作。

<sup>11</sup>转引自 Marcello Esteveao and Saul Lach(1999). The Evolution of the Demand for Temporary Help Supply Employment in the United States, NBER Working Paper NO.7427

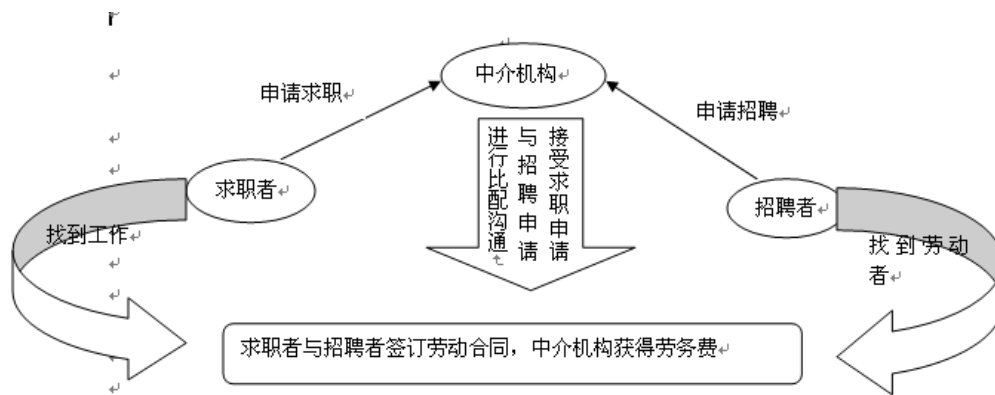
劳务派遣是一种新型用工模式，它是基于传统用工模式在新的市场经济环境下产生的。

观察上图可知，两者存在很明显的区别：参与的主体不同，劳务派遣是三方主体，而传统用工模式是两方；合同形式不同，前者有劳动合同、劳务合同与派遣协议三种，而后者则只有劳动合同；适用法律不同，后者主要适用《劳动法》与《劳动合同法》，而前者除了这两个劳动基本法律外，还要涉及民法与合同法的理论与法律，因为前者中的《劳务合同》与《派遣协议》并非劳动合同，受民法调整，而不受《劳动合同法》调整。

## 2) 劳务中介

劳务中介类似于民法上的居间者，它根据招聘单位或求职者的申请促成双方签订劳动合同、成立雇佣关系。中介机构与求职者无劳动合同关系，求职者与招聘单位直接成立劳动合同关系，是职业介绍与劳务派遣间最大之区别所在。

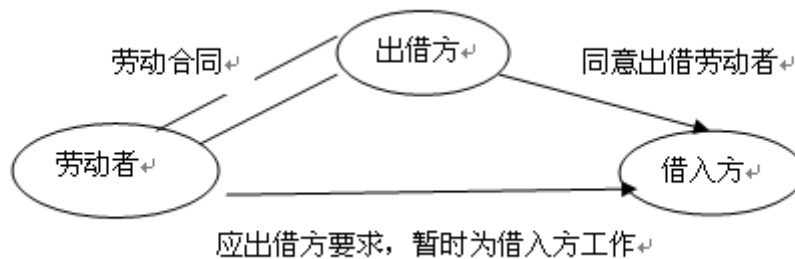
图 3：劳务中介的形式



## 3) 业务借调

借入单位与劳动者是雇主与雇员关系，且是直接雇佣。出借方将其员工出借给借入方使用不论是否有偿，皆不以经营劳动力为手段，不是其经营范围。类似于出借或者租赁。

图 4：业务借调



通过这几个相近概念的辨析，能够更好地认识到“劳务派遣”的特征，也为下文对劳务派遣的界定与问题存在起了一个铺垫作用。

### 2.1.3 运行之机制

劳务派遣这一制度之所以会诞生，与其自身制度的运行特色密不可分。由于多了派遣单位这一主体，仿佛在劳动者与派遣者两岸之间架起了一座桥梁。劳动者不需要茫无头绪地去寻找工作，而用人单位也不需要像以前那样有时单位员工太多需要裁减，有时需要特定的工作人员时又苦觅不得。双方的交易成本大大减少。

这一制度的运行原理主要是由派遣单位和劳动者签订劳动合同，同时与一些需要的企业签订劳务派遣协议。如果劳动者与用工单位双方愿意的话就可以签订劳动合同（或称“岗位协议”）。简要图示如下：

图 5：劳务派遣的运行机制<sup>12</sup>



观察上图可知，规范意义上的劳务派遣由用人单位进行员工管理，并将费用直接支付给派遣公司，而后派遣公司根据劳动合同以及工资的数额，负责处理好其员工的现金支付、劳务管理保险福利。

但是在现实操作中，问题远没有图示中的那么简单。除了没有执行法律已经规定的之外，对于那些法律没有直接规范的，如员工培训、员工安全、派遣单位与用工单位责任比例分担则更加混乱，有法尚且不依，无法或笨法状态下无序也是正常的。

## 2.1.4 功能之价值

劳务派遣之所以会产生，接着逐步地兴盛，主要是它具有传统用工模式所没有的功能。从微观角度考虑，劳务派遣的功能主要如下：

1) 从用人单位的角度看，劳务派遣为企业改革和经营提供了一种全新的人力资源服务方式，它有利于减少用人单位的事务性工作、获得专业化的服务，可以比较有效地降低企业的人工成本，企业可以根据市场的状况适时调整员工的规模。企业的负担减轻，同时也避免了大量的劳动争议的处理。

2) 从劳动者的角度看，劳务派遣便于劳动者得到更多的信息资源，增加就业机会。它为低就业能力人群提供了有序的从业渠道。而对高就业能力人群讲，他们中的有些人，希望不断丰富自身的阅历而不满足于固定在一个正式单位中工作或者偏好于弹性工作安排和零散工

<sup>12</sup> 参自 <http://baike.baidu.com/image/b3f6cea26719c08acaefd032> 访问时间：2010年2月3日

此图片是在百度百科中的基础上加工修改而成。发现百度百科将用工单位写成用人单位，相对有点权威的网站尚且如此误导人，因而有必要让大家明白“劳务派遣”之概念。

作实践的工作, 劳务派遣公司恰恰可以满足这种需求。

从宏观角度出发, 则整体上减少了交易成本, 增加了就业。

## 2.2 中国式劳务派遣

同是“劳务派遣”制度, 为何在外国可以通过有效地规制后良好发展, 而在国内却部分演变为“假派遣”? 甚至在《劳动合同法》颁布后依然没有起到抑制作用, 而是“假派遣”更加兴盛, 愈演愈烈。难道真应了那句“橘生淮南则为橘, 生于淮北则为枳”吗? 不妨从劳务派遣在中国的产生原因、发展与演变过程来观察尝试揭开这个谜题。

### 2.2.1 产生原因

一个制度的产生必然存在供给与需求以及内在的利益驱动。

1) 供给方面: 20 世纪 90 年代中后期, 中国经济快速增长, 产业结构转型, 员工下岗, 失业成为普遍现象。有较多的非“全日制”员工是产生这一制度的前提条件。

2) 需求方面: 产业结构的调整, 第三产业服务业的兴起, 要求更多的弹性岗位工作人员。若有企业直接招聘成本较高, 因而用人单位希望会产生一种机构帮助其解决这个难题。

3) 利益驱动: 派遣机构需要赚取利润, 要派机构需要节约人力成本和弹性使用劳动力, 而劳动者在于尽快找到相对稳定的工作。三方都有相应诉求促使这一制度风行中国。

### 2.2.2 发展与演变

劳务派遣是一种成熟市场的劳动用工体制, 由于中国经济的飞速发展, 催化了这个机制提前产生, 但是社会尚不能与这个先进的制度配套。因而这种不稳定的用工方式对劳动者的伤害是不可忽视的。

一方面, 中国还不具备劳务派遣实行的社会条件, 另一方面市场上已然诞生各种派遣机构势不可挡, 无奈之下, 新《劳动合同法》“被迫”添加关于“劳务派遣”的规定, 对劳务派遣就采取了限制和抑制的态度, 比如, 劳务派遣公司必须依照《公司法》的规定设立, 注册资本必须在 50 万元以上, 比《公司法》中规定的 3 万元注册资本要高许多。并且将使用劳务派遣工的岗位限定在临时性、辅助性和替代性的岗位上。

然而, 立法者们无论如何也不会想到, 情势却会朝着与他们预期所不同的方向发展。

2007 年 6 月 29 日通过《劳动合同法》, 年末便引发了“劳务派遣”高峰期。航空、银行、石油、电信等行业的许多大型国有上市公司打着“企业改制的旗号”, 纷纷在年底前突击把一些老员工改为劳务派遣以减少职工工龄。

本是限制, 没料到却是愈演愈烈。一方面是利益驱使, 一方面是《劳动合同法》更加倾向于保护劳动者, 生产者寻找自保手段, 恰巧“劳务派遣”有规定却抽象, 给一些企业钻法律漏洞的机会。在这种情况下, “劳务派遣”脱离了本质, “假派遣”应运而生。

### 2.2.3 “假派遣”兴盛

“假派遣”是企业损害劳动者权益以达到自身利益最大化的行为。万以嫫将侵犯劳动者权益的雇主分为三类: 知法不守法、不知法但愿守法以及不知法更不愿守法。而“假派遣”之所以产生, 有“知法不守法”, 更多的是“知法守‘本本法’而不遵循法的本意”。

本文所说的“假派遣”是指那些违反《劳动合同法》中与“劳务派遣”相关条文, 或者不违背其表层意思, 但是违反《劳动合同法》的立法本意和目的损害劳动者合法权益的

## 那些“伪派遣”行为。

作者通过实地调查，“假派遣”表现形式主要如下：

### 1) 逆向派遣

逆向派遣是指用人单位对于本单位劳动者，采取各种方式不与其签订劳动合同，而是要求他们与劳务派遣公司签订劳动合同，然后由劳务派遣公司将这些劳动者以派遣员工的名义派回原单位从事劳动<sup>13</sup>。

本来劳动者与用人单位之间存在正常的劳动关系，通过这种逆向派遣使得原用人单位与劳动者的劳动合同解除，却仍存在劳动关系。即“用工单位”实际为“用人单位”。劳资双方实质未变，只因套上了一层“劳务派遣”的“皇帝的新装”，正式职工变为“派遣工”，工资福利待遇一下子跌很多。

可见，这是一种借用劳务派遣名义、逃避法律责任的“逆向派遣”，或叫“反向劳务派遣”，其实就是假派遣。实际用人单位与劳动者存在事实劳动关系，通过签订劳动力派遣合同，将责任转嫁给派遣单位，变成与劳动者没有劳动关系的第三方。劳动者本来就是实际用人单位招聘的，应依照我国劳动法的第十六条第二款关于“建立劳动关系应当订立劳动合同”的规定，与劳动者订立劳动合同，结果却人为地把劳动关系扭曲为劳动力派遣关系<sup>14</sup>。

劳务派遣与逆向派遣的主要区别如下：派遣机构对于派遣劳动者的招收有无自主性。

“逆向派遣”通过“压榨”劳动者权益达到企业利益最大化，这种行为会导致派遣劳动者与接受单位职工相比同工不同酬，不能享受正常的福利待遇，无法缴纳社会保险，派遣单位和接受单位责任划分不明确、不利于劳动者的保护。

“逆向派遣”得以兴盛，根源是对利益的追逐，而法律对此的姑息或不作为又进一步激励了企业不断开展“逆向派遣”，劳动者则怕丢饭碗有怒不敢言。

目前，关于“逆向派遣”的规制，只有全国总工会法律工作部部长刘继臣在新闻发布会强调过三类行为包括逆向派遣，各级工会要积极配合劳动行政部门依法严肃查处，支持和帮助权益受侵害的职工通过法律途径维护自身权益，及时提供法律援助和服务<sup>15</sup>。但是，中国的工会何时能发挥如此强大的作用？况且这个发言也不是法律规定，不能作为判案依据。

此外，劳动者很难拿到确切的证据来证明这是“逆向派遣”，因为很多合同和文件等都是单位保管，取证困难，因为在实际情况中这种案件纠纷劳动者根本不能维护自己的合法权益，而企业有恃无恐也乐此不疲。

### 2) 关联派遣

如果说“逆向派遣”是无法可依，那么“关联派遣”就是典型的“笨法”，漏洞百出。

所谓关联派遣，即原用人单位的关联人（血缘或利益等密切相关）出资创办劳务派遣公司，招募职工，向原用人单位派遣的情况。

2008年实施的《劳动合同法》中第六十七条明文规定“用人单位不得设立劳务派遣单位向本单位或者所属单位派遣劳动者”。

这个规定的制定背景是一些企业成立自己的劳务派遣公司，专门为母公司或者其他子公

<sup>13</sup>林嘉范围著《用人单位员工管理指南》北京大学出版社 2009 年页 270

<sup>14</sup>参见张新国：“逆向劳动力派遣合同纠纷若干问题初探”，载于最高人民法院报网站 <http://oldfyb2009.chinacourt.org/public/detail.php?id=107844> 访问日期：2010 年 2 月 1 日

<sup>15</sup>参见 <http://www.sasac.gov.cn/n1180/n2335371/n2335404/n2335600/3517602.html> 访问日期：2010 年 2 月 5 日标题为“全总：三类行为违反和规避劳动合同法律法规”文章来源于新闻网

司提供被派遣者，这些企业集团内或者所属系统内的相互派遣，被劳动者喻为“左手签右手”的方式，使一个完整的劳动关系分割开来，将正常的用工转化为复杂的劳务派遣关系，特别是这种情形下，派遣单位受用工单位的控制，更容易导致二者合谋向被派遣者转嫁用工成本风险，进一步加剧劳务派遣行业的混乱与无序，既给劳动者权益维护带来了不可忽视的影响，也给劳务派遣的发展造成了不利影响<sup>16</sup>。

这个规定的出发点无疑是良好的，为了防止企业借“劳务派遣”名义规避一些责任，但是法律语言非常不严谨，语言的漏洞为之后实践中产生的问题埋下了伏笔。既然不能单位内设派遣公司，那么也可以自己出资再设置一个派遣公司，反正所需要的资金要求也不高，于是出现了公司同一个楼设置一个小派遣公司专门管理此公司的派遣工问题。真要想钻法律漏洞，又岂会找不到方法？更何况是本身就很不严谨的笨法。

法开始投入运行，各种问题产生，仲裁调解者、法官陷入两难困境，无法可依，情理法难全。立法者当然不可能不发现这个漏洞，于是同年9月颁布《劳动合同法实施条例》，第二十八条规定“用人单位或者其所属单位出资或者合伙设立的劳务派遣单位，向本单位或者所属单位派遣劳动者的，属于劳动合同法第六十七条规定的不得设立的劳务派遣单位”。

立法者们认为如此一来，《劳动合同法》中的第六十七条就完善了很多，严谨了很多，不可能再钻漏洞了。

然而，上有政策，下有对策。更多的间接关联出来了。不可以单位出资或合伙设立，那么让亲属挂名出资设立，让朋友出资设立……各种形式之关联派遣相继出现，而劳动者又能奈他和？虽然实施条例一定程度上限制了劳务派遣的形式，却只是治标不治本的一种规范。

可见，法律语言非常重要，但是一味地从法律语言角度企图解决根源问题是不太现实的。毕竟，“法律必须被信仰，否则它将形同虚设”。目前关于劳务派遣方面的法律还很少，完善法律条文自然有助于减少此类投机取巧者，但要根除，应该更加深入地挖掘人们如此做的原因，从而创造良好的环境，加强企业的社会责任感，任重道远。

### 3) 异地派遣

所谓的异地派遣主要是指在一些经济落后偏僻地区建立派遣公司，然后在发达地区招收劳动者，向劳动者收取各种名义的保证金后遁地消失不知所踪的名副其实的“假派遣”。

比如笔者在实际访谈中，听到某个掌权者的妻子，通过各种关系在另外一个省设立一个劳务派遣公司，而后以那个公司名义在当地招劳动者，收取一定资金作为保证金后，将其派遣到一些企业。而后这些员工受到解雇，而派遣公司早已经消失匿迹。劳动者有理无处说。

笔者查阅了相关法条，并没有条文禁止在异地设立派遣机构。

虽然有“劳务派遣单位和用工单位不得向被派遣劳动者收取费用<sup>17</sup>”的规定，但是这是一个“形同虚设”的规定，实践中极少有派遣机构遵循这一规定。对于这一规定的合理性与合法性也有待商榷，毕竟有些带有一定风险性比如看守贵重物品的保安，缴纳一部分保证金会减少其“道德风险”，且让派遣机构更加健康安心地运行。

这种行为屡试不爽主要原因在于其所针对的对象都是那些对劳动法知识不甚了解的来

<sup>16</sup> 《劳动合同法实施条例详解与适用》劳动合同法实施条例起草人编著法律出版社 2008 页 128

<sup>17</sup> 《劳动合同法》第 60 条第三款

自贫困地区的农民工，迫切地希望找到工作，却又没有相应的途径，于是碰到热心的又有营业证的看似正规的“派遣机构”放松警惕而导致。

虽然这个类型的“假派遣”主要症结出在劳动者缺乏法律意识，但是，派遣机构的资质如此轻易就可以获得，不由得让社会担心。一些有权的执法机关执法不严、有法不依，放纵了一些伤害劳动者利益的行为。

如何避免类似事件的发生？从源头看，派遣机构的市场准入机制之宽松可见一斑。

#### 4) 兼营派遣

这个在目前中国的制度之下也不属于违法行为。且是派遣单位的惯例。通常他们都会打着这些旗号表明公司的业务范围：招聘服务、咨询服务、外包服务、劳务派遣<sup>18</sup>等。专门从事劳务派遣方面的公司比较少。

企业之所以横向经营也是出于企业的盈利长期发展考虑，多发展横向业务可以加强企业竞争力，相当于飞利浦既生产照明，又生产家庭电器和医疗器械一样无可厚非。但是，劳务派遣的“产品”并非我们普通的商品，而是活生生的劳动者组成的，是一种正在发展尚不完善事关劳动者的机制，因而这些公司的“横向”混淆了一些劳务派遣相近的方式，而且也模糊了一些概念。在有些劳动者不知情的情况下，派遣公司与劳动者未签订劳动合同，在要派单位不要劳动者的时候，派遣公司为了减少损失和纠纷，往往会采取各种手段，比如将之前的派遣说成职业介绍。劳动者又没有真凭实据，拿不出劳动合同，得不到应有的补偿。

因而，要想让劳务派遣步入正轨，需要派遣公司的专业化和专营性。

以上这几种“假派遣”的形式是笔者通过访谈和调查总结归纳得出，除了逆向派遣为大家所熟悉外，其他几种形式现在还比较少见，但是如果不及时规范，也许不久就会泛滥。

这几种形式的提出主要是基于笔者给出的概念，相互之间存在一定的交叉和包含，当各种形式混杂时，自然更会加剧劳务派遣的恶性演化。

#### 2.2.4 弊端与挑战：

劳务派遣作为一种市场化的用工模式，本身就存在很多的问题，这是之所以外国在前期会努力地控制劳务派遣的原因之一。但是它又是一种传统用工模式的很好的补充，因而后期外国又对劳务派遣的管制有所放松，更多地采用法律手段使之规范化。

综合已有的文献以及笔者的调查所得，目前中国的“劳务派遣”制度主要存在以下问题：从宏观角度来讲：

1) 相关法律制度不完善，保障欠缺。

如《劳动合同法》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”，然而，对何为临时性、辅助性和替代性的岗位，法律并没有进一步明确，这导致劳务派遣在现实中的泛滥，航空、银行、石油、电信等大型企业在长期性、稳定性的岗位上也大量使用劳务派遣工。更为可虑的是，劳务派遣正成为一些企业规避《劳动合同法》、逃避承担社会责任的“法宝”。

2) 劳务派遣观念尚未普及。

还有相当一部分劳动者不知道劳务派遣之内涵，不知道自己是派遣员工，利益受到侵害也不会主动地用法律机制去维护，只能默默忍受。而一切机构虽然名为派遣机构，却对“劳

<sup>18</sup>参见 <http://tieba.baidu.com/f?kz=227671764> 访问日期：2010年2月4日有很多人人力资源公司以此为主要方向营业，而非单纯的劳务派遣。

务派遣”曲解适用，或者是不知法而乱用，危害劳动者利益的同时自己也受到了很大的惩罚。

3) 派遣行业机构不规范。

劳务派遣公司良莠不齐，内部管理混乱，赔付能力较差。

从微观角度来讲：

1) 派遣单位与要派单位责任不明确。一个“连带责任”对于操作正规的企业很不负责任。

2) 派遣员工缺乏忠诚感与归属感，会影响企业的核心竞争力

3) 派遣员工受到差别待遇，工资与奖金比正式工低很多，心态不平衡。

4) 流动性大，如何保障派遣员工的福利和保险对于我国来说是很大的挑战。用人单位可以随时解约并不承担任何赔偿责任，造成求职者之间的恶性竞争，破坏劳动力市场稳定性。

5) 派遣员工缺乏培训升迁的机会。农民工只是企业的“外人”，他们在企业失去发展的空间，沦为“劳动工具”，即使他们干得再好、付出再多的努力，也不能得到更好的发展。

6) 劳工团结权受制约，团体维权存在阻碍

以上是一般的劳务派遣也会存在的问题，而在“假派遣”的背景下，这些问题越发凸显。因为“假派遣”本身就是更多地出于利益考虑而实行劳务派遣这一制度，并非行业岗位等特征使然而产生。在“假派遣”中，劳务派遣关系是畸形的，三方矛盾一触即发。

### 三. “假派遣”缘何普及

从某个角度来看，可以发现劳务派遣中其实存在着两组市场，派遣人员供给市场和派遣人员吸收市场。前者主要存在于派遣机构和用工单位之间，这需要从一般企业和派遣机构两方面来分析，他们一方是需方，一方是供方，双方对于这么一个派遣供给市场而言都是重要的因素。后者则主要存在于派遣机构和劳动者之间，在这里劳动者的就业需求起到了极大作用。下面，就从用人单位、派遣机构和劳动者三方来进行说明。

#### 3.1 用工单位——利益诱惑下的决策

作为生产者的用工单位，其建议企业的最终目的就是追求利润，实现利润最大化。而劳务派遣的出现，转变了企业人力资源服务方式，有效降低管理成本<sup>19</sup>，提高了利润，且可以一定程度上规避用工风险<sup>20</sup>，减少劳动纠纷。因而，用人单位选择使用劳务派遣这一用工形式是一种追求利润最大化的理性行为。

在用工单位初步体验或者观察到劳务派遣对公司成本的节约上作出的巨大贡献后，就萌生了“假派遣”的想法。一方面可以节约更多，一方面以规避越发倾向于劳动者权益保护的律法，同时应对劳动维权意识越发强烈甚至从中投机取巧的各种劳动者。

##### 3.1.1 降低成本

企业永远是以追求利润最大化为目标的。利润=收益-成本，所以增加利益的手段主要有两个，一是提高价格，一是降低成本。除非具有垄断地位的经营者，那么最明智并且是最可行的选择必然是降低成本。对于这些企业来说，市场的开放和竞争造成除了房地产等少数产业以外，大多数经营者所面临是都是买方市场。这不得不使企业积极寻求降低成本的方法。

<sup>19</sup>上海 HR 咨询有限公司，“新‘派’HR 观点调研”调查结果显示 54% HR 认为派遣业务最大的价值体现在“降低管理成本”

<sup>20</sup>上海 HR 咨询有限公司，“新‘派’HR 观点调研”调查结果显示 61% HR 认为派遣业务最大的价值体现在“规避用工风险”

而劳务派遣正为企业提供了一个有效的方法。这主要体现在以下两个方面。

## 1) 人力资源管理成本

企业的人力资源管理成本，一般来说，企业人力资源管理过程包括八项活动或步骤。它们是招聘（解雇）、甄选、上岗引导、确认和选聘有能力的员工、培训、绩效管理、薪酬与福利和职业发展。<sup>21</sup>但一旦利用了劳动派遣之后，大部分的人力资源管理成本都可以由派遣机构完成，企业只需要将自己的需求告知派遣单位并支付相应费用，这里的费用是要远远低于人力资源管理的费用的。还有很重要的一点在于，企业在某些情况下会需要一些自己所不熟悉的领域的劳动者，这种情况之下，由一些专业派遣公司派遣劳务不仅可以大大减少管理成本，还可以获得更加专业的劳动力。

在节约了招聘、甄选、录用等成本的同时，也可以相应地减少机会成本。这部分本可能需要投入的资金和时间，通过劳务派遣而节省下来，而投入企业的其他工作之中。这将有利于企业将有限的资源进行最有效的利用，节约机会成本。

另外，由于派遣员工的劳动关系在派遣机构，用人单位没有必要为派遣员工支付工龄工资。此外在福利方面也可以减少管理的成本，企业之所以向员工支付福利，是为了增强员工的忠诚度与归属感，是一种企业的激励手段。但对于劳务派遣而来的临时的员工而言，就没有必要保持这一部分额外的支出。

总的来说，劳务派遣公司在接受用工单位的用工要求之后，从招聘、选拔到工资、保险、绩效考核、员工激励等一系列人力资源管理方面都会为用人单位提供配套、全面的服务。通过这样一种方式，可以使得企业在保证一定的员工人数和工作量的同时，又可以降低管理成本，进而提高劳动生产率和利润。

## 2) 诉讼成本

劳务派遣的运用能够帮助企业规避用工风险带来的纠纷，进而减少诉讼成本。

在劳务派遣的具体业务操作中，用人单位和派遣机构之间订立派遣协议，而派遣机构与派遣员工之间订立劳动合同，用人单位与派遣员工之间是一种有偿使用的关系，但并不存在劳动关系。这样可以使得用工单位尽可能地避免以及减少直接与劳动派遣人员发生的劳动关系之上的纠纷。

### 3.1.2 用人灵活

正如上文中所提到的，用人单位难免在一些特殊的工作情况下需要一些能够满足特殊需求的人才。但这种人才的需求或许只是一时的，那么从招聘选拔到企业管理都会造成极大的资源消耗。而一旦录用之后就会产生编制的问题，劳动合同的签订和解聘的顾虑。

临时性用工需求和编制问题往往使得对用工的灵活性要求有所增加，而劳动法的有关要求却又使得用工的灵活性受到抑制。劳务派遣正是很好地解决了这一问题。临时工作人员的权利能够得到很好的保障的同时，用工单位的需求也得到了满足。

此外，我国国有企业与事业单位还存在编制的问题，员工规模有限制不能随便增减。但是这些单位的业务会有变动，为满足用工需求，同时又要符合编制要求，一些国企与事业单位无奈而采取劳务派遣。因而劳务派遣在一定意义上是对曾经兴盛而后取消的临时工制度的一种演化。

<sup>21</sup> 《管理学（第7版）》，斯蒂芬·P·罗宾斯，玛丽·库尔特，孙建敏等译，中国人民大学出版社，2004年版

## 3.2 派遣机构——政策营利双重激励

### 3.2.1 政策吸引

国有企业“减员增效”，而国家一方面要注意效益，支持适当的裁减人员灵活用工，一方面又对这些下岗失业人员有安置就业的责任，因而产生了一种矛盾。

如何解决这个两难的境地？

劳务派遣应时而生。很多地区的地方性行政法规对劳务派遣已有所关注，如1999年北京市出台的《北京市劳务派遣组织管理暂行办法》，2004年《苏州市劳务派遣管理暂行办法》，2003年的《河北省劳务派遣企业管理暂行办法》等。立法目的大多“为了适应灵活就业、多渠道就业的需要，促进下岗失业人员实现就业和再就业，规范企业、用人单位间的劳务输出、输入行为<sup>22</sup>”或“适应多形式、多层次就业需要，拓宽就业渠道，规范各类劳务派遣企业和接纳劳务派遣人员用人单位（以下简称实际用人单位）的用工行为，维护劳务派遣人员的合法权益<sup>23</sup>”从这些条文中可见，地方政府对于劳务派遣这种模式是鼓励加引导的。

一些地方的劳动保障部门规定：凡是开办劳务派遣组织，都可以享受政策和资金方面的支持。可以说大部分地方政府对于劳务派遣都采取一种支持态度，将其作为解决下岗问题的一个重要手段。我们暂且不论这一政策导向的公益性和社会性的方面，但是从具体规定上面来看，各地政府都是给予了一种政策的诱导。政策和资金的支持，这无疑对许多经营者来说都是一个极大地吸引。

### 3.2.2 营利刺激

从理论上来说，劳务派遣作为安置劳动者就业的活动，不应当是商业性的，而应当以公益营为主。但在我国，劳务派遣机构都是私营的，这也就不可避免地使其具有营利的目的。即使在享受国家政策优惠的同时，劳务派遣机构也仍然在试图创造尽可能多的利润。随着市场经济的发展，用人单位对这种临时性用工的需求有增无减。一个劳务派遣公司的创办成本并不高，但是却面临着一个巨大的市场。在满足用人单位的基本要求的同时，劳务派遣公司可以建立起了巨大的客户群体，通过对客户的分析，进而能够开发出更多的劳务产品，不断发掘企业对劳务派遣的需求，扩大自己的业务。

正是因为在我国劳务派遣机构可以具有营利性，这就促进了不少投资的产生，以及对扩大利润的需求。当然，这在另一方面也就可能造成了许多单纯为了追求利润而利用或者假借劳务派遣的不良现象。

## 3.3 派遣员工——有些“主动”有些“被”

派遣员工也是劳动者，作为一个有感性思维和理性思维的人来理解，不同性格不同想法的人，比如有人追求稳定，有人比较爱好尝试新事物，这些人对于劳务派遣也有不同的感触。

### 3.3.1 主动接受派遣

---

<sup>22</sup> 2003年的《河北省劳务派遣企业管理暂行办法》总则第一条“为了适应灵活就业、多渠道就业的需要，促进下岗失业人员实现就业和再就业，规范企业、用人单位间的劳务输出、输入行为，根据有关法律、法规规定，特制定本暂行办法。”这里笔者认同其目的，但是“根据有关法律、法规”，究竟是什么法律法规呢？2003年尚未出台劳务派遣相关的法律法规，对此笔者表示怀疑。

<sup>23</sup> 2004年《苏州市劳务派遣管理暂行办法》第一条“为适应多形式、多层次就业需要，拓宽就业渠道，规范各类劳务派遣企业和接纳劳务派遣人员用人单位（以下简称实际用人单位）的用工行为，维护劳务派遣人员的合法权益，结合我市实际，制定本暂行办法。”

有一些劳动者主动接受派遣,并认为劳务派遣是一项很好的制度,在笔者调查的人群中,这主动接受派遣的又可以分为两类。

第一类是那些没有稳定性工作,每次找到一项工作都会花费比较多的时间或者精力,做完一项工作之后不知道接下来的工作在哪里的那些“漂泊性”工作人员。劳务派遣给了他们一个相对稳定的状态,会为他们提供较好的工作信息,显然为他们提供了很大的便利。这些人群以能力较弱难以自谋职业自主就业的下岗人员与失业人员为主。

第二类是那些本身就喜欢弹性工作的人群。部分年轻人与一些高学历、高就业能力的劳动者,希望能够不断丰富自己的阅历和经验,不希望被固定的地方固定的工作所束缚,喜欢有一定的自由时间,因而会比较偏好于弹性工作安排。

### 3.3.2 无奈“被派遣”

2009年最流行的词汇就是“被”,被就业、被捐款、被代表、被自杀……而“被派遣”也很悲哀地存在着。

这些无奈“被派遣”者基本上都是“假派遣”的受害者,他们大多是公司的正式职工,本应享受单位多年工作的福利待遇,却受各种理由所迫,为了保住饭碗,而被迫成为派遣员工,“被派遣”到自己已经工作多年无限熟悉和凝结着自己的青春汗水的岗位上。在他们眼中,劳务派遣无疑成了企业剥夺他们的不见血而且合法化的刀。

但是这些人无法反抗,一方面他们有中华民族“忍辱负重”的优良品质,一方面他们也很“明智”地认为凭着自己的微薄之力是无法对抗财力雄厚关系四通的企业,最终的结果很可能是自己丢饭碗,同时又多一个派遣员工罢了,只会让自己处境更差。

基于这种心理,这些人虽然“无奈被派遣”,却依然默默地在岗位上工作,心有满满的怨气却不敢怒也不敢言。

根据笔者调查情况,派遣员工的状况大致如下:

图 6: 派遣员工的个人意向



观察可知,那些喜欢被派遣的毕竟是少数,而原本没有工作成为真正的“劳务派遣工”的人数比例与那些原来在公司是正式职工被迫转为“派遣工”的“假派遣”人数相近。

劳务派遣制度可以降低人工成本,扩大了企业用工规模,对于整个国家或地区而言,在全球化竞争北京下,通过劳动力成本优势吸引更多的投资,确实会对就业规模产生更大的积极影响<sup>24</sup>。但其演变成“假派遣”而带给那些原来是“正式员工”转变为畸形“派遣员工”的劳动者带来的损失也不可小觑。

<sup>24</sup>袁萧燕:“我国劳务派遣的发展对就业规模与就业质量的影响” 2007年中国人民法学硕士论文

### 3.4 劳动合同法——“假派遣”继续繁衍

早在 2008 年《劳动合同法》颁布之前，劳务派遣已经产生且自由发展、欣欣向荣。以中央电视台为例，“大清退”之前，曾是中国最大的实行劳务派遣制度的视野单位，其派遣员工至少 500 人，是正式员工的两倍多<sup>25</sup>。

因为无法可依，各个地方根据各自地区劳务派遣制度的实际发展情况制定了相关的地方性法规和规章政策，典型的有 1998 年的《南京市人才租赁暂行办法》、1999 年《北京市劳务派遣组织管理暂行办法》、2002 年《深圳经济特区人才市场条例》等。

2007 年全国有劳务派遣公司 26158 家，其中由劳动保障部门经办或审批的派遣机构为 18010 家，派遣员工约 2500 万人<sup>26</sup>。

“为了完善劳动合同制度，明确劳动合同双方当事人的权利和义务，保护劳动者的合法权益，构建和发展和谐稳定的劳动关系<sup>27</sup>”，《劳动合同法》被迫对形势繁荣如一匹脱缰的野马般“四处乱窜”的“劳务派遣”做出了规定。

不可否认，《劳动合同法》的出台与规定确实对于劳务派遣行业的规范化起到了一定的积极作用，比如它的资金限制严格了劳务市场准入，规定了劳务派遣合同的基本条款，明确了劳务派遣用人单位、用工单位、派遣员工的义务，以及用人单位与用工单位的连带责任。这些都让原本五花八门秩序较少的劳务派遣有了一定程度的改善。

但是，却没有很好地规范“假派遣”。《劳动合同法》更加倾向于保护劳动者，在保险、养老金以及劳动合同的解除等方面对用人单位做了更多更加严格的限制和约束，使得很多企业有更大的动机去冒险地“以身试法”，毕竟对于私法而言，“法无明文规定不为罪”。而派遣机构自然不会有不利不争取。

于是，劳务派遣终于没能像立法者所预言的那样，而是越发兴盛，而其演化的“假派遣”也越发猖獗。笔者在北京地区的调研结果也部分印证了这一事实：2007 年通过北京市劳动行政部门审批的劳务派遣机构有 486 家<sup>28</sup>，2009 年北京市的劳务派遣机构超过 1500 家<sup>29</sup>；平均的每家派遣机构的派遣员工数量从 2007 年的 2033 名上升至 3167 名<sup>30</sup>。

图 7： 2007 年与 2009 年北京市派遣机构数目比对

<sup>25</sup>程绮瑾：“CCTV 规范用工真相”载于 2007 年 8 月 16 日《南方周末》

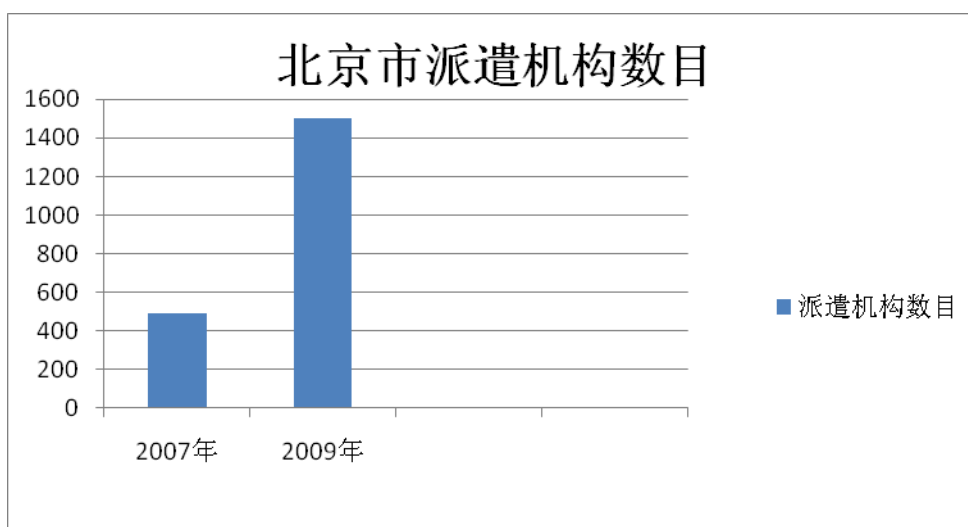
<sup>26</sup>董保华主编《劳动力派遣》[M] 北京：中国劳动社会保障出版社 2007 年 5 月第 1 版第 5 页

<sup>27</sup> 2008 年 1 月 1 日施行的《劳动合同法》的立法宗旨

<sup>28</sup>北京市人力资源与社会保障局网站《2007 年通过复审的劳务派遣机构》

<sup>29</sup>信立强内部报纸《信立强》2009 年第 6 期

<sup>30</sup>根据调研资料估算得到。



有多少属于“假派遣”，笔者无从得知，但从上述无奈“被派遣者”比例中估算，至少将五分之二的派遣是损害劳动者权益的假派遣。

通过上面的分析，对于劳务派遣的繁荣和振兴以及演化成为“假派遣”的原因有了一个较全面的看法，那么如何对症下药呢？

笔者认为，在劳务派遣之所以区别与传统用工模式，就是在劳动者与用工单位之间增加了“派遣机构”这一特殊的中间环节。这一中间环节的形式与规范化对另外两个主体即劳动者与用工单位产生着直接影响。

劳务派遣之所以会演变为“假派遣”由多方面因素构成，但是派遣机构是这些因素中的关键部分，派遣机构的规范化直接影响到中国“劳务派遣”的规范化与健康发展。因而下文将着重围绕一个相对比较正规的派遣机构的调查分析来发掘派遣机构存在的优点与弊端，探索这些弊端产生的原因，解决的方法。

#### 四. 来自劳务派遣机构的启示

##### 4.1 信立强的前世今生——从劳务办到有限公司

信立强，全称“北京信立强劳动服务有限公司”（原北京信立强劳务服务中心），是经北京市劳动局批准，北京市工业系统第一家以安置下岗职工再就业为己任的劳务派遣企业，其前身是北京玻璃五厂“集体劳务输出”办公室<sup>31</sup>。

1992年，北京市玻璃集团公司进行结构调整，将另外两家单位：玻璃四厂与玻璃器皿二厂并入了玻璃五厂，但原来两厂的生产线却停工下马，企业人员因此过剩700余人。在分流富余人员的压力<sup>32</sup>下，怎样寻找新就业机会成为难题。

为此，工厂成立了专门解决富余人员分流问题的劳务办公室，通过联系其他用人单位<sup>33</sup>尝试使用集体劳务输出的方式解决富余人员或下岗职工的安置问题并取得了成效。

1997年玻璃五厂停产，信立强劳动服务中心在原来厂劳务办基础上经北京市玻璃集团

<sup>31</sup>参见信立强公司网站 <http://www.xlq.cn/gywm.asp> 访问日期：2010年2月2日

<sup>32</sup>在当时工厂最直接的选择有两种做法：花钱买断工龄或者让职工领到基本生活费回家，但是对前者，工厂不具备买断工龄的经济实力，后者又会造成职工同工厂之间的直接对抗，造成更多消极的影响，于是工厂处在两难境况中。

<sup>33</sup>根据信立强提供的资料，最初，这个劳务办公室先后向北京市档案馆、西单商场、侨园饭店、北京市委宣传栏等11个劳务点、21家用工单位组织劳务输出。

公司授权、北京市劳动局批准成立，公司创始人筹资 10 万作为原始资金，信立强由此成为单独运营的公司法人。

通过上述发展历史，可以发现，信立强劳动服务中心的成立是 1992~1997 年间劳务办组织劳务集体输出的模式制度化的产物。最初目的是为解决再就业难题，而后在运营中逐渐演变成形式更为灵活的劳务派遣。而其受益人群从原来玻璃五厂的富余员工扩大到社会求职群体<sup>34</sup>，一直发展至今。

2001 年信立强进行了股份制改革，核心内容是：技术因素入股，管理因素参与分配。目标是建立起适应市场的竞争机制。

根据《北京信立强劳务派遣十年：1997~2007》与信立强内部报纸《信立强》等资料整理，得出其发展近十年的大致状况如下：

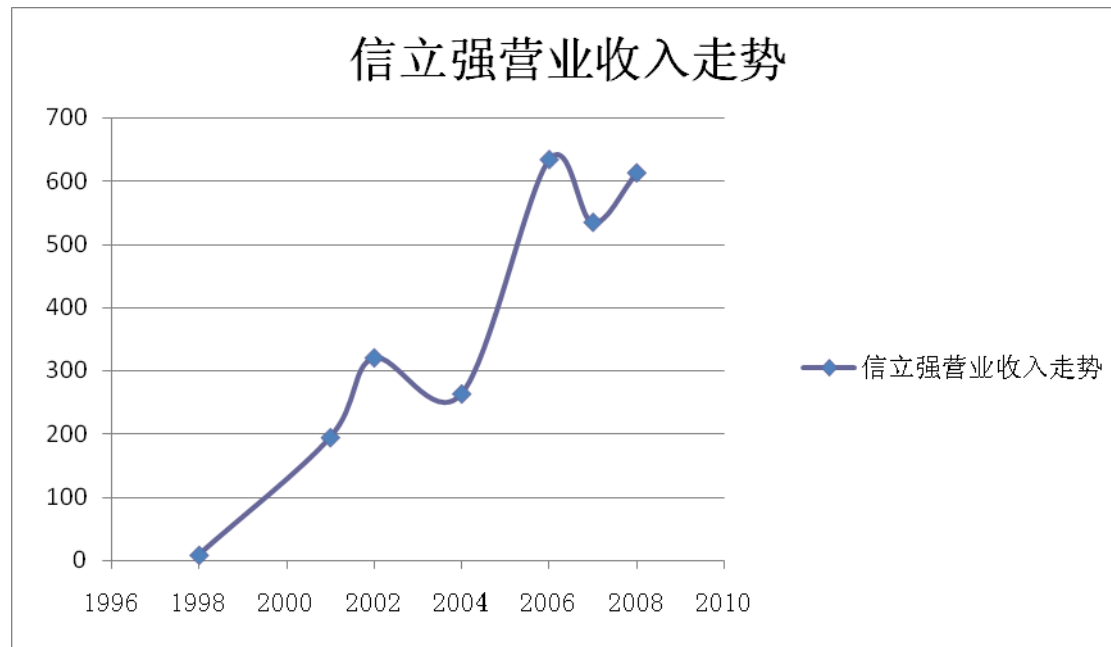
表 1：信立强 1998 年到 2008 年部分业绩数据

年份	1998 年	2001 年	2002 年	2004 年	2006 年	2007 年	2008 年
派遣数量（人）	381	1350	1450	2800	2147	2500	3600
营业点数（个）	3	28	28	28	34	50	70
营业收入（万元）	8.4	194	320	263	633	534	612

通过观察可知，劳务派遣确实存在很大的盈利空间，也无怪乎有那么多的劳务派遣机构如雨后春笋般拔地而起。毕竟，“天下熙熙，皆为利来；天下攘攘，皆为利往”。

从这一机构也可以发现劳务派遣这个行业的兴盛前景。将此数据制图如下：

图 8：信立强十年营业收入走势



通过上述的图，我们可以发现，劳务派遣的发展非常之快，在 2003 年与 2007 年略有下

<sup>34</sup>信立强劳动服务中心成立后又继续为北京小行动力机械厂、丰台桥梁厂、卫生材料厂、北京市帽厂、北京物资回收公司等单位提供了富余人员的输出业务，发展至今信立强已经成为向中国工商银行总部的营业部、北京邮区中心局等 30 多家单位提供稳定的派遣员工并有稳定的合作关系面向更多客户的公司。

降，2003 年的原因很大一部分可以归结为非典的盛行，全国各地将很多人力、物力、财力都用在防控非典上，工商农贸交通各业受阻，影响了很多行业的发展，当然也包括这个与医药生产无关的信立强。而 2007 年的派遣人数与营业网点均比 2006 年有所增加，业绩反而下降，原因何在？是《劳动合同法》的规范减少了不规范的劳务派遣？还是派遣机构数目的增多加大了竞争？抑或是其他的什么原因？下文将要探索讨论这个问题。

## 4.2 信立强的内部运作机制——直线职能高效率

### 4.2.1 组织机构

信立强以劳务派遣作为主业，同时兼营劳动人事代理、高级人员租赁、招工招聘洽谈等多元业务，<sup>35</sup>在业务部门的设置上，派遣部是最核心的职能部门，社保部、财务部和职介开发部也是重要的职能部门，其工作都围绕派遣部展开。

在派遣部下是基层的派遣业务网点，派遣员工以网点为单位、分区管理，每个业务网点都设有网点主管，负责与各网点范围内的派遣员工进行沟通。整个公司的层级很少，属于典型的直线职能制结构。

图 9：信立强派遣公司的组织结构

信立强较之北京市其他派遣公司的独特之处在于派遣员工工会的设置，工会也为派遣员工提供了业务之外的组织平台。

从信立强的组织机构可以发现其有一定的优点，操作山比较迅速，信息流通比较顺畅，但同时机构的过于简化导致一些专业性的职能工作不能很好地进展，比如维护派遣员工在用人单位权利就没有专门的机构。

### 4.2.2 派遣程序

- 1) 业务咨询：初步了解双方意向，确认合法资质，交换公司基本情况并加以说明；
- 2) 用人单位提出要求：用人单位根据自身情况提出用人需求及标准；
- 3) 分析考察：依据用人单位提出的要求，对实际工作环境、岗位进行了解，如有必要可进行考察。确定劳务派遣方法；
- 4) 提出派遣方案：根据不同用人单位要求及现有状况，制定劳务派遣方案；
- 5) 洽谈方案：双方研究、协商劳务派遣方案内容，并在合法用工的前提下修改、完善派遣方案；
- 6) 签订《劳务派遣合同》：明确双方权利、义务，分清法律责任，依法签订《劳务派遣合同》；

<sup>35</sup> 《北京市信立强劳务派遣十年：1997~2007》第 116 页

7) 实施：严格执行《劳务派遣合同》之各项约定。

逐个分析，可以发现，这个派遣机构非常谨慎，在确认用工单位资格后方才商谈劳务派遣协议。但是在过程中，我们也可以发现，派遣机构始终围绕他与用工单位的协商，至于让劳动者参与到合同制定中或者了解《劳务派遣合同》则没有明确规定。两个企业相互博弈以获得自己最大的利益，而这个环节中受到损害的自然是那些不知情也不能参与的劳动者的利益。

#### 4.2.3 招聘程序

1) 一般情况由用人单位负责进行招聘及面试初审，确定符合条件人员后，向本公司提交劳务人员名单，由公司办理派遣手续。

2) 如用人单位需要，也可通过本公司进行招聘，原则上用人单位须派人参加面试初审，面试合格后，由用人单位确定录用劳务人员名单，公司办理派遣手续。

3) 如果用人单位自己有特定的招聘渠道（如外省某地区），也可委托本公司进行招聘工作。

通观以上三种方式，可以发现，只有第二种是比较接近原来的“劳务派遣”本质的。而一和三在某种程度上是派遣机构为了逐利而甘愿实际用人单位降低成本的一种做法，当然，按照当前的法律，这并不违法。派遣机构在此过程中并没有主动招收员工的自由，而是被动地接受实际用人单位给他们的名单，实际上给了“假派遣”滋生和成长的条件。

公司的网站上还对适合劳务派遣的人员进行了界定：

劳务派遣涉及专业极为广泛，从管理人员、专业技术人员，至一般劳务人员，均可采用派遣方式。目前主要劳务派遣人员类别有：

- (1) 国有企业改制后所使用的合同制员工。
- (2) 国家事业单位编外聘用员工；
- (3) 服务性行业员工（餐饮服务、客房酒店服务等）；
- (4) 商业企业员工（销售人员等）；
- (5) 物业管理员工（各类技术人员、保洁员、保安员、园艺师等）；
- (6) 装潢、建筑行业各类人员。

劳务派遣也可作为员工长期调入前人事考察工作的补充手段。

这个界定也间接地体现了当前我国劳务派遣盛行的几个行业：主要是服务业、制造业和建筑业，如电信、银行、饭店、医院、邮政、家政、电力、铁路运输等服务性行业，以及建筑业和制造业等一些部门。且不论其他，装潢、建筑业成为了派遣员工的岗位，这在外国是禁止的，因为这个行业是最容易受到伤害和需要保障的，不适合“劳务派遣”这一方式。

必须声明的是，信立强作为一个劳务派遣公司，在当前中国的环境和定义下市比较优秀的，以上分析的态度是从规范角度，与经济相对比较成熟的外国的用工制度相比较，要求自然会比较苛刻。

在国内相对比较优秀的派遣机构从规范角度查看，尚且存在如此多的问题，更不用说那些未通过审核、存在数目庞大的其他不正规的劳务派遣机构了。

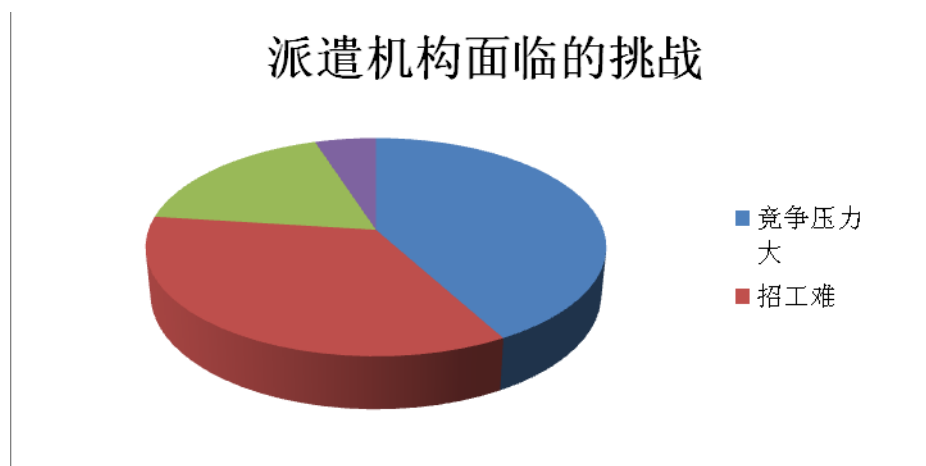
## 4.3 调查问卷的背后

为了更好地了解劳务派遣机构，笔者制作了问卷并对政府公布的派遣机构进行了电话访谈与邮件调查。共发放问卷 140 份，回收有效问卷 112 份，占总问卷的 80%。整理这些问卷，笔者得到一些值得探索和研究的结论。

### 4.3.1 目前公司发展最不利的因素

主要集中在竞争压力大、招工难、政府管制严三方面。

图 10：派遣机构面临的挑战



如上图所示，根据派遣机构的问卷回复，目前这些机构面临的挑战中，有 42%的原因是竞争压力大，35%的挑战来自招工难，18%的困难是政府管制严，还有 5%其他因素。

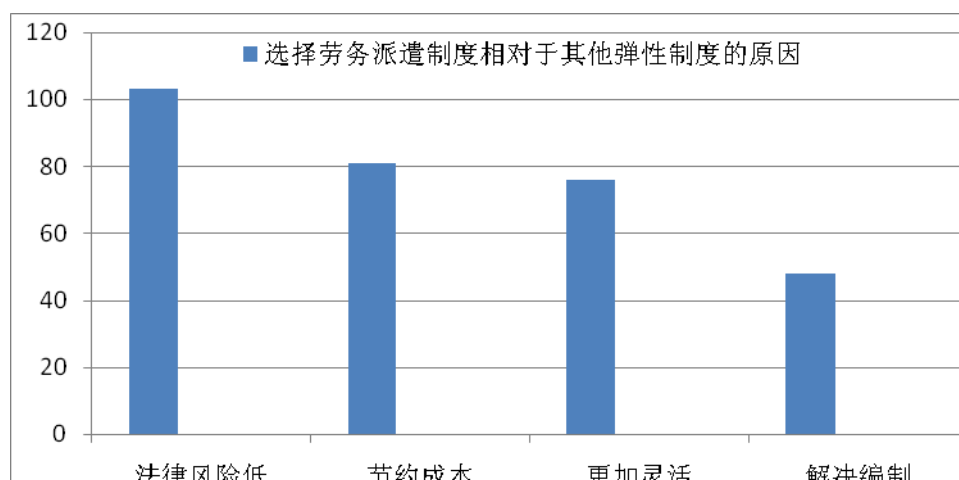
由此可以分析，目前的派遣机构数目仍旧在增长，行业间的竞争非常激烈。招工难，但是被派遣人数仍在上升？这个矛盾有何内在原因？其中必然有一个原因是更多的正式工正在被转为派遣工，“假派遣”似乎在这之中扮演了一个非常重要的角色。

### 4.3.2 选择劳务派遣的原因（与其他弹性用工方式如承包、借调等对比）

问卷给出了如下 5 个选择，可选 3 个。

- 1、较之其他用工方式更节约成本；
  - 2、比其他用工方式更加灵活，是最灵活的一种用工方式；
  - 3、使用派遣用工的法律风险比其他用工方式更低；
  - 4、可以解决组织内部一些身份不明人员的身份问题（如事业单位内的编外人员）；
  - 5、用工单位在派遣公司中更容易找到某一岗位的合适人才
- 在这些选项中，3、1、2 概率最高。

图 11：选择劳务派遣的原因



一直以来都认为劳务派遣之所以如此兴盛发展，其主要原因是固有的那些灵活性成本低等原因，这次的调查却显示，法律风险低是最重要的原因。这预示着我们若想让劳务派遣回归本质，法律这个工具还有待加强且必须完善。

### 4.3.3 关于《劳动合同法》

《新劳动合同法》实施后，北京市的劳务派遣市场竞争状况如何？

回复均是“竞争更激烈了”。

《新劳动合同法》实施后，政府监管怎样变化？派遣机构也普遍认为“加强”。

从这两个问题中，我们也可以发现两个悖论。

其一，《劳动合同法》的颁布，从其条文分析，立法者对于劳务派遣是持限制规制态度的，按照常理推断，派遣单位的市场准入资格难度加大，而且一些不正规的派遣单位应当被撤销，为什么实践中的现象却是出现更多派遣单位、竞争压力更大？

其二，通常，如果法律手段加强，政府的管制相对会减弱，为什么在“劳务派遣”这个问题上，一方面制定出台了相应的法律，另一方面政府管制更强化？

究竟《劳动合同法》在规制和引导劳务派遣上面发挥着什么样的作用呢？可远观而不可触摸的“镜中花水中月”？

笔者感受到无法导致无序，是不可行的，而笨法却依然无法挽回无序的局面，只能作为“本本法律”装饰台面罢了。真正与实践同步，适合实践，能在实践中有效运行的法律才是真正的“良法”。

## 五. 从“实然”到“应然”

目前，包括劳务在内的劳务经济是我国的一个新的商机，发展现状可以概括为快速发展、潜力巨大、无序竞争、和缺乏规范<sup>36</sup>。

通过上述对一个典型的在我国属于“模范型”企业的实例分析以及问卷整理，可以发现，理论上的规范意义的劳务派遣与现实中的劳务派遣（有很多是“假派遣”）存在很大的差别。

有些人因为劳务派遣中存在的种种问题而呼吁“废除劳务派遣”，但是，在当前这种经济发展条件下，尤其是金融危机后就业形势更为紧张的背景下，废除劳务派遣是一种因噎废

<sup>36</sup>柳燕：“新劳动合同法出台后劳务派遣人员人力资源管理的探索——以朝阳供电公司为例” 2008年中国人民大学硕士论文

食的做法，是不现实也是不妥当的。我们要做的是通过一系列的方法和措施将其引入正途。

可以说，“实然”的劳务派遣与“应然”的劳务派遣尚存在很大的差别，要将现在的不太正规的劳务派遣尤其是“假派遣”规范化，任重而道远。而从派遣公司这一关键的中介着手，无疑是一个比较好的方法。

比较中国现存的劳务派遣机构与本质上的“劳务派遣”需要的派遣机构尚且存在很大的差距，他们之中有一道较大的沟壑。

## 5.1 实然到应然的沟壑

通过了解劳务派遣产生历史与进程，可以得知，劳务派遣最主要是解决那些下岗人群或者无业人群的工作，同时也正好可以为那些临时性、季节性的工作岗位找到合适的人选而诞生的一种用工模式。其供给与需求都是社会机制经济制度运行中自然产生的，而非人为刻意地去安排的。也只有在这种自发的需求与供应条件下，劳务派遣才是真正意义上本质上的“劳务派遣”。

审视当今中国的劳务派遣，虽然这个制度目前呈现出一片繁荣景象，但这些兴盛的背后却是病态的“假派遣”：畸形的“派遣机构”、委屈的“派遣员工”、贪婪的“用工单位”。

回顾历史，中国也存在过真正的劳务派遣，那正是 1993 年到 1999 年那段时间。1993 年之后国有企业建立现代企业制度的改革和民营经济地位的确立。1994~1999 年恰恰是中国进一步改革劳动用工制度，实行与市场经济相适应的就业制度的历史时期<sup>37</sup>，此背景下的劳务派遣机构承担了保障就业的重要社会职责，这也是劳务派遣相关政策与法律的空白时代。派遣机构尚未成为真正意义上的公司而是作为一种承担更多社会义务的机构，派遣机构的利益和派遣员工权益的实现是紧密联系在一起。

而后，经过地方法规和 2008 年《劳动合同法》的实施，劳务派遣机构从社会服务机构逐步转变成营利性组织，就业制度改革、国有企业用工制度改革和事业单位用工制度改革依次展开使劳务派遣用工主体日趋多元化，劳务派遣方面的政策从无到有，又从促进到抑制。

这让我们反思，中国的“实然”的劳务派遣机构与理想中的“应然”的派遣机构变异太多，以至于劳务派遣脱离本质太远。因而，要想让“劳务派遣”回归本质，首先要解决“劳务派遣机构”的规范性。

派遣机构缘何变异？可从下面几个角度分析：

### 5.1.1 行业自律较差，争相逐利

目前劳务派遣这个行业迅速发展，但是也可以从信立强的案例中发现，虽然这几年的派遣人数和营业网点递增，但是营业收入人均值较之往年却反而下滑，原因何在？

派遣机构作为市场主体，其核心利益是通过与用工单位签订《劳务派遣协议》来获取管理费，在操作中就表现为得到更多的人力资源并将其成功派遣出去。派遣机构一方面扩大用工规模（供应量），但是另一方面也要努力地寻找用工单位（需求量）以安置这些扩大的派遣员工<sup>38</sup>。当两者不能匹配，就会产生负效应。

可用博弈模型来说明：A、B 两家是存在竞争关系的派遣公司，每家公司的策略包括控制或者扩大招工规模两种选择。如果两家都控制招工规模则收益均为设定为 2；若一家控制招工规模而另一家扩大，扩大招工规模的一家由于为用人单位提供了更多的人力资源选择则

<sup>37</sup>清华大学国情研究中心胡鞍钢程永宏“中国就业制度演变”《经济研究参考》2003 年第 51 期

<sup>38</sup>《信立强》2009 年 2 月 16 日第一期：“本年度的工作难点在于强化招工招聘工作，劳务派遣市场化的竞争日趋激烈，竞争的焦点集中在看谁手中握有人力资源”；“2009 年公司工作的主导思想是以国家和政府的劳动法规为指导，以派遣工作为主体，以扩充规模为主线，以服务客户为主旨。”

会获得更多的市场份额（收益设定为 3）而另一家的市场份额则会缩减（收益设定为 1）；但如果两家都扩大招工规模，双方的市场份额比例不变，在用人单位对派遣用工需求保持稳定的情况下，两家较之原来都有更多可能存在派遣员工待岗现象，而在待岗期间由于派遣公司要为员工支付工资，净收益反而下降（均变为 1）。

**表 2：竞争关系中两家派遣公司的博弈矩阵**

		派遣公司 A	
		控制招工规模	扩大招工规模
派遣公司 B	控制招工规模	2 2	1 3
	扩大招工规模	3 1	1 1

此博弈的合意解是两家派遣公司联合根据市场需求均控制招工规模，在竞争环境中，两家公司在博弈中的占优策略则是扩大招工规模，但最终得到的却是最差的结果。

派遣公司作为一个营利为目的的企业，自然会寻求其他的方式来减少损失。不断地探索低成本经营方式，终于演变为成本较低的“假派遣”。在“假派遣”条件下，他们或者与用工单位成为利益共同体，或者通过单方面的欺诈劳动者以获得丰厚的利润弥补竞争带来的亏损。市场上又兴起许多的“假派遣”，出现了更多的不正规的派遣单位，那些原本行为较规范的派遣机构为应对竞争，也选择了“假派遣”。就如同“劣币驱逐良币<sup>39</sup>”恶性循环导致不好的后果，而最后的买单者自然是信息较少的劳动者。

两外就笔者调查了解到，北京也存在劳务派遣协会，但是参加的劳务派遣机构非常之少，不可能相互交流经营经验和经营中遇到的问题等，无法做到很好的行业自律。

## 5.1.2 政府管制过松，任其演变

对于劳务派遣机构的设立和发展，大部分地区的政府采用放任的态度，没有较好地管制，而是任其自由发展，因势演变。

参考《劳动合同法》实施之前各地对于劳务派遣的相关文章规定即可见一斑。

**表 3：关于劳务派遣的不同地方性文件**

地区	时间	文件要实现的目标	对劳务派遣组织的政策内容
北京市 <sup>40</sup>	1999 年	(1) 促进下岗职工再就业 (2) 规范用人单位劳务输入与输出行为	劳务派遣组织招用下岗职工 30 人以上并签订 2 年以上劳动合同可享受 5 万~20 万元一次性补贴并有税收优惠
开封市 <sup>41</sup>	2004 年	(1) 保障职工就业上能进能出，消除职工后顾之忧。 (2) 用人单位减员增效。	优先服务聘用职工与非在编人员，以及破产改制企业未能安置就业的人员。
苏州市 <sup>42</sup>	2004 年	适应多形式就业需要；规范劳务派遣企业、用工单位行为，维护派遣人员合法权益。	限制派遣员工占用人单位用工比重，派遣单位和用工单位在劳动者待遇上承担责任，接受严格的监督。

<sup>39</sup> “劣币驱逐良币”是经济学中的一个著名定律。该定律是这样一种历史现象的归纳：在铸币时代，当那些低于法定重量或者成色的铸币——“劣币”进入流通领域之后，人们就倾向于将那些足值货币——“良币”收藏起来。最后，良币将被驱逐，市场上流通的就只剩下劣币了。

<sup>40</sup> 1999 年的《北京市劳务派遣组织管理办法》

<sup>41</sup> 2004 年的《河南省开封市关于进一步加强和规范劳动保障事务代理与劳务派遣工作》

<sup>42</sup> 2004 年的《苏州市劳务派遣管理暂行办法》

南昌市 <sup>43</sup>	2005 年	促进城镇下岗失业人员就业和再就业，实现农村富余劳动力向非农有序转移。	采取行政许可制度，优先派遣下岗、失业人员，并按相应规定享受税费减免、安置补贴、贷款贴息优惠政策。
-------------------	--------	------------------------------------	--

从这些文件中可以发现，大多数的省市对劳务派遣持鼓励态度，甚至运用一些优惠政策加以激励，直到后来，部分地区采取有条件的鼓励，但是起到的管制和引导作用较少，且没有明确的监督方式与考核方式。

放眼国外，日本地区对于申请者的掌理派遣劳工雇佣管理能力做了明确的规定，若不符合则不予许可。我国台湾地区的派遣机构则要向中央主管机构申请设立许可及取得许可证，应设有专业人员办理派遣工作。专业人员的资格及人数由中央主管机关定之<sup>44</sup>。

审视我国，目前，国内对于劳务派遣的设立资质大多不用行政许可，对于派遣机构的工作人员资质更没有明确的规定。劳务派遣单位配备具有从事劳务派遣业务所必须的专业素质和相关经验的工作人员的单位并不多见，工作人员的整体业务素质整体不高，一旦被派遣劳动者与用工单位发生纠纷，其工作人员很难从政策和法律的角度去维护劳动者的合法权益。

此外，对于那些已经成立的派遣机构也没有定期检查与监督的方式与方案，对那些不规范的劳务派遣机构打击力度过小，放纵了其发展。对于那些操作规范的优秀的派遣机构也没有相应的评级等奖励激励措施，不利于提高企业正规化发展的积极性与主动性。

### 5.1.3 法律过于原则，空间太大

虽然 2007 年的《劳动合同法》对于劳务派遣设有专章予以规定，肯定了“劳务派遣”的合法性，同时对于劳务派遣做出了较多的限制，特别是对于派遣机构的设立和派遣范围等，其本质目的是减少社会中的“假派遣”更好地规范“劳务派遣”这个行业的发展，殊不知却更多的被用来作为一种企业赚取更大利润的法律规避形式和手段。

相比较之前的“无法”状态，“劳务派遣”这个用工模式并没有在这个“笨法”中得到很大的规范化。

原因何在？

法律过于原则化和抽象，无法运用到社会生活的实践中来是其主要原因。如此大而化之、抽象化的法律规定，如何使用到具体的实例中？其演绎和解释的空间也太大了。

仅举几个例子说明：

关于用人单位的资格成立条件。我国法律规定成立劳务派遣需要单位注册资金 50 万元，却没有从其他方面做出限制。且认为比公司法中规定的 3 万元，已是很高的要求，但是，劳务派遣机构是专门从事人力派遣的企业，其产品是“人”，因此需要有更好更加严格的风险应对措施。除了具备一定的资金外，还应当对从业人员的资质做出规定。

关于劳务派遣的时间范围。全国人大常委会法工委负责人张世诚在答复劳动部“临时”问题时说，劳动者在用工单位被派遣的时间不得超过半年。而《劳动合同法》第 58 条明确规定派遣单位与劳动者之间签订的劳动合同应该为两年以上的期限。如此一来，被派遣者在一个劳务派遣期限内至少会被派到四家以上用工单位，如此频繁的流转，会导致劳动关系的不稳定，给社会保险等费用的核算带来很大的难度。

最典型的莫过于《劳动合同法》第六十六条“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”。究竟什么是“临时性、辅助性、替代性”？法律没有明确规定，而司法解释中也没有将此“三性”具体化，俨然已经成为“有名无实”的范围限制，

<sup>43</sup> 2005 年《江西省南昌市劳务派遣管理暂行办法》

<sup>44</sup> 周长征主编《劳务派遣的发展与法律规制》中国劳动社会保障出版社 2007 年版第 436 页

此条除了能够显示立法者之本意在于限制劳务派遣范围外，别无实用，是《劳动合同法》上的“花瓶”——中看不中用。

此外，还有很多的“空间较大”的法律条文，给法律的实施带来了很大的困难，法律难以运行，成为“本本法律”，何用之有？

#### 5.1.4 工会名存实亡，何处叫屈

工会是职工自愿结合的工人阶级的群众组织。

国家保护工会的合法权益不受侵犯。工会依照工会章程独立自主地开展工作，中华全国总工会及各工会组织代表职工的利益，依法维护职工的合法权益，工会组织教育职工依照宪法和法律的规定行使民主权利<sup>45</sup>。

虽然法律有明文规定，被派遣劳动者有权在劳务派遣单位或者用工单位依法参加或者组织工会，依法维护自身的合法权益。但是，派遣员工由于流动性大，长时间没有归属感，其结社全等都受到了限制。

由于派遣员工市场流动，与其保持相对稳定关系的就是派遣机构了，如果派遣机构的工会比较有序组织，一定程度上可以让派遣员工觉得稳定与归属感，在其利益受损时也会及时地求助工会解决。

而经过调查，派遣机构设立工会的情况比较少，大多数派遣机构觉得工会形同虚设，而且没有必要，因为员工就是流动性的，不仅仅是在用工单位，在派遣机构也是经常流动的，因而没有必要设置这一机构。

而用工单位的工会经常不回接纳派遣员工，以并非本单位正式员工拒绝。

此外，我国的工会不独立，直接受制于单位，工会领导同时也是单位的职工，其职位薪金等都掌握在单位领导的手上，因为经常无法很好地发挥作用。

#### 5.1.5 规章制度与法，定位误区

在对派遣机构的调查了解中，笔者还认识到规章制度的定位模糊。对于派遣员工而言，究竟该遵守用工单位的规章制度还是派遣机构的规章制度？另外规章制度与法律有所冲突时又该如何应对？对于第一个问题，《劳动合同法》没有做出明确的规定，只是强调要发挥单位规章制度的功用。而第二个问题，《劳动合同法》作为一种权威的强制性的规范性文件，从理论上讲公司的规章制度要遵守《劳动合同法》，但是，实践中又有多少公司的规章制度与法律存在或大或小的冲突与矛盾？如何解释这一现象的原因？

比如笔者上面重点分析的信立强，其网站上发布的一些信息类似于规章制度，有些与法律存在摩擦与冲突，这种情况下让派遣员工如何是好？

笔者认为，当前我国关于劳务派遣的法律还很不完善，因而很多需要单位的规章制度来解决，确实需要单位的规章制度将抽象化的法律具体化与形象化，同时又要保证不违背法律。在派遣员工被派遣到用工单位时，应当遵守用工单位的规章制度，遇到用工单位规章制度与派遣机构规章制度存在冲突时，应该立即联系派遣机构，让派遣机构出面与用工单位进行协商。这些都有待法律进一步将其具体化。

## 5.2 规范派遣机构之路径

---

<sup>45</sup> 《劳动合同法风险防范与纠纷应对》孙智峰主编法律出版社 2009 第 29 页

规范派遣机构本来就很有必要，尤其是现在金融危机状态下，保持劳动就业的稳定尤其重。根据日本厚生劳动省的调查，从2008年10月到2009年6月，在日本有3536家企业中中止了对非正规劳动者的雇用，216408人失去工作。其中62.4%为派遣劳动者，21.8%为期限合同工人。通过这一调查我们可以发现，这次就业形势恶化的主要问题就是派遣劳动者的雇用中止和合同工的解除合同<sup>46</sup>。我国目前虽没有明确的数据，但是形势也不容乐观。为了保障派遣员工的权益，减少对他们的伤害，规范劳务派遣刻不容缓。

针对以上的几个问题，若要规范派遣机构，可以对症下药地采取下列措施。

## 5.2.1 派遣机构的社会属性回归

在调研中，朝阳区人保局的一位政策咨询人员谈了他自己的看法：“把劳务派遣机构当公司是对劳务派遣一种不清楚的认识，因为它为的是解决就业，社会性要大于它的商业性。”这当然只是一种观点，却同样让我们重新审视派遣行业的定位。

派遣行业目前发展中存在的问题很多都可以在派遣机构“商业——社会”双重属性的消长中找到原因：为什么缺乏行业自律？如果劳务派遣仍然是一种政策手段，这种自治或许能更容易实现；为什么会出现“恶性竞争”演化为“假派遣”？

在没有其他激励性措施的情况下，利润就成为派遣机构唯一目的。但商业性的增长同样必要，这一行业需要持续的财务支持，需要同市场化改革中多元用工主体的多元需求相适应，作为政策性的劳务派遣绝对是不够的。

《劳动合同法》个别条款也起到了恢复派遣机构社会属性的功能，比如规定劳务派遣机构同劳动者至少签订2年的劳动合同，在合同生效期间，如果员工未被派遣出去，派遣机构仍要向劳动者发放不低于当地最低生活保障金的工资<sup>47</sup>，但仅此仍远远不够。

要回到“劳务派遣”的本质，某种程度上需要劳务派遣在其商业化过程中社会属性的回归：承担起向未就业劳动者提供更多就业机会的**社会责任**<sup>48</sup>。

要使得派遣机构的社会属性得到一部分回归，增强其社会责任感，仅仅依靠派遣机构的自觉和道德自律是不够的，还需要政府发挥其有形之手的作用。

## 5.2.2 加强政府规制与引导

针对目前劳务派遣市场运行中有法不依或者无法可依的混乱秩序，政府要加强宏观调控，适当地干预劳动力市场，为劳动关系的协调创造良好的环境和条件。劳动关系是劳动力所有者与劳动者使用者之间，为了实现劳动的过程而建立的社会经济关系。

针对那些有法不依的“假派遣”，很重要的原因是派遣机构不规范，因而，政府要加强监督管理，实行定期检查，制定奖励举报不规范那劳务派遣机构行为的政策，通过人民大众尤其是广大劳动者的监督和举报消灭那些钻法律漏洞五花八门不正规的派遣单位。

<sup>46</sup> [日]阿部诚“经济危机下日本的劳动和社会保障”李莲花译中国人民法学报 2010年第1期

<sup>47</sup> 《劳动合同法》第58条：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，按月支付劳动报酬；被派遣劳动者在无工作期间，劳务派遣单位应当按照所在地人民政府规定的最低工资标准，向其按月支付报酬。

<sup>48</sup> “企业社会责”任是企业的法律责任与道德责任的统一体。法律责任在法律中不仅有具体的内容和履行上的要求，而且对于其怠于或拒不履行也有否定性的法律评价和相应的法律补救。实际上是对义务人的“硬约束”董保华主编：《劳动关系调整的社会化与国际化》上海交通大学出版社 2006年第230页

对于那些无法可依，或者法律无具体可行性的行为，政府应当在不违背法律的前提下，依照当地的实际情况，制定出更为详细的实施细则，从而增强法律的可行性，规范派遣行业，制止“假派遣”。

此外，还要对派遣机构进行良性竞争的鼓励，可以依照派遣机构的合法性、运行中的优良性等设立评级制度，对那些操作规范为就业做出巨大贡献的机构予以褒扬，而对于那些不正当竞争，使用“假派遣”的单位给予警告罚款等。如此一来，相信可以形成一个比较好的良性竞争的市场机制，有助于那些不规范的侵害劳动者利益的“假派遣”现象的减少和消失。

当然，还有一个最重要的因素，就是执法人员。在这些环节中，要使政府的政策等落实名，需要高素质、负责人的工作人员。就笔者调查的区域，还有一些不谙法律之人担任着这方面的领导，其实施效果可想而知。

### 5.2.3 细化法律法规，增强可行性

这一点是目前问题比较明显，而且是未来让劳务派遣回归本质最可行而且有必要的方

式。目前虽然有了《劳动合同法》，使得“劳务派遣”也正式成为法律中的内容，但是还存在着很多的问题，围绕着劳务派遣机构，主要有如下几点：

#### 1) 成立条件

针对上面提出的问题，首先要提高劳务派遣的市场准入门槛。

通过访谈和调查问卷所得的数据分析，可知当今劳务派遣机构已经过多，其效益开始下降，而且不规范的假派遣滋生。因而，很有必要提高劳务派遣机构的资质条件，从而取缔那些不正规的劳务派遣单位。除了需要 50 万的资金外，还应该要求企业在银行存入一定数量（比如每个派遣人员 5000 元）的风险资金，以应对各种未曾预料的风险，减少道德风险。

此外，笔者在调查过程中发现，有很多地方的劳务派遣机构是劳动保障行政部门或人事行政部门直接设立或参与设立的非盈利劳务派遣单位，这些单位确实有一定的“公益性质”，但是其地位与那些普通的派遣单位相比是不平等的。如果产生纠纷则不利于派遣员工的利益。因此，应逐步减少直至禁止这类公立性质的机构设立或参与设立劳务派遣单位以保证派遣机构的市场主体平等性。

进入劳务派遣前的许可，加上许可后的监督机制，如果企业违反有关许可义务的规定，可能导致许可或延期申请被拒绝，已经颁发的延期许可被注销或收回<sup>49</sup>。

#### 2) 混业经营

笔者通过调查访谈发现，国内鲜少有纯粹的劳务派遣组织，大多以劳务承包或劳务介绍为主，兼营劳务派遣，混业经营现象比较普遍。

混业经营的各项内容，如劳务介绍、承包与派遣等性质不同，使用的法律法规承担的责任也不同，而局外人很难判断。因而，在出现各种问题时，派遣单位会因为外人难以区分而逃脱应有的法律监管和制裁。

而从国外劳务派遣的立法经验看，国外劳务派遣立法都严格禁止混业经营，规定派遣单位是以从事劳务派遣活动为唯一活动的机构，不能从事劳务派遣以外的经营活动。比如法国的规定，劳动力派遣企业是按照用工方约定的资格招聘劳动者并支付其劳动报酬、并专门向用工方提供临时岗位劳动者为目的的自然人和法人。即劳动力派遣企业是以有偿提供劳动力为唯一业务的企业<sup>50</sup>。

<sup>49</sup>问清泓、宋晓波、汪婷：“逆向劳务派遣之法律因应”《法律适用》 2008 年第 10 期

<sup>50</sup>郑爱青“法国劳动力派遣法律规范的主要内容”参见 <http://www.cnsslw.com/list.asp?Unid=505>, 访问日期:

鉴于当前中国的劳务派遣机构很大程度上都不规范，因而有必要逐步地取消混业经营，杜绝一些不良派遣单位以劳务介绍或承包为挡箭牌，逃避雇主的责任损害劳动者合法权益。

### 3) 行业限制

目前，我国大部分的劳务派遣领域都属于大规模的生产工人派遣，主要集中在风险高、保障差的行业，比如建筑系统使用各种形式的劳务派遣工就超过 1000 万人，不利于派遣员工的利益保障。

放眼国外，大多对劳务派遣的行业规定有所限制。比如德国，采用禁止列举的立法方式，明确规定建筑行业不得使用营业性的派遣劳工。日本则以考试采取只允许 14 种行业能够进行劳务派遣的列举许可行业制，后来经过修改扩大到 26 种。不允许进行劳务派遣的行业主要有三种：港湾运输业、建筑业和警备业<sup>51</sup>。

在我国目前严峻的就业形势下要保护被派遣者的合法权益，劳务派遣的行业既不能过宽，也不能太窄。若只采用正面列举的方式，不适应日新月异的我国经济发展行业变动，会使法律的前瞻性和适用性受损。因而，可以参考日本立法，将一些劳务密集、被派遣者合法权益容易受损的行业如建筑行业加以列举禁止。即采用禁止列举的方式，不禁止则允许。

### 4) 派遣时间

目前，我国的《劳动合同法》只规定派遣单位应与被派遣劳动者订立两年以上的固定期限劳动合同，却没有对限制劳务派遣最长时间之限定的条款。

韩国与我国台湾地区有类似的规定，即限制劳务派遣的最长服务期限，超过此期间的，将被视为在用工单位和被派遣劳动者之间成立直接的劳动合同关系<sup>52</sup>。

为保护派遣员工的利益，适宜在法律中规定，派遣机构与用工单位签订派遣协议时，应当严格控制派遣时间。若超过派遣期限用工单位仍需要继续使用被派遣劳动者的，被派遣劳动者应脱离派遣机构，由用工单位与劳动者订立劳动合同，成为用工单位的员工。

为激励派遣机构对派遣员工成为正式员工的促进作用，也可以规定，在派遣员工成为正式员工之后，要付给派遣机构根据其单位收入一定比例的酬谢金。如此可避免派遣单位与用工单位站在统一战线而挤压派遣员工的利益。

### 5) 工作岗位

“临时性、辅助性、替代性”过于抽象，有必要将其明确列举具体化。

可以适当参考我国台湾地区的《劳务派遣法》，联系我国目前的实际情况，将常用劳务派遣且相对比较科学，派遣员工也不反感或者感到委屈、纠纷较少的岗位确定为可以适用劳务派遣的工作岗位。比如清洁员工、保全、家政服务、市场调查等均可列入其中。

### 6) 退出机制

退出机制缺乏规范。劳务派遣从性质上将属于独立经营的企业法人，在激烈的市场竞争中，必然有一部分企业不适应竞争的发展而需要退出或者被迫破产。但鉴于劳务派遣机构工作的特殊性，其退出或者破产将给社会带来更大的社会动荡。因此，对于那些并不适合开展劳务派遣工作的单位要依法实行强制退出机制，保护劳动者的合法权益，保障社会的稳定<sup>53</sup>。

### 7) 责任划分

虽然《劳动合同法》第 92 条规定了连带责任。表面看有利于保护劳动者，但其实这种话方式将派遣机构与用工单位绑在一起，加大了两者中任何一方的道德风险。笔者调查到的

---

2010 年 2 月 23 日

<sup>51</sup>吴宏洛、陈月生“劳务派遣：规范与发展”载《东南学术》2007 年第 2 期

<sup>52</sup>劳动合同法实施条例起草人编著：《劳动合同法实施条例详解与适用》法律出版社 2008 第 132 页

<sup>53</sup>史朝伟：“我国劳务派遣立法研究” 2008 年云南大学硕士学位论文

派遣机构曾埋怨这种方式让他们更加被动。

这种方式不利于劳务派遣行业的健康发展。应当区分责任类型，而非一刀切让用工单位与派遣单位承担连带责任。这样也有利于派遣机构提高警惕规范操作。

构建和发展和谐稳定的劳动关系涉及劳动者和用人单位双方，因此立法宗旨应该是既要保护劳动者的合法权益，也要保护用人单位（派遣机构）的合法权益。用人单位和劳动者之间的劳动关系和谐稳定了，双方的合法权益必然就受到了保护<sup>54</sup>。

虽然立法上存在较多的不完善，但是不可操之过急。因为劳务派遣产生的社会关系和以往的雇用关系比较更加复杂，适用以往的劳动法律制度难以处理相关纠纷，制度设计如果存在漏洞或立法的价值取向出现偏差，将对劳动领域的雇用实践带来无数的纷乱，并进而影响经济发展和社会稳定。

郑尚元认为，劳务派遣的规范发展需寻求合理定位以及正确路径。在立法方面应当在理论与实践上有一定积累时再展开。国家立法不必仓促上阵，而应该以相关政策指导实践，强化行政引导作用，短期内对一些劳务派遣机构损害劳务派遣工的行为加大干预力度，同时，国家立法应该集中时间，确定立法模式，展开立法考察，作好制度引进与借鉴以及立法技术的积累，认真进行理论分析与研究，在业界、劳工、政府及学界各方充分讨论的基础上，尽量趋利避害，以利“良”法出台<sup>55</sup>。

#### 5.2.4 组建派遣机构工会

工会要加大源头参与和民主监督的力度，不断完善协调劳动关系的机制和制度，为构建和谐劳动关系搞好协调服务工会是劳资矛盾的产物。用人单位为了实现利润的极大化，往往会通过减少劳动者的福利、劳动保护等支出，或者延长劳动时间和加强劳动强度，以达到降低生产成本和提高利润的目的。派遣条件下，这种状况更加普遍。

有相关的法律或者政策督促派遣机构建立工会组织，并按照相关规定拨缴工会经费。经常性地组织活动，团结派遣员工，让其具有归属感。增强派遣员工与企业对话的能力，使派遣员工拥有自己的依托组织，从而使其利益表达合法化、制度化。

#### 5.2.5 规范派遣机构规章制度

规章制度是用人单位的“法律”，是用人单位从事劳动合同管理的依据。规章制度使用人单位能适时地对日常经营管理活动进行监控，增强用人单位抵御法律风险的主动性、前瞻性和计划性，将用人单位的经营风险降低，从而提高用人单位的内部运营效率，减少用人单位违规操作和劳动争议的发生，最终实现用人单位的效益最大化、效益最高化、管理结构最优化<sup>56</sup>。其生效要件是民主性、合法性、公示性

目前之所以很多派遣机构的规章制度与法律存在冲突，主要原因是规章制度的指定人对于法律等不熟悉所导致。因而，在上述的派遣机构配备有资质的懂法律的工作人员的前提下，相信能够更好地依照法律制定出具体的可以作为实施细则的规章制度，为派遣公司在具体的运行中节约一定的成本，规范派遣公司的运行。

<sup>54</sup>万以娴：“劳动争议之处理——理论与实务相结合”《清华法律评论》，2007

<sup>55</sup>中国劳动保障报/2005年/11月/22日/第001版“劳务派遣亟需突破维权瓶颈”中美劳务派遣制度研讨会综述

<sup>56</sup>孙智峰主编：《劳动合同法风险防范与纠纷应对》法律出版社2009 第48页

综上，派遣机构的不规范是在多方面的因素共同作用下产生的，因而其规范也需要从多方面因素的治理上加以调整。只有这几个主要的因素同时发挥正面作用，我国的劳务派遣机构才会慢慢步入正轨，从而引导整个劳务派遣行业回归本质，而且任重道远。

## 六结论

### 6.1 本文小结

目前，中国的劳务派遣繁荣的背后却隐藏着“假派遣”的危险和隐患。这些隐患的存在将最终危害到我国劳动关系的和谐，而劳动关系是现代市场经济中最基础、最重要的社会关系之一。劳动关系的协调是企业稳定、社会和谐的基础。因而要对其重视。

本文通过对本质上“应然”的劳务派遣制度的介绍，以及我国演变出来的“实然”的“假派遣”的表现形式与成因等，经过对比，围绕劳务派遣机构这一关键主体环节的规范化，探索我国劳务派遣回归本质之路径。

笔者根据文献和实际调查探索而得的规范劳务派遣的路径主要有：让派遣机构的社会属性得到一部分回归、加强其社会责任感，加强政府管制与引导、对派遣机构增设惩罚机制与奖励机制，进一步完善劳务派遣相关法规、使其具体化更具可行性，组建派遣机构工会、使得派遣员工的利益得到进一步的维护，制定合法且有效的派遣机构单位规章制度、在法律可行性较少的前提下发挥作用。

可见，虽然劳务派遣机构仅是市场主体中的一部分，但其规范化需要社会各方的合作与努力。正如董保华所说的“我国现行的劳动合同制度存在的问题主要是各项规定不够规范，劳动合同的当事人缺乏必要的自主性”、“可以“形式更多样”“协商更充分”“法规更配套”为目标来完善<sup>57</sup>。

除了从我国实际情况出发考虑，我们还要借鉴外国的相关制度，用国际化的视角来看待这个问题，毕竟，“只有国际化的视角才能理解社会化，否则社会化可能成为一个体制回归的代名词<sup>58</sup>”。有一些条例要尽快与国际惯例接轨。通过参考外国较成熟的劳务派遣制度相关的规范，能够加快规范派遣机构的步伐，使劳务派遣制度早日回归本质，在我国健康有序地发展。

### 6.2 本文局限之处

1) 由于笔者水平所限，对于“假派遣”的现象虽有归纳与描述，但还是存在一些模糊性，不够明确与清晰。而且究竟社会上存在多少的“假派遣”，鉴于时间和方法的限制，笔者只能从自己访谈的劳动者中所占的比例大概推算，不够严谨。

2) 本文中的“案例”部分，着重选举了“信立强”这个公司，虽然此公司与本质上的“劳务派遣”公司尚且存在一定的距离，但是无疑在当今中国的劳务派遣机构中，“信立强”做的相对较好，因而本文并非针对“信立强”。本想隐去企业名称，为了体现研究的真实性，才将此公司的名字如实写出。并在此感谢这个公司给笔者无偿地提供大量的资料。

3) 笔者对于外国的劳务派遣具体制度并不熟悉，对其的认识大多来自其他学者的作品，多是二手材料，难免会存在一些问题，对于派遣机构“国际化”，向国际标准看齐这方面没

<sup>57</sup>董保华主编：《劳动合同研究》中国劳动社会保障出版社 2005 年第 440 页

<sup>58</sup>董保华主编：《劳动关系调整的社会化与国际化》上海交通大学出版社 2006 年第 9 页

有很好地展开。

### 6.3 未来的研究方向

目前，一方面中国的劳务派遣制度出现了较严重的“假派遣”，不利于中国劳动力市场的稳定，另一方面，我国经济结构的调整，劳动保障部 2006 年的一项调查显示目前全国城镇灵活就业人员已达到 5000 万人<sup>59</sup>，加上美国波及全球的金融危机的影响，要想完全取消劳务派遣这种用工当时也是违反市场经济发展方向的。因而，我们有必要更加细致地研究这项制度，让我国的劳务派遣回归本质，使得劳务派遣中的三方主体能够“共赢”。

纵观当前的研究，在以下几个方面还有待深入和了解：

1) 外国的相关劳务派遣的具体进程，包括外国劳务派遣产生的背景，发展的过程，政府和法律在此过程中扮演的角色，产生的问题以及解决机制。研究这些问题并不是要将外国的劳务派遣制度照搬到中国，而是与中国的实际相对比，并试图寻找共性，更好地借鉴外国制度，少走弯路。

2) 立法上的研究。目前我国劳务派遣行业的法律少而且实用性差，有待于改进。但是另一方面，对于我国劳务派遣实施中的具体问题研究又欠缺，因而给制定法律造成了一定的困难，毕竟法律不能经常变动。因而目前比较合理的方式也许就是在法律大方向的规定下，授权地方政府根据各地发展的状况制定相应的政策或者地方性法规以规范劳务派遣行为。

此外，政府的监管和规制问题：劳务派遣业务之许可与监管、再派遣、派遣劳工竞业禁止、派遣监督员等目前也有待更好地研究并制定合适的方案。

3) 实践上的研究。之所以立笨法，是对实践的了解偏差；之所以立法难，是因为欠缺最基本的实践上的研究。纵览目前关于劳务派遣方面的文献，大多围绕基本的理论，鲜少有实践和案例研究，因而在这方面要努力加强。

## 参考资料：

### (一) 专著类

- 1、郑尚元主编：《劳动法》[M] 北京：中国政法大学出版社 2004
- 2、董保华，《劳动力派遣》[M]北京：中国劳动社会保障出版社 2007 年 5 月第 1 版
- 3、董保华：《十大热点时间透视劳动合同法》[M]北京：法律出版社 2007
- 4、周长征主编：《劳务派遣的发展与法律规制》[M] 中国劳动社会保障出版社 2007

---

<sup>59</sup>南方周末记者赵小剑，实习生方可成：“哪些劳动者不受劳动合同法保护”采访董保华教授

- 5、董保华主编：《劳动关系调整的社会化与国际化》[M] 上海交通大学出版社 2006 年
- 6、劳动合同法实施条例起草人编著：《劳动合同法实施条例详解与适用》[M] 北京：法律出版社 2008
- 7、孙智峰主编：《劳动合同法风险防范与纠纷应对》[M] 北京：法律出版社 2009
- 8、董保华主编：《劳动合同研究》[M]中国劳动社会保障出版社 2005 年
- 9、杨景宇、信春鹰主编：《中华人民共和国合同法解读》[M] 中国法制出版社 2007
- 10、郑爱青：《劳动合同法十大热点评析》[M] 中国劳动社会保障出版社 2008
- 11、王桦宇：《劳务派遣法律实务操作指南》[M] 中国法制出版社 2008
- 12、黎建飞：《劳动合同法热点、难点、起点问题全解》[M] 中国法制出版社 2007
- 13、韩桂君：《劳动法实验教程》[M] 北京大学出版社 2008
- 14、张荣芳：《被派遣劳动者的劳动权利保护研究》[M]武汉大学出版社 2008
- 15、林嘉、范围：《用人单位员工管理指南》[M]北京大学出版社 2009
- 16、斯蒂芬·P·罗宾斯，玛丽·库尔特著，孙建敏等译：《管理学（第7版）》[M] 中国人民大学出版社 2004
- 17、董保华主编：《劳动关系调整的社会化与国际化》[M]上海交通大学出版社 2006

## （二）期刊类：

- 1、王胜利、郭颖.《劳动合同法》视野下规范劳务派遣发展的对策研究[J] 经济与法制 2010
- 2、韩兵.我国劳务派遣法律问题探讨[D] 四川：四川大学，2004
- 3、赖力静.论劳动力派遣下工会职能的制度重构[D] 北京：中国政法大学，2008
- 4、吴贵明.基于不同视角的劳务派遣制度分析——兼论促进劳务派遣业发展的建议[J] 福建行政学院学报，2009，（03）.
- 5、袁崇燕.我国劳务派遣的发展对就业规模和就业质量的影响[D]中国人民大学，2007
- 6、柳燕.新劳动合同法出台后劳务派遣人员人力资源管理的探索——以朝阳供电公司为研究对象[D] 北京：中国人民大学，2008
- 7、史朝伟.我国劳务派遣立法现状与存在的问题[D] 云南大学硕士论文，2008
- 8、温笑然.关于我国 1990-2007 年劳务派遣文献的综述——从法律规制的文献研究视角[D] 中国人民大学，2008
- 9、孙冰心.劳务派遣法律规制研究[D] 吉林大学，2008
- 10、再就业的又一个重要渠道——走进北京劳务派遣[J]《劳动保障》，2002
- 11、郑尚元.中劳务派遣亟需突破维权瓶颈[N] 国劳动保障报，2005
- 12、Marcello Estevao, Saul Lach. The Evolution of the Demand for Temporary Help Supply Employment in the United States [J] NBER Working Paper, NO.7427, 1999
- 13、万以娴.劳动争议之处理——理论与实务相结合[J]《清华法律评论》，2007
- 14、程绮瑾. CCTV 规范用工真相[J] 南方周末，2007
- 15、胡鞍钢，程永宏.中国就业制度演变[J]《经济研究参考》2003
- 16、[日]阿部诚著，李莲花译.经济危机下日本的劳动和社会保障 [N] 中国人民法学报 2010

## （三）报告类：

- 1、《北京市劳动和社会保障局通告京劳社发（2007）7号》文件
- 2、上海 HR 咨询有限公司，“新‘派’HR 观点调研”

- 3、北京市人力资源与社会保障局《2007年通过复审的劳务派遣机构》
- 4、北京信立强劳务服务中心《北京市信立强劳务派遣十年：1997~2007》

#### （四）网络类：

- 1、信立强公司网站：<http://www.xlq.cn/pqzs.asp>
- 2、劳动社会保障部门：<http://www.cnlsslw.com>
- 3、中国知网：<http://epub.cnki.net/grid2008/index/ZKCALD.htm>
- 4、百度百科：<http://baike.baidu.com/image/>
- 5、最高人民法院报：<http://oldfyb2009.chinacourt.org/public/detail.php?id=107844>
- 6、新闻网：<http://www.sasac.gov.cn/n1180/n2335371/n2335404/n2335600/3517602.html>

#### （五）法律法规类：

- 1、《劳动合同法》，2008
- 2、《劳动合同法实施条例》，2008
- 3、《河北省劳务派遣企业管理暂行办法》，2003
- 4、《苏州市劳务派遣管理暂行办法》，2004
- 5、《南京市人才租赁暂行办法》，1998年
- 6、《北京市劳务派遣组织管理暂行办法》，1999
- 7、《深圳经济特区人才市场条例》，2002

**附录：**

**北京市劳务派遣行业信息调查**

**问卷前言**

您好，我们是北京大学的学生。这项调查主要是搜集目前北京市劳务派遣行业的发展现状的一些信息，同时了解新《劳动合同法》实施对于劳务派遣的影响状况，推动利于劳务派遣行业健康发展的政策出台。

我们很高兴能同您取得联系。您的看法、意见对这项研究非常重要。我们诚恳地希望得到您的支持和帮助。我们试图采用科学的、定量的社会调查方法来从事这项研究。对所有问题的回答都无所谓对错，我们希望得到的只是您个人的真实想法。

所有问题包括两类：封闭性问题，您只需要选择选项即可；开放性问题则需烦劳您的填写。

您的所有回答只会用于学术研究。我们保证不在任何时间、任何情况下，以直接或间接方式提到您个人。

下面我将就几个方面提问。如果您对哪个具体问题不便回答，请您直接告诉我。我们一定尊重您的意见，略去这个问题，继续向下进行。

谢谢您的合作！

## A、公司基本信息

A1: 派遣公司年成立

A2: 派遣公司成立的最初原因是

1、解决职工的就业问题 2、劳务派遣市场前景好 3、二者兼有

4、其他（请注明原因）

A3: 公司目前提供的派遣岗位种类数量状况为

1、10个以下 2、10~20个 3、20~30个 4、30个~40个 5、50个以上

A4: 公司目前提供的派遣岗位属于下列哪种情况？

1、低端岗位 2、中低端岗位 3、中高端岗位 4、中高低端岗位皆有

A5: 公司目前的员工数量为

1、500人以下 2、500~1000人 3、1000~2000人 4、2000人以上

A6: 公司派遣员工的派出结构:

(1) 被派遣到事业单位的数量（或者选答比重）;

(2) 被派遣到国有企业的数量（或者选答比重）;

(3) 被派遣到外资企业或者合资企业的数量（或者选答比重）;

(4) 被派遣到私营企业的数量（或者选答比重）;

(5) 被派遣到其他部门（如一些公益性组织等非营利组织）的数量（或者选答比重）。

A7: 公司目前合作的用人单位数量

1、10个以下 2、10~20个 3、20~30个 4、30~40个 5、50个以上

其中，事业单位占比重；

国有企业占比重；

外资企业或者合资企业占比重；

私营企业占比重；

其他部门所占比重。

A8: 您认为公司目前发展的最主要不利因素是什么？

1、竞争压力大 2、政府管制严 3、招工难 4、其他：

A9: 您认为用工单位采取劳务派遣用工方式较之其他弹性用工方式（如承包、非全日制用工、借调等方式）有什么优点？（多选，并排列出您认为最重要的三个选项）

1、较之其他用工方式更节约成本

2、比其他用工方式更加灵活，是最灵活的一种用工方式

3、使用派遣用工的法律风险比其他用工方式更低

4、可以解决组织内部一些身份不明人员的身份问题（如事业单位内的编外人员）

5、用工单位在派遣公司中更容易找的某一岗位的合适人才选择并排序

## B、公司员工的信息

B1: 派遣公司的员工来源结构

- (1) 北京人所占比重:
- (2) 外来务工人员比重:

B2: 派遣员工的文化程度

- (1) 小学以下比重:
- (2) 初中比重:
- (3) 高中比重:
- (4) 大学以上比重:

B3: 派遣公司最近 5 年在被派遣员工的数量信息

- (1) 2005 年, 员工数量
- (2) 2006 年, 员工数量
- (3) 2007 年, 员工数量
- (4) 2008 年, 员工数量
- (5) 2009 年, 员工数量

B4: 通过什么渠道招募员工?

1、公开招聘 2、与就业单位联系 3、二者皆有 4、其他:

B5: 是否出现过员工待岗的现象? 1、是 2、否

B6: 派遣员工的组织状况怎样

1、存在工会 2、存在员工的联谊组织 3、其他组织形态 (请注明)

B7: 派遣员工的相互关系状况怎样

1、非常熟悉 2、一般认识 3、非常不熟悉 4、其他

## C、业态信息

C1: 《新劳动合同法》实施后, 北京市的劳务派遣市场竞争状况如何?

1、更剧烈了 2、不如以前 3、没什么变化

C2: 《新劳动合同法》实施后, 政府监管怎样变化?

1、加强 2、变弱 3、没什么变化

C3: 《劳动合同法》实施前, 政府对劳务派遣行业的监管方式有哪些? (多选)

- 1、行业准入的行政审批制度
- 2、定期检查 (比如年检或者抽查)
- 3、出台对行业的限制性政策
- 4、其他

选择曾经有过的主要监管方式:

补充选项中未曾提到的监管方式:

C4: 《劳动合同法》实施后政府的上述监管措施哪些取消了? (选项同上, 若没有取消则填写“没有”)

是否又增添了哪些新的监管措施? (如果没有增添请填写“没有”)

C5: 您认为造成上述变化的原因是新《劳动合同法》实施造成的吗?

1、是 2、否 3、不知道

C6: 金融危机对公司业务是否有冲击?

1、是 2、否 3、不知道

C7: 根据您的经验, 能否列出对于劳务派遣用工的需求量最大的三个行业?

(1)

(2)

(3)

## D、《劳动合同法》的有关规定问题

D1: 《劳动合同法》针对劳务派遣的规定是否完善? 1、是 2、否

在执行过程中是否有效维护了派遣员工的权益? 1、是 2、否

D1a: 如果不完善, 你觉得哪些地方规定不周?

D2: 《劳动合同法》实施后, 派遣员工的维权行为是否明显增多?

1、是 2、否

D3: 《劳动合同法》实施后, 您认为在业务进行当中, 用工单位对于劳务派遣这一用工形式的使用有哪些不当之处?

1、滥用劳务派遣用工 2、开始大量使用其他用工形式取代劳务派遣用工

3、其他:

D3a: 目前存在对劳务派遣用工的替代用工形式吗? 1、存在 2、不存在

有哪些?

D4: D7: 《劳动合同法》实施后, 在用人单位当中, 派遣员工占全体员工的比重情况是 ( )

1、下降 2、上升 3、不同单位当中有升有降

D5: 《劳动合同法》实施后, 就您的业务而言, 事业单位、国有企业、外企 (以及合资企业) 和私营企业对使用劳务派遣用工出现下列哪种情况?

(1) 事业单位、国有企业、外企 (以及合资企业) 整体上派遣用工增加, 私营企业整体上派遣用工减少;

(2) 事业单位、国有企业、外企 (以及合资企业) 整体上派遣用工减少, 私营企业整体上派遣用工增加;

(3) 事业单位、国有企业、外企 (以及合资企业) 整体上派遣用工减少, 私营企业整体上派遣用工减少;

(4) 事业单位、国有企业、外企 (以及合资企业) 整体上派遣用工增加, 私营企业整体上派遣用工增加。

D5a: 如果您选 (1) (2), 即出现事业单位、国有企业和外企 (以及合资企业) 同私营企业派遣用工趋势相反的情况, 您认为是什么原因造成的?

(1) 用人体制不同;

(2) 竞争环境不同;

(3) 国家对这几个主体的政策不同, 差别对待

(4) 其他: (如果不是上述原因或者上述原因并不能涵盖所有情况, 请您说明您认为的原因)

D5b: 如果您选 (3) (4), 即出现事业单位、国有企业、外企 (以及合资企业) 同私营企业派遣用工趋势相同的情况, 您认为是什么原因造成的?

(1) 市场需求使然;

(2) 《劳动合同法》对这些部门产生了相同的影响;

(3) 其他: (如果不是上述原因, 请您注明您认为的原因)

D6: 新《劳动合同法》对公司产生了怎样的影响?

D7: 对于政府对于劳务派遣行业政策的改进, 您有怎样的意见或者建议

# TransAsia Lawyers

權 亞 律 師 事 務 所

## 本文作者：

1. 周耀凤北京大学 07 级本科 15010287110 [zhouyaofeng2007@126.com](mailto:zhouyaofeng2007@126.com)
2. 洪晨叶北京大学 07 级本科 13811464825 [hcybd@yahoo.com.cn](mailto:hcybd@yahoo.com.cn)
3. 罗茜北京大学 07 级本科 15801255166 [ariel\\_luoqian@yahoo.com.cn](mailto:ariel_luoqian@yahoo.com.cn)

## 指导老师：

叶静漪北京大学法学院教授、硕士研究生导师、北京大学劳动法与社会保障法研究所副所长

*This article is for informational purposes only and does not constitute legal advice. Use of this article does not create an attorney-client relationship between the contributing law firm and the reader. Readers should contact appropriate legal counsel for advice on any particular issue. Entire content copyright is owned by TransAsia Lawyers. Reproduction and distribution of this article in whole or in part without the written permission of the contributing law firm is expressly prohibited.*