

# 中國勞動派遣保護政策與現況

## 中國勞動關係學院勞動關係系教授 喬健

現任中國勞動關係學院勞動關係系主任，副教授。歷史學碩士，曾為北京市海澱區第十三屆人民代表大會代表（2003—2006）。兼任中國勞動學會常務理事、學術委員會委員；中國人力資源開發研究會勞動關係分會常務理事，學術委員會副主任；中國人民大學勞動關係研究所客座研究員，《勞動關係》雜誌副主編。

主要從事勞動關係和工會的研究和教學。

出版《中國勞動關係報告》、《勞動爭議調解與仲裁程式比較研究》、《WTO：勞工權益保障》、《全球化下的勞資關係與勞工政策》、《外商投資企業工會工作概論》等著譯作。

論文《略論我國勞動關係的轉型及當前特徵》、《民營企業的勞動爭議和群體性事件及其治理》、《在國家、企業和勞工之間：工會向市場經濟轉型中的多重角色》、《工會體制改革與發揮產業工會作用的思考》、《加強對轉型時期勞工政策的研究》等數十篇。

是《中國社會形勢分析與預測》（社會藍皮書）勞動關係和職工狀況專欄撰稿人；是中國第一個勞動關係本科專業的主要設計者之一；也是國家職業標準之《勞動關係協調員（試行）》的起草者之一。

## 中國大陸勞務派遣發展報告

中國勞動關係學院勞動關係系 喬健

勞務派遣是勞動力市場近幾年發展起來的一種新的用工形式。一方面，它適應了勞動力市場靈活多樣的用人需求，擴大了勞動者就業；另一方面增加了勞動者就業的不穩定性，對勞務派遣人員的合法權益保護提出了很多新課題。

勞務派遣廣受關注始於 1960 年代。迄今已有 40 多年的歷史。現在，不論是發達國家，還是欠發達國家，或多或少都存在勞務派遣用工形式。比如，美國勞務派遣工占總就業人口的比例為 0.9%、日本為 3.4%、英國為 2.6%、德國為 1.2%、法國為 2.1%、荷蘭為 2.5%。但各國有一個共同之處，勞務派遣占整個就業人口的比例都不很高，平均不超過 3%，是種非主流、靈活就業方式。

中國大陸勞務派遣始於 1979 年的北京外企服務機構。迄今儘管有 30 年歷史，但勞務派遣作為一種新的就業方式備受關注，還是進入本世紀這幾年。

2007 年《勞動合同法》設專章予以規範。儘管如此，2008 年 1 月 1 日《勞動合同法》實施後，各地勞務派遣企業業務量都出現了不同程度的增長，新註冊的派遣企業也不斷增加，亟需對此種用工形式進行新的研究和規制。

### 一、勞務派遣的概念、特徵及分類

#### (一) 勞務派遣的概念

1997 年國際勞工組織 (ILO) 的 181 號公約第一條，對私營職業介紹機構的職能作了如下描述，“僱用工人的服務，目的是使這些工人可供第三方使用，第三方可能是自然人或者法人，他們給工人分配任務並監督這些任務的執行”，這裏，該公約首次擴大私營就業服務機構的行為範圍，規定其可以作為服務的提供者，僱用工人供三方使用<sup>1</sup>。這個公約實質打破了傳統僱傭關係中用人單位直接僱用勞動者、就業服務機構只從事職業介紹服務的局面。將被派遣勞動者視為私營就業服務機構的臨時雇員 (a temporary employee)，規定其應當享有勞動法和社會保障法的相關保護。

德國勞務派遣法第一條規定，員工出讓是指雇主 (出讓方) 以經營形式將自己僱用的勞動者 (借用員工) 提供給第三方 (借用方) 使用，由被借用的勞動者給第三方提供勞動<sup>2</sup>。

在美國，勞務派遣一般被稱為 temporary agencies work，是指一種臨時的僱傭關係 (the temporary employment relationship)，即通過臨時性工作機構 (temporary work agencies) 而形成的一種臨時工作關係 (temporary work relations)。臨時性工作機構傳統的作用是，提供工人給那些需要臨時性幫助的客

<sup>1</sup> ILO Convention NO.181 第一條 (b) 規定。

<sup>2</sup> 《德國員工出讓法》，載丁薛祥主編《人才派遣理論規範與實務》，法律出版社 2006 年版，第 211 頁。

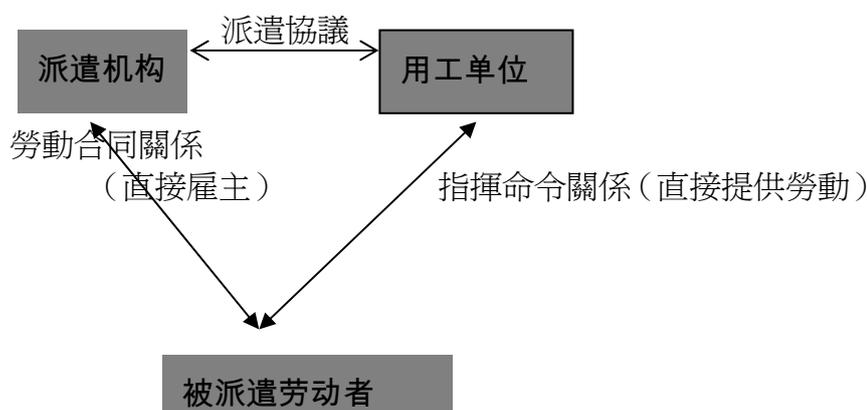
戶，替代客戶請病假或者產假的工人，或者執行客戶短期的工作任務；這些臨時性的工人為同一用戶一般工作幾天或幾周，有時幾個月，然後從一個客戶處移到另一個客戶處，唯一相對穩定的是與臨時工作機構之間的關係<sup>3</sup>。

在亞洲，日本是較早對勞務派遣進行專門立法的國家。其通過《勞動者派遣法》對勞務派遣進行了嚴格的法律定義，“所謂勞務派遣就是指將自己所雇用的勞動者，在該雇用關係下，讓該勞動者接受第三方的指揮命令，並讓其為第三方從事勞動，但是，這種勞動並不包括約定讓第三方雇用該勞動者從事勞動”<sup>4</sup>。

相對於日本的直接定義，中國《勞動合同法》僅對勞務派遣進行了間接的法律定義<sup>5</sup>。根據本法第 58、59 條的表述：勞務派遣是由派遣單位、用工單位以及被派遣到用工單位從事工作的勞動者三方所形成的勞動關係。

相對於中國的間接定義法，日本的直接定義法的好處是將勞務派遣與職業介紹加以嚴格區別，因職業介紹是包括約定讓第三方在雇用該勞動者前提下從事勞動（參見圖）。

### 勞務派遣示意圖：



同時，中國學者針對中國的派遣也有定義性描述。“勞務派遣單位受特定用工單位委託招聘勞動者，並與之簽訂勞動合同，將勞動者派遣到用工單位工作，其勞動構成由用工單位管理，其工資、福利、社會保險費等由用工單位提供給派遣單位，再由派遣單位支付給勞動者，並為勞動者辦理社會保險登記和繳費等項事務的一種用工形式。<sup>6</sup>”

總之，儘管各國有關勞務派遣的定義不盡相同，但是，勞務派遣是由用工單

<sup>3</sup> Guy Davidov, *Joint Employers Status in Triangular Employment Relationships*, <http://www.Blackwell-synergy.com/doi/abs/11.1111/j.1467-8543.2004.00338.x.at> (last visited a Oct.5, 2006)

<sup>4</sup> 參見高梨昌：《詳解日本勞務派遣法》，第 238 頁。

<sup>5</sup> 中國在勞動合同法出臺前，勞動和社會保障部《有關非全日制用工若干問題的意見》（2003 年）規定：勞動者通過依法成立的勞務派遣組織為其他單位、家庭或者個人提供非全日制勞動的，由勞務派遣組織與非全日制勞動者的簽訂勞動合同。《勞動合同法實施條例》為了防止派遣機構規避兩年固定期限合同，又禁止派遣機構雇用非全日制勞動者。

<sup>6</sup> 王全興、侯玲玲：《勞動關係雙層運行的法律思考——以我國的勞動派遣實踐為例》，載《中國勞動》2004 年第 4 期，第 19 頁。但是，實際情況遠比定義複雜，多樣化。據瞭解，有近一半的派遣公司並不支付工資，而工資由用工單位來支付。

位、派遣機構，被派遣勞動者三者形成的特殊勞動關係這一點是共同的。

## （二）勞務派遣的特徵

勞務派遣最大的特徵就是將傳統的“雇用”“使用”一體型的直接雇用的兩方關係轉化為勞務派遣單位、用工單位、被派遣勞動者之間間接雇用的三方關係，使“雇用”、“使用”發生分離。

這種雇用與使用的分離主要指傳統的單一雇主職能由派遣單位、用工單位共同行使。派遣單位負責招聘、考核求職者、負責向勞動者支付工資、繳納社會保險等職能；用工單位提供具體勞動崗位，指揮監督工人工作。

除此之外，勞務派遣還有其他一些特徵<sup>7</sup>：

首先，勞務派遣改變了勞動力不是商品的理念。由於勞動力與勞動者的人身不可分離，1919年國際勞工組織（ILO）在成立之初，就確立了勞動力不得作為他人買賣或者租賃的標的重要原則。但是，勞務派遣的實質是勞務派遣機構將自己雇用的勞動者有償地提供給第三方使用，是種勞動力買賣行為。派遣單位依靠這種買賣行為而獲取利潤。因此，派遣的合法化實質上是改變了勞動力不是商品的傳統理念。

其次，被派遣勞動者在用工單位的工作具有臨時性和就業不穩定的特點。勞務派遣最初是用工單位滿足臨時性用工需求的手段。反映工業革命之後大機器集中生產的要求，傳統勞動法規定，雇主對工人的雇傭是無固定期的，為了維護工人的就業穩定，各國勞動法都設了解雇保護制度，規定解雇行為要有“正當理由”，並建立了“預告期”和“經濟補償”制度。由於這些保護制度，帶來了很多雇傭關係方面的“剛性”，進入現代產業社會後，尤其服務業得到長足發展後，使得雇主很難應對生產任務不均衡帶來的用工量的增減。勞務派遣正是因應了企業這種需求，滿足企業的臨時用工。因為，使用臨時派遣用工，企業可以解決招聘、管理雇員、解聘等成本。因此，可以說勞務派遣主要是提供臨時性工作機會，經常更換用工單位，就業具有不穩定性是勞務派遣的一個主要特徵之一。

## （三）勞務派遣的分類

### 1. 一般分類

一般將勞務派遣分為常雇型與登記型兩種。

所謂常雇型派遣是指派遣單位將與其簽訂勞動合同員工<sup>8</sup>派遣到用工單位提供勞動。此種類型的特點是不論被派遣勞動者是否被派出，派遣單位都有給付工資和相關福利待遇，履行勞動法規定的雇主責任和義務。這種類型的勞動合同期限的特點為無固定期限合同。同一般勞動者一樣受到解雇保護<sup>9</sup>。

所謂登記型派遣是指勞動者在派遣公司進行登記在冊，與派遣公司的雇用關

<sup>7</sup> 張榮芳著：《被派遣勞動者的勞動權利保護研究》，武漢大學出版社 2008 年 10 月版，第 10—12 頁。

<sup>8</sup> 在日本多指無固定期限合同。

<sup>9</sup> 參見高梨昌：《詳解日本勞務派遣法》。

係僅在被派遣期間成立。登記型派遣只是在派遣單位需要勞動者時，勞動者才與派遣單位訂立勞動合同。因此，派遣單位也僅在勞動者被派遣期間才向其支付工資。一旦派遣期間屆滿，或是派遣單位與用工單位間的派遣協定因故解除時，被派遣勞動者與派遣單位間的勞動合同關係隨即終止，被派遣勞動者又恢復到原登記時的狀態。這種類型的勞動合同期限的特點為固定期限合同。

## 2· 其他分類

除此之外，還有預定介紹派遣與中國較多的招聘制方式派遣。所謂預定介紹派遣是指派遣公司與派遣員工預定在派遣結束後，通過職業介紹的方式介紹該員工在用人單位就業的制度。也稱為“尋找工作型派遣”。所謂招聘制方式派遣<sup>10</sup>是派遣機構應用工單位的需求發佈招工資訊，對應聘人員進行甄選，有的時候甚至聯合用工單位對應聘人員進行筆試、面試、考察，最後根據用工單位的需求將錄用後的員工派遣出去。在中國這種方式的派遣居多，也是中國勞務派遣的主要特徵之一。

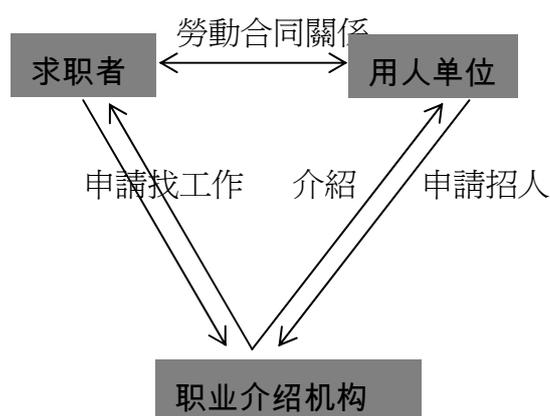
還有，從內容上還可以把勞務派遣分為技能性派遣（翻譯）、公益性派遣；從地域上分為境內派遣、境外派遣；從期限上分為長期派遣、臨時派遣、全日派遣、非全日派遣等等。

## （四）與職業仲介、承攬及人力資源外包的區別

### 1· 與職業介紹的區別

職業介紹是指職業介紹機構在接到招聘方（企業）和應聘方（求職者）的申請後，在兩者之間斡旋，使兩者的雇用與被雇用關係成立的過程。與勞務派遣最大的不同是職業介紹機構和求職者沒有雇用和被雇用關係，僅是通過斡旋讓用人方和求職方的雇用和被雇用關係成立，兩者的雇用關係一旦成立，職業介紹機構的工作即告結束。

職業介紹示意圖：



一般職業介紹分為公共（免費）職業介紹和有償職業介紹。一般政府勞動就業部門從事的職業介紹活動為公共職業介紹，對勞動者免費。其他為營利性職業

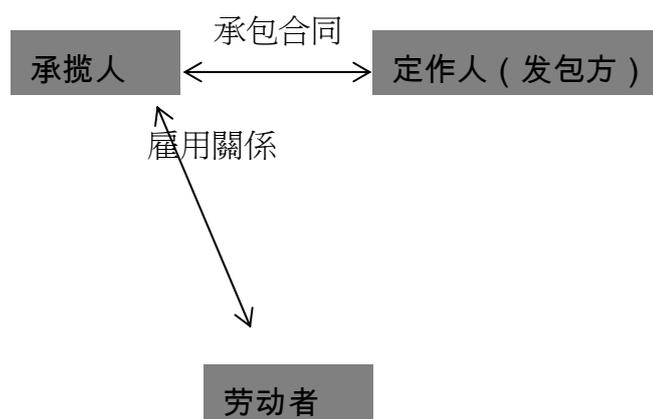
<sup>10</sup> 參見董寶華、楊傑：依法、合理選擇用工形式，《中國勞動》2007年第9期。第19頁。

介紹。職業介紹也涉及三者。分別是求職者、用人單位和職業介紹機構。但是，不同於勞務派遣的是職業介紹機構行爲的本質是一種居間行爲<sup>11</sup>。其活動隨著所介紹求職者與用人單位簽訂勞動合同而終止。勞務派遣公司爲用工單位和派遣員工提供的服務中，雖然含有職業介紹部分，但是並沒有在職業介紹行爲終結而終止，其他勞動管理服務比重大與職業介紹服務比重。這也是職業介紹與勞務派遣最大區別，否則，勞務派遣機構就會回歸職業介紹。這也是現實中，登記型派遣極易與職業介紹相混淆重要原因之一。

## 2· 與承包（承攬）的區別

民事承攬合同是民事合同。根據民法原理，承攬合同是指承攬人與定作人相互約定，承攬人爲定作人完成一定的工作，定作人待工作完成後給付報酬的合同。與勞務派遣最大的區別在對勞動者的指揮命令權上。在勞務派遣關係中，被派遣勞動者不具有獨立性，其一般以用工單位的設備、技術爲依託來工作，且在其履行勞務時必須聽從用工單位的指揮命令。用工單位擁有從派遣單位受讓來的指揮命令權。但在承攬關係中，承攬人的工作具有獨立性，承攬人應以自己的設備、技術和勞動力完成主要工作，對其勞動者的指揮命令權仍保留在承攬人身上，不受定作人的指揮管理<sup>12</sup>。承攬人與自己使用的勞動力是直接雇用關係。

承攬示意圖：



## 3· 與人力資源外包的區別

人力資源管理外包即企業將人力資源管理中非核心部分的工作全部或部分委託給人力資源服務專業機構管理，但託管人員仍隸屬於委託企業，與委託企業是直接雇用關係。委託機構與員工沒有直接雇用關係，對員工也沒有指揮命令權。

人力資源管理外包包括員工招聘、培訓、績效管理、法律事務、檔案登記、代理社保等，是人力資源管理領域進行專業化分工的一種新形式。

## 二、中國勞務派遣的發展及特點

<sup>11</sup> 所謂居間是指居間人向委託人報告訂立合同的機會或者提供訂立合同的媒介服務，委託人支付報酬的行爲。

<sup>12</sup> 楊通軒：《臺灣勞動派遣法立法之當議——機會與風險的平衡》，載《萬國法律》2004年12月，第138期，第41頁。

### （一）勞務派遣發展歷程

迄今為止，中國的勞務派遣大致經歷了三個發展階段。

第一階段（1980—1995年）。中國勞務派遣始於1980年的外商代表處用工，直到上個世紀90年代中期，數量不多，範圍較窄，發展平穩<sup>13</sup>。

這一階段勞務派遣企業僅限於國務院以及各省政府批准的諸如北京外企人力資源服務公司這樣的派遣機構，專門解決外國企業常駐中國代表機構這類非法人機構用人需求問題，向其派遣中國雇員。此階段成立勞務派遣企業是基於國家行政法規的規定在特殊就業領域從事勞務派遣業務，其目的不是解決勞動力市場問題，而是為了特殊的管理需要（出於國家安全考慮<sup>14</sup>）。

第二階段（1995—2005年）。但是，到了1990年代末，為了服務國有企業改革，解決國有企業下崗職工再就業問題，政府除了提倡公共就業服務機構從事傳統的職業介紹、職業指導、職業培訓和崗位開發等活動，“接受用人單位和勞動者委託從事勞動保障事務代理”<sup>15</sup>外，還鼓勵其他主體、特別是下崗職工較多的國有企業設立勞務派遣組織或者勞務公司為下崗職工提供派遣就業服務。

勞動力市場上，開始陸續出現三類派遣公司。一是各級政府有關勞動保障依託公共就業服務機構成立的勞務派遣組織；二是各級政府人事部門依託人才交流服務機構成立的勞務派遣組織。三是大型國有企業內部成立的勞務派遣公司。這一階段勞務派遣的最大特點就是服務與國有企業改革與解決進城務工人員的就業問題，是政府主導的一種就業服務行爲。因此，形成政府的公共就業服務機構成爲勞務派遣業主體的局面。至今為止，這些機構還是各地勞務派遣企業的主體。

第三階段（2005年至今）。近幾年，勞務派遣企業類型出現明顯的多樣化傾向。民營、外資類派遣（人力資源服務）企業才開始活躍。尤其是《勞動合同法》出臺，勞務派遣結束了無法可依的階段。

### （二）勞務派遣的用工規模

由於迄今為止，中國還沒有建立關於勞務派遣的正式統計制度，導致有關勞務派遣用工規模，眾說紛紜。全國人大、總工會等在談及勞務派遣用工總數時，都採用2500萬人這一資料<sup>16</sup>。根據實地調研，上海爲137萬人，福建爲56萬人，廣東省超百萬。又據21省、直轄市所報數據匯總分析結果，截至2009年3月，勞務派遣總數爲361萬人，其中，浙江省數量居首，97萬人。西藏自治區最少，僅2500人。據此推測，全國派遣規模應在700—900萬人之間，而且大部分集中在東南沿海地區。

<sup>13</sup> 參見1980年國務院頒佈的《關於管理外國企業常駐達標機構的暫行規定》。

<sup>14</sup> 常凱、李坤剛：必須嚴格規制勞動者派遣——論我國勞動派遣的作用及其法律規制，《中國勞動》，2006年第3期。

<sup>15</sup> 2000年勞動和社會保障部頒佈《勞動力市場管理規定》。

<sup>16</sup> 楊景宇在全國人大宣傳貫徹《勞動合同法》電視電話會議上的講話。

### （三）勞務派遣發展的原因

勞務派遣在中國的出現和發展，除了政府政策的推動外，用工單位的需求也是非常重要的原因。

（1）規避無固定期限合同與解決用工機制改革難問題。主要是國有壟斷企業，尤其是央企與省企。儘管從 80 年代初，對國有企業進行用工制度改革，但是，一些國有的壟斷行業（電信、石油等受工資總額與人員編制控制）以及與其相類似的事業單位（電視臺、醫院等受編制控制）有兩項制度還是沒能徹底改變。一個是“正式工（近似無固定期限合同）”與“非正式工（臨時工等）”的用工模式；另一個是人員的“易進難出”，企業無法根據市場變動靈活調配員工的狀況。

勞務派遣用工形式的出現，為其提供了非常便利的解決此類問題的“操作工具”。主要體現在，臨時用工與新增用工的派遣化。即將原有的臨時用工轉成派遣方式；新招員工多用派遣方式，使之成為選擇用工的途徑，這一趨勢在勞動合同法實施後尤其明顯。因此，勞務派遣用工成為國有壟斷企、事業單位長期積累下來的各種問題一下子難以解決的權宜之計。

（2）突破工資總額與編制。在中國除了機關、事業單位對編制進行嚴格限制外，國有企業與國、內外資上市公司在管理方式上都對工資總額以及正式人員編制加以限制。因此上述類型的單位利用勞務派遣突破這種限制。

（3）解決編制外人員勞動合同簽訂的主體問題。這部分主要是國有企業與機關事業單位。過去一些國有企業，甚至是機關和事業單位使用相當數量的編外人員（工勤工）。過去大都沒與這些人簽訂勞動合同，近幾年為了遵守勞動法律規範用工，通過勞務派遣公司與這些人簽訂勞動合同，規範勞動關係，以降低用工的法律風險。

（4）為了降低人工成本。主要起因於體制內與體制外工資標準和福利待遇的差別。首先，表現在勞務派遣工無論從工資水準，還是福利待遇都與企業的正式工有一定的差距。其次，勞務派遣工的社會保險與正式工有差距。比如上海市大多數派遣工都繳納的是與上海市戶籍勞動者不同的綜合保險，第三不在用工地，而到社保繳費基數較低的落後地區投保，成為用工單位節約社保成本的“幫手”。

（5）一些上市公司為了提高人均生產率。因為派遣工的工資可列支為費用，無需計入工資總額。因此，上市公司為了提高人均產值，通過使用派遣工，將分母做小，提高人均生產率，美化了公司業績，增強企業的融資能力。

（6）獲取專業化服務、減少事務工作、降低勞動關係處理風險。因為人力資源管理的政策性強，加上中國勞動用工、人事、社會保險等政策變化較快，企業自己難以把握政策的變化，尋求得到專業化機構的服務。利用勞動派遣機構人力資源的專業化管理服務，減少了行政性、事務性和非經常性人力資源的管理成本。希望獲得專業化服務的有大公司、也有小公司，尤其是在全國設立多個分支機構的跨地區經營的企業。

還有，近些年有關勞動關係領域的爭議總體上處於多發的態勢，企業通過使用勞務派遣工可以減少自己直接變成勞動爭議當事人的風險，從而減少這方面的“麻煩事”。

（7）降低招、用工風險。利用勞務派遣方式延長對員工的考察和甄選時間，以減少盲目用工的法律風險。實質是延長了“試用期”。這種趨勢在勞動合同法實施後變得尤為明顯。可能是由於勞動合同法推行無固定期限合同，嚴格解雇，

促使企業“謹慎用工”的原因。

(8) 解決企業跨區域發展問題。企業，尤其是外資企業在中國各地建立分支機構的過程中，各地用工量又不多，有的甚至在當地沒有設立正式機構，沒有合法用工權。另外各地勞動用工政策存在很大差異，政府各個部門辦事程式複雜，這些企業通過選擇“勞務派遣”來解決異地合法用工的問題。

(9) 獨立工礦區解決家屬與子女就業。很多獨立工礦區過去都有頂替父母在本企業就業的慣例，但後來由於用工制度改革，這種制度被取消了。但是，他們子女以及家屬就業問題仍然存在，因此，勞務派遣成爲過去的頂替制度的替代。

#### (四) 勞務派遣機構的情況及特點

1· 數量與分佈。因爲沒有正式統計資料，綜合各省彙報資料以及相關資訊，全國有各類勞務派遣機構應超兩萬家。所有的行政區都有勞務派遣企業。其中，東部沿海地區發展比較快，尤其像北京、上海、廣州、深圳等大城市。中西部相對較少。

2· 機構類型。一般將中國從事勞務派遣的機構（人力資源服務機構）分爲六大類。國有、外資、中外合資、民營、事業單位（人事系統、勞動系統、各部委下屬的事業單位）、行業專屬的派遣機構（外航、外交使領館，鑽井石油平臺）。這六類機構的特點分明。國有企業主要從事勞務派遣、人才代理、人才培訓等業務；外資企業主要業務是人才仲介、獵頭、諮詢、培訓；與外資合作或外資參股的本土企業，發展迅速，大多數由國外風險投資注入，有的甚至在國外股市上市，主要業務是網路招聘兼作勞務派遣、人事代理；事業單位的認識系統事業單位、勞動系統的事業單位以及各部委下屬的事業單位主要承擔一些政府的職能，業務主要是職業介紹、人事代理、勞務派遣、檔案管理；專屬的有三類。外航系統、外交系統、石油系統。具體來看：

第一類是經國務院及省級政府批准成立的外服系統的勞務派遣企業。經過三十年的發展，這些企業都成爲各地派遣業的龍頭老大。業務範圍也不再局限於外國企業駐華代表機構，還爲三資企業、國有企業、民營企業派遣員工。比如上海外服的 11648 家客戶中（其中派遣客戶 7611 家），包含大量的各類三資企業、國有企業、外資企業。

第二類是各級政府有關勞動保障和人事部門依託公共就業服務機構或人才交流服務機構成立的勞務派遣組織。上個世紀 90 年代後期，政府爲了解決國有企業改制出現的下崗失業問題，各級勞動保障部門開辦了一些勞務派遣組織。其中有的是營利性的，有的是非營利性的。還有各級人事部門開辦的勞務派遣組織，這類機構基本是營利性的，主要以專業技術人員、大中專畢業生爲服務物件。有的是事業單位也有的是企業建制；有的與人事部門脫鉤、有的還隸屬於人事部門。它們構成各地勞務派遣企業的主體。

這兩類機構都與各級政府的勞動與人事部門的政策推動分不開，至今與當地政府勞動保障和人事部門有很密切的關聯。且這兩類派遣機構在當地都是比較大的派遣機構。國有壟斷行業的勞務派遣人員絕大部分都是都由其派遣，管理相對比較規範，用工單位比較信賴，勞動者權益保護方面沒有出現大問題。

第三類是近幾年發展起來的民營派遣企業。可分為三類：一是從網路招聘、獵頭起步，後涉入派遣業。比如前程無憂、智聯招聘、易才等。二是 2002 年後，由於農民工短缺而引發的、以招工難為背景，在長、珠三角快速發展起來的、專為世界 500 強和一些優質的外資製造業提供員工招聘與派遣服務的民營派遣企業。比如，為蘇州工業園區製造業提供派遣服務的蘇州匯思、英格瑪、博爾捷等。三是僅有幾個人興辦的小規模派遣企業。《勞動合同法》實施後，這類企業在各地快速增多，且發展較快。

第四類是近幾年出現的外資與合資的派遣企業。隨著中國加入 WTO，國際上著名人力資源服務企業開始關注中國市場。比如：世界 500 強企業、全球排名前三位元的人力資源服務機構 Adecco(藝珂)、Manpower(萬寶盛華)、Randstad(任仕達)近幾年陸續進入中國，以合資或獨資形式加入這個行業。他們的特點主要以網路招聘、獵頭業務核心開展業務，最近，有的企業開始進入派遣領域。

此外專屬性派遣機構。主要有三種：一是為外國航空公司提供中國員工的外航系統的企業或事業單位，如成立於 1982 年北京外航服務公司。二是為外交使館、領事館等提供中國員工的外事系統的企業和事業單位，如成立於 1975 年裏屬於上海市人民政府外事辦公室的上海市外國機構服務處。三是為中外海上鑽井平臺提供中國員工的石油系統的企業事業單位，如 1982 年 5 月成立的中國南海石油聯合服務總公司。

其他政府部門興辦的勞務派遣公司。比如衛生系統的專為本系統派遣護士、醫師、後勤人員的派遣公司；宣傳系統專為本系統派遣記者、採編人員等的派遣公司。

還有，用人單位成立的勞務派遣組織。一些用人單位為安置本單位富餘人員，開辦的勞務派遣組織，既為本單位提供服務，也為社會提供服務。這類派遣公司屬於《勞動合同法》67 條禁止的自辦類派遣公司。隨著法律的進一步實施到位，這類公司逐步退出。

將上述各類派遣機構中，國有及國有控股、事業單位性質的派遣機構無論從數量還是從業務規模，都佔據派遣市場的絕大部分份額。目前，這兩種派遣機構主導著中國勞務派遣市場。

### 3· 機構設立程式及監管

勞動合同法實施之前，儘管沒有明確主管單位、及行政審批，各地都相應的創造了一些設立程式與管理方法。可以分三類，一是行政許可、二是備案制、三是沒有規定。如行政許可是北京、湖北、安徽；採取備案制是河北和新疆，其他省沒有明確規定。但是，勞動合同法出臺後，取消了前置的行政許可，只要滿足勞動合同法 57 條的要求，就可以成立派遣公司。因此，有前置許可的省大都取消了審批與備案。勞務派遣企業的監管方式與一般企業相同。

### 4· 服務費收取情況

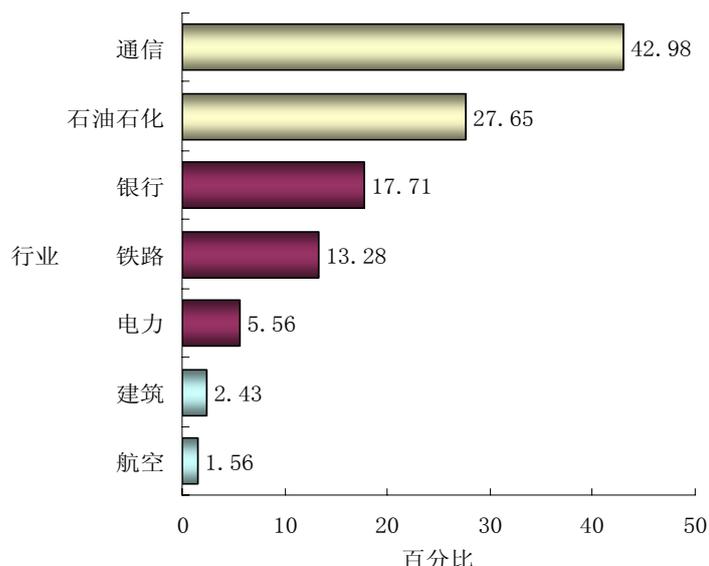
從服務費收取看，大致有兩種類型。一種是直接從用工單位收取 20—300 元不等的管理費，但大多數在 20—50 元之間；另外一種按所派遣員工的工資總

額的百分比收取管理費，大體在 3—5%之間。

### （五）用工單位的情況及特點

全國各行各業使用派遣工情況非常普遍，統計分類的 20 個行業和七類所有制單位都或多或少使用派遣工。除去外國使領館及外商代表處是國家硬性規定必須使用勞務派遣外，其他類型企業都是自主選擇。

江西省各行業勞務派遣人員的比例



用工單位使用勞務派遣情況從全國範圍看，呈現如下特點：

一是國有企業，尤其是規模較大的央企使用派遣員工的比例較高，成為派遣勞動力市場的最大用戶。比如，2008 年 3 月，通過與銀行、石油石化、通信、電力等四大行業的 21 戶中央企業座談。瞭解到 21 戶中央企業共使用勞務派遣 120.08 萬人，約占其全部用工總量的 17%。其中，通信行業使用勞務派遣工的比例已經達到 38.4%。

二是機關事業單位使用勞務派遣工情況比較普遍。比如，福建省 5724 家用工單位中，機關事業單位為 2380 家，占 41.5%；又據上海市人力資源和社會保障局的資料，上海機關事業單位大約使用 3.4 萬派遣身份的人員，占職工人數的 8%左右。

三是製造業使用派遣工的比例很高。這種情況主要集中在長三角、珠三角國有大型及外資製造業企業。比如，上海寶鋼集團冷紮車間 80%以上是派遣工。還有，分佈在上述地區的諾基亞、三星、松下、日立等外資優勢製造業都是用相當比例的勞務派遣工。上海市人社局提供資料表明，使用派遣工的單位數量製造業排在首位，達到 42%。

四是企業各類崗位都使用派遣工，一線崗位使用派遣工數量更多，亦不限於“三性”崗位。比如，分佈在用工企業一線銀行的前臺櫃員、製造業的技術工人、操作工，鐵路的列車員、航空公司的空乘人員，衛生系統的護士，宣傳系統記者、編采人員，機關事業單位的書記員、行政事務人員，市場上的行銷人員、店鋪營

業人員。其崗位性質大多都超越法律所規定的臨時性、輔助性、替代性規定。且用工期限呈現長期化趨勢，一般都超過兩、三年，有的長達十幾年。

五是用工單位主要集中在優勢國有、外資等優勢企業，民營企業使用勞務派遣情況不多。分析各類派遣公司的客戶群都會發現一個共同特點。其所服務的客戶，大都是優勢國有及著名的外資企業。很少有民營企業成為其所服務的客戶。這反映中國勞務派遣業務主要還是在勞動法律貫徹實施較好的國有企業以及知名的外資企業。

## （六）勞務派遣人員的情況及特點

應該說派遣員工包括各類就業人員，既有下崗失業人員、又有農民工、大學生。其分佈特點一是農民工主要分佈在製造業和一些低端服務業；二是大學生更多的分佈在現代服務業，即所謂白領比較集中的就業領域。

### 1· 勞動合同簽訂與社保繳費情況

在全國範圍內，絕大部分勞務派遣機構都與勞務派遣人員簽訂了勞動合同，與用人單位簽訂了勞務協定。並且，勞務派遣工的會保險繳費比例也很高。比如，根據福建省資料，該省勞務派遣員工勞動合同簽訂率與社會保險的繳費比例都達到 100%；重慶的勞務派遣簽訂率與社會保險的繳費比例也都達到了 100%。

### 2· 勞務派遣工所從事的崗位特點

大部分勞務派遣工主要分佈在用工單位的一線，例如銀行前臺服務員、通信外線服務工及營業員、加油工、鑄造、機械加工等，除此之外，就是用工單位的後勤輔助性工作。寶潔，保安等。在有些行業與用工單位的直接用工相比，派遣員工的崗位大部分屬於苦、髒、累、險的崗位。比如，鋼鐵廠的爐前工、煤炭企業的井下採掘工等。

### 3· 派遣工的勞動合同期限與工作年限特點

從勞動合同期限看，大部分按照法律簽訂了兩年以上固定期限合同，但是，也由有相當一部分勞務派遣機構與勞動者簽訂了 1 年的勞動合同，沒有達到勞動合同法規定的最低 2 年合同期限的要求。以天津市為例，3 個月至 1 年的合同占到了勞動派遣合同總數的 50%。

從派遣工工作年限看，勞務派遣人員在勞務派遣崗位的年限長短不一，較長已超過十年，按照法律規定該簽無固定期限合同，較短一兩年。普遍在 2—5 年之間。

### 4· 派遣工的勞動報酬和福利待遇情況及特點

根據派遣工的工作崗位所在行業，勞動報酬有一定差距。其中，電力、銀行、通信等行業相對較高，一般在 1000—3000 元。建築業的工資相對較低，平均在 600—1500 元，但總體基本上高於當地最低工資標準。與企業從事相同崗位的直接用工職工相比，勞務派遣員工的勞動報酬與福利水準明顯較低。尤其是在一些壟斷國企和機關事業單位，長期以來對編制內人員和編制外人員實行不同的工資制度和體系，派遣員工與正式員工的工資差距更大。從全國平均水準來看，派遣員工比企業直接用工的工資水準低 20—50%。另外，在獎金、補貼等方面兩類

員工的差距也很大。

#### 5· 派遣工的工資支付情況及特點

從派遣員工的工資支付方式和管道來看，一般由派遣單位直接以現金或銀行卡的方式向勞動者支付，但也有一些派遣單位委託用工單位向勞動者支付，基本上能夠做到月清月結，拖欠派遣勞動者工資現象非常少見。

### 三、中國勞務派遣用工方式面臨的新問題

#### (一)《勞動合同法》實施過程中遇到的新問題

##### 1· 關於勞務派遣的適用範圍問題

關於勞務派遣適用的行業範圍，《勞動合同法》六十六條規定勞務派遣一般應限定在臨時性、輔助性或者替代性的工作崗位。對這一條款的理解分歧較大。但是從法律用語分析，該條款屬於宣導性規定。因為法律沒有使用代表強制規範的“應當”與“必須”用語。

調研證實，全國各地超“三性”使用派遣工現象不僅在《勞動合同法》頒佈前廣泛存在，即使在《勞動合同法》實施後也沒有多大改觀。

鑒於中國絕大部分的派遣屬於勞動關係管理型派遣，致使勞務派遣工大多數並沒有在法律所規定的“三性”崗位工作的現實。因此，很多地方反映對此不宜作進一步細化。

同時，立法者也必須反思，法律與所要規範的現實距離太遠，即使法律規定了，也沒有實施的條件，這樣一方面造成立法資源的浪費，另一方面也影響到法律的尊嚴。

##### 2· 關於是否適用無固定期限勞動合同的問題

《勞動合同法》五十八條儘管明確規定了勞務派遣機構應當與被派遣勞動者簽訂的兩年以上固定勞動合同。但是，勞務派遣用工是否適用第十四條有關簽訂無固定期限合同的規定這一點，無論在理解還是應用上都存在很大的分歧。更緊迫的是有關簽訂兩次固定期限合同，就要簽無固定期限的問題馬上要大批來臨，因為2008年1月1日欽定的兩年固定期限合同期限即將於2009年12月31日屆滿。如果法律不予明確，可能會面臨大量相關勞動爭議。因此，應儘快探討能否進一步明確勞務派遣機構不適用無固定期限勞動合同的法律規定。

##### 3· 必須簽訂兩年以上固定期限合同條款帶來的問題

《勞動合同法》規定勞務派遣機構與被派遣勞動者必須簽訂兩年以上的固定期限。對此，各地反映實施這一條款遇到五方面的問題。一是大多數派遣機構不具備在不同企業之間調配勞動力的能力，將合同期限強壓給用工單位；二是勞動者在不同企業之間移動需要支付諸如搬遷、交通費等移動成本，即使是派遣勞動者在不同企業間頻繁移動不現實，不單如此，勞動者在不同類型企業間移動還會遇到自身能力、知識及技能結構的限制；三是退回員工與企業協商不一致，不服從安置，能否因此解除合同，經濟補償金如何支付等缺乏配套的詳細規定；四是

社保繳費負擔重。因中國大多數地區的社會保險繳費基數是每年的4月調整一次，此前均要按上年度月平均工資確定，因此，即使被退回員工在無工作期間給其支付最低工資，社會保險還要按原基數繳納，造成社會保險費和工資的倒掛；五是影響臨聘勞動力市場。如果將勞務派遣分為登記型和常雇型的話，中國的兩年以上固定期限合同應屬於登記型派遣，因國外的常雇型派遣是無固定期限合同，對登記型派遣限制必須前兩年以上合同，致使勞務派遣無法參與臨聘勞動力市場，這與國際上勞務派遣促進靈活就業的一般規律不符，不利於擴大就業。六是實踐證明很少有員工被退回後，在派遣機構等著拿最低工資。因最低工資不可能滿足其在城市的生活必需。又即使有待在派遣公司拿最低工資的例子，派遣公司會想法設法讓其離開。如讓該勞動者參加自己不喜歡的培訓、不願意幹的工作等。

4·勞務派遣的“無前置許可”與《就業促進法》規定的職業介紹行政許可相矛盾問題顯現

職業介紹是中國現階段勞務派遣機構必不可少的一項業務，甚至有些派遣機構將職業介紹活動作為主營業務。但是，根據勞動合同的規定，勞務派遣是不需要前置審批，使得一些新設立的派遣企業不經任何許可，主要從事職業仲介業務。完全脫離了《就業促進法》第四十條有關職業介紹機構行政許可的規定，長此以往，職業介紹行政許可制度就會被架空。

5·工會費用提取問題須明確

《勞動合同法》第六十四條明確了派遣工既可以參加用工單位，也可以參加用工單位工會的權利。但是，勞務派遣工資發放較複雜，有的由用人單位發放，有的由用工單位發放，又加之工會會費的提取與工資總額密切相關。因此，2%的工會經費由哪一方支付，缺乏具體規定，現實中很難操作。<sup>17</sup>

6·被派遣勞動者能否適用本法三十七條行使單方解除權問題

《勞動合同法》第六十五條規定被派遣勞動者可以依照本法第三十六條、第三十八條的規定與勞務派遣單位解除合同。法律沒有提及被派遣勞動者是否可以根據本法第三十七條提前三十天預告的單方勞動合同解除權。三十七條事關勞動者擇業自由權，應是一項基本辭職權制度，即使是勞務派遣勞動關係也不應當剝奪勞動者這一基本權利。

7·用工單位可否使用本法第四十條第三項退回被派遣勞動者問題

《勞動合同法》第六十五條明確了用工單位退回被派遣勞動者的法定情形。但是，沒有提及第四十條第三項“勞動合同訂立時所依據情況發生變化，致使勞動合同無法履行”能否用於退回被派遣勞動者。但現實中，尤其金融危機的影響，企業沒有生產訂單（客觀情況的變化），退回被派遣員工的情形多發，由此

---

17 全國總工會 2009 年 4 月發佈《關於組織勞務派遣工加入工會的規定》要求，勞務派遣工的工會經費應由用工單位按勞務派遣工工資總額的百分之二提取並撥付勞務派遣單位工會，屬於應上繳上級工會的經費，由勞務派遣單位工會按規定比例上繳。用工單位工會接受委託管理勞務派遣工會會員的，工會經費留用部分由用工單位工會使用或由勞務派遣單位工會和用工單位工會協商確定。

引發的糾紛逐漸增多。對這種新變化，法律應考慮予以明確。

#### 8·關於對“自派”的界定

《勞動合同法》第六十七條和《實施條例》第二十八條都規定，單位不得自設勞務派遣公司並向所屬單位派遣勞務。地方人士認為，立法規範的是具有贏利性質的勞務公司。但部分國有大型企業集團中長期來因產業結構調整與再就業工作的需要，為積極消化、妥善分流業內富餘人員，在行業、集團內部設立一個或多個勞務派遣公司，目前仍在發揮一定的積極作用。建議對於這類派遣公司不列入限制範圍。

#### 9·關於勞務派遣機構的設立審批和監管問題

鑒於勞務派遣機構的特殊性，各地都提出如何對勞務派遣機構進行前置許可問題。但是，現實是《勞動合同法》沒有允許設置前置許可。因此，設置前置許可已經失去了法律依據。下一步應該探索新的監管方式。比如，要求勞務派遣機構與用工單位分別進行報備制度。

#### 10·關於勞務派遣機構的兼營問題

涉及兩個問題。一是政府人事與勞動部門人才、職業仲介機構兼營勞務派遣的問題。<sup>18</sup>這類機構怎樣適用《勞動合同法》與《就業促進法》應該明確。二是勞務派遣機構多兼營相關業務<sup>19</sup>，今後是否允許兼營，允許兼營哪些業務，如何管理有待明確。這不僅關係《勞動合同法》的實施，也是《人力資源市場管理條例》立法中要探討和銜接的問題之一。

### (二) 勞務派遣的一些新動向

#### 1·“假外包，真派遣”有增多的傾向

《勞動合同法》頒佈實施前後，有些用工單位就開始利用外包方式規避勞動合同法對勞務派遣的規制，這種方式就是用工單位將一些業務外包給派遣公司，由派遣公司組織人員到用工單位工作。這種方式實質是“假外包，真派遣”。這種操作由於原用工單位擺脫用人責任，規避了《勞動合同法》有關勞務派遣的相關規定，但一旦出現職工權益保障問題，承接外包業務的派遣公司承擔責任能力有限時，將使職工權益難以得到保障落實。這種利用業務外包規避《勞動合同法》有關對勞務派遣規定的做法還有繼續擴大之趨勢。

#### 2·部分國有企業和外資企業的勞務派遣用工有主流化傾向

調研發現，一些國有企業及外資企業將勞務派遣作為主要用工形式，其中很多企業近幾年很少招用直接雇員。例如，河北唐山機場除了高層管理人員外，其他所有員工都使用勞務派遣工，勞務派遣工占全部用工總量的 90%；中國移動秦皇島分公司和唐山分公司派遣用工占其用工總量的 78%。

再看一些外資企業。廣東亨氏聯合有限公司派遣工的比例為 62.5%；廣東小

18 部分行政部門或其附屬機構直接經營勞動派遣業，形成國有勞動派遣機構，這些機構大多與行政機構有著千絲萬縷的關係，甚至，行政機構從中提取相應的利潤。這些機構以勞動保障部門、人事部門、公安部門為典型，直接或簡捷經辦勞動派遣機構，有些國有勞動派遣機構利用行政公力資源，強行推行勞動派遣，甚至以擴大就業之名，行謀取部門利益之實。

19 大多數派遣公司都兼營人事代理、職業介紹，外包等與人力資源服務業有關的業務。

康之家商業有限公司是家電子商務公司，除了總經理以外，所有的員工都是派遣工；東莞諾基亞所使用派遣工達到總員工數的 50%；上海秀仕觀光會務有限公司派遣工占總員工數的 95%；妮維雅（上海）有限公司也超過了 80%。

### 3· 國有企業內部形成直接雇工與派遣工的“新二元”結構

中國很多國有企業在勞動用工管理上仍存在所謂的正式工、臨時工的身份界限。國有企業普遍認為只有長期用工屬於“國有在冊”（身份）職工，短期用工和臨時用工不屬於“國有在冊職工”。如中石油除有“國有身份”職工外，還有外聘社會用工（所謂臨時工）30.5 萬人，占其正式用工總數的 22.05%。正式工與臨時工在用工機制和工資待遇上差別很大。企業很難與正式工終止勞動合同，而臨時工用工則較為靈活，企業可以根據需要決定使用與否；正式工的工資待遇能升不能降，與勞動力市場價格嚴重脫節。

因此，勞務派遣成爲矯正工資偏離正常價位、降低人工成本的手段。一些企業將原來的臨時工都轉爲派遣工。但是，過度依賴勞務派遣對現行制度進行糾正，導致勞務派遣工與用工單位正式工之間的福利待遇差距明顯，在國有企業內部形成了以派遣身份爲特點的新的二元制分割。一些用工企業對派遣員工和正式工採用不同的工資結構，相同崗位的派遣員工與正式工的收入差距比較大。還有一些企業爲了規避同工同酬的規定，將派遣員工和正式工分派在不同的崗位上。勞務派遣員工集中在低端崗位上，使得用工單位無需再考慮企業薪酬的內部公平性，而完全根據所謂的市場價位來確定勞務派遣員工的工資。使派遣工無法找到攀比的物件。派遣員工的工資和福利水準、增長的幅度和速度都遠低於用工單位的直接雇員，加劇了直接用工與派遣員工之間的分化。比如，在河北秦皇島市，通信、銀行、石油、電力、冶金等五大行業勞務派遣員工的平均工資在每月 900—1500 元之間，而這些企業的直接雇員的工資一般在 2500—3500 元之間。

### 4· 大型國有企業派遣工沒有歸屬感、對前途失去信心

一些優勢國有企業的勞務派遣工反映，一方面很榮幸通過派遣方式能進入較好的國有大企業，另一方面隨著在企業年限的增加，處處感到與“正式工”的差異，尤其，無論怎麼幹，都沒有轉正的機會，更沒有職業上升的管道，看不到希望，有種被排除在體制之外之感。使他們感到自己永遠就是個派遣工，派遣工變成一種職場“身份標籤”。

### 5· 部分地區新辦勞務派遣企業數量快速增多，混業經營情況嚴重

《勞動合同法》頒佈實施前後，各地勞務派遣企業數量都有不同程度的增長。以廣東省東莞爲例。東莞市在 2008 年以前有勞務派遣公司 22 家，2008 年新增加了勞務派遣公司 51 家，2009 年 5 月底前又增加了 24 家，預計 2009 年成立的勞務派遣企業數量將超過 2008 年。

這些派遣企業大多數爲混業經營。東莞市註冊成立的 97 家勞務派遣企業中，只有 28 家同時從事與企業管理諮詢、人力資源管理諮詢以及職業介紹相關的業務；2008 年以後有 44 家新建企業專門從事勞務派遣業務；兼業企業的經營十分範圍複雜，從日用品銷售、房地產仲介，到婚姻介紹和個人形象設計，與勞

務派遣業務相差甚遠。有的企業甚至沒有固定的經營場所，東莞市勞動部門按照派遣企業在工商部門登記的地址，竟然無法找到一些派遣機構。

#### 6· 用工單位普遍反映勞務派遣企業專業化水準低，提供的服務有限

很多勞務派遣企業只是形式上的雇主，其職責是簽訂勞動合同，以及依照用工企業提供的工資單、社會保險繳費清單來發放工資和繳納社會保險等程式性工作，而招聘、技能培訓和勞動關係管理的實體性工作仍然由用工單位承擔。

多數派遣企業對派遣員工的管理比較鬆散，派駐用工企業的管理人員少，或者根本沒有派駐人員，無法對派遣員工進行有效管理，因此派遣員工對派遣企業認同感低。我們訪談的派遣員工大多認為自己是用工企業的員工，而不是派遣企業的員工。

#### 7· 勞務派遣價值更多體現在規避無固定期限勞動合同和試用型派遣

《勞動合同法》對勞務派遣的定位是提供用工數量靈活性，減少摩擦失業，但是目前勞務派遣在這方面發揮的作用十分有限。多數派遣企業均不接受臨時性和替代性派遣業務，而且不接受因為用工單位生產或季節因素的波動導致的退工。因為《勞動合同法》規定的勞務派遣公司必須要和被派遣勞動者簽兩年以上的固定期限合同，但是，實際情況是派遣公司根本無力承擔這一勞動合同期限，基本都將勞動合同期限轉嫁給用工單位。因此，對於用工單位來說，勞務派遣價值更多體現在規避無固定期限勞動合同和試用型派遣。

儘管《勞動合同法》規定了試用期制度，但是鑒於目前勞動關係管理難度加大，一些企業通過勞務派遣的方式來延長對員工的考察和甄選時間。在調查企業中，有幾家外資企業不再直接招用員工，而是先使用勞務派遣工。派遣工在工作一段時間（1—3年）後，通過考核才能轉為直接雇員。

#### 8· 異地派遣給勞動監察和勞動爭議處理帶來新的挑戰

目前，全國各地，尤其是東部沿海發達地區的一些企業大量使用異地派遣員工。所謂異地派遣就是派遣企業註冊地與用工單位所在地不在同一城市，甚至不在同一個省，派遣企業將員工派到用工單位工作的行為。這種方式的派遣帶來很多問題，其中較突出的就是，用工當地的勞動行政部門對設在異地的勞務派遣單位無從瞭解，不僅很難進行事前的監督和管理。而且，一旦發生勞動爭議，被派遣勞動者權益受損害，如果異地派遣機構不配合，不參與勞動爭議處理，勞動仲裁部門難以送達仲裁文書，找不到雇主，增加了勞動爭議處理的難度。

#### 9· 一些企業設立了勞務派遣工“轉正”新機制

河北秦皇島、唐山也發現了一些積極變化，即有些過去在生產一線大量使用派遣工的企業，勞動合同法頒佈後，開始嘗試建立一項將派遣工轉為企業直接雇用員工的新制度。原因是通過這幾年使用派遣工，企業發現有些製造業一線的崗位，由於使用派遣工數量太多，造成職工隊伍不穩定，離職率過高，員工對企業沒有忠誠心等新問題。因此，有些企業開始探索將勞務派遣工“轉正”的新機制。

#### 10· 勞動和人事部門所辦派遣機構還沒有完全退出

按照《勞動合同法》、《就業促進法》的要求，政府公共就業服務機構不得從

事營利性活動。在 2008 年前後，有的地方已經將勞務派遣企業與公共就業服務機構相剝離，有還在繼續經營。如何解決這一問題，迄今為止還沒有一個很好的指導辦法。

#### 11· 派遣工權益保障方面存在問題

總體派遣員工的權利保障情況比較好，問題主要在於：一是同工不同酬問題在國有企業問題比較突出。相對於國有企業正式職工勞動報酬偏低（相對於外部一般企業又略高），有的甚至相差 50% 以上；相對於國有企業，外資企業的派遣工與本企業直接雇用員工基本做到同工同酬，但是，在福利待遇上存在一些差距；二是儘管社會保險繳納比率比較高，但是，繳費基數偏低以及到相對較落後地區投保問題突出。三是儘管沒有全國情況統計情況，還有相當數量的勞務派遣工沒有加入工會。據上海市總工會調查，44.9% 的勞務工加入實際工作單位的工會組織，17.2% 的勞務工加入勞務派遣機構的工會組織，還有 2.8% 的勞務工加入戶籍所在地的工會組織，尚有 35.1% 的勞務工沒有加入工會組織。

### 四、規範思路與政策建議

#### （一）進一步規範勞務派遣的基本思路與原則

一是兼顧勞動力市場靈活性與維護職工權益的基本平衡，處理好兩者關係應是政府政策追求的目標。

二是將堅持直接雇用為主，鼓勵企業採取直接、長期雇用方式。防止以勞務派遣方式替代正規雇用，將勞務派遣比例控制在合理的範圍。逐步解決國有企業有些行業勞務派遣用工比例過高問題。為解決這一問題政府積極探索國有企業用工管理制度的進一步改革問題。

三是嚴禁勞務派遣機構和接受派遣單位以人任何名目向勞動者收取任何費用。

#### （二）政策建議

一是建議實行勞務派遣單位用工情況報備制度。

中國儘管沒有明確勞務派遣的行政監管部門，但是，實際上約定俗成地落到勞動行政主管部門。現實是勞動行政部門不僅沒有任何監管服務手段，就連最基本的資訊都無法掌握。為了解決這一問題。最有效的辦法是行政許可和備案制度。但是，《勞動合同法》已經否定了行政許可。現在僅剩下備案制度可以考慮。

通過報備制度對勞務派遣以及用工單位加以監管的方式，在國外是比較常見的一種監管手段。比如，《德國勞務派遣法》第 8 條就規定了定期報備的制度。規定勞務派遣機構必須每半年向審批機關作一次統計報表，包括被派遣勞動者的基本情況、派遣員工的次數，用工單位的數量等情況。

因此，為了掌握資訊，做好監管與服務，建議建立勞務派遣單位用工情況報備制度。即要求派遣機構將派遣勞動者的人數、性別、年齡、教育程度以及用

工單位的行業類別及所在地等相關情況向勞動行政部門進行報備。目的是建立勞務派遣相關統計資料，有效掌握國內派遣勞動的發展狀況，從而可以與時俱進地對派遣業務進行相關的法律調整、監管與規制。

二是建立有關勞務派遣用工形式的統計制度。《勞動合同法》正式認可了勞務派遣。勞務派遣作為一種用工方式業已廣泛存在。但國家勞動用工統計制度裏還沒有勞務派遣的相關統計指標，致使政府部門很難掌握這種就業形式的具體數量、規模。因此，建議國家統計局儘快將勞務派遣用工方式納入國家正式就業統計制度中，儘快建立有關勞務派遣用工的統計標準。

三是鼓勵用工單位與派遣勞動者在適當時機建立長期穩定的勞動關係。當被派遣的勞動者與接受派遣單位達成一致，自願直接建立勞動關係時，勞務派遣機構應當與被派遣的勞動者即行解除勞動關係，不得設置任何障礙。提供盡可能的便利促成用工單位與被派遣勞動者直接簽訂勞動合同，建立長期穩定的勞動關係。

四是建議對“三性”暫不做進一步明確。

在市場經濟發達國家。勞務派遣的功能是提供用工靈活性，促進勞動力市場資源配置，減少摩擦失業；中國《勞動合同法》對勞務派遣的定位也是如此。但是，這種立法定位與目前勞務派遣的實際情況還有較大的差距。

勞務派遣用工從對勞務派遣服務的需求方來看，解決勞動關係歸屬的需求將長期存在，國有企業、事業單位和機關，以及外企面臨的硬性編制問題在短期內難以突破。此外，由於國有企業用工改革不到位，國有企業員工仍然能進不能出，工資收入有具有剛性，導致國有企業需要利用勞務派遣來解決用人靈活性，以及人工成本市場化的狀況在短期內很難解決。

從勞務派遣服務提供方來看，根據《勞動合同法》的規定，派遣機構必須與派遣員工簽訂兩年以上勞動合同，如果立法進一步明確規定勞務派遣必須用於“臨時性、替代性和輔助性”的崗位，那麼就意味著派遣企業必須具有搜尋和組合派遣任務和派遣員工的能力，即尋找適用於不同崗位的技能人才，並根據不同行業和不同企業對派遣員工的需求在時間上的互補性，在一定的地域範圍內進行派遣任務和派遣員工的匹配。在中國目前勞動力市場供大於求、勞務派遣市場發展尚處於初級階段的情況下，絕大多數派遣公司不具備這種配置能力。

因此，建議在相關規定中暫不對“三性”作進一步明確。

五是統一公共就業服務體系，保障經費，儘快剝離公共就業服務機構的經營性業務。公共就業服務的公益性以及中國現階段就業形勢的嚴峻性和複雜性，決定了公共就業服務體系建設與完善的重要性。因此，建議進一步落實《就業促進法》的有關規定，加大對公共就業服務機構的財政支援力度，保障公共就業服務經費，並進一步分離公共就業服務職能和經營性服務，將以便公共就業服務機構的工作重心轉移到公益性就業服務上來。建議相關規定中，明確政府的公共就業服務機構退出的具體辦法。

六是鼓勵行業協會的發展，加強行業自律。目前一些地方已經建立了行業協

會，但是這些協會覆蓋面窄，對會員還缺乏有效的指導和約束。各方建議由政府推動勞務派遣行業協會的建設，作為加強行業自律、提升行業管理水準和分享經驗的平臺。可以考慮在行業准入、服務標準、規範運作、退出等環節加強協會的作用。例如，有人建議派遣企業協會根據經營場地、管理人員數量和資質等條件對派遣企業進行等級評定，利用市場機制來淘汰管理不規範和服務水準低的派遣企業。此外，派遣協會可以在事前風險評估，以及與用工企業之間的責任劃分方面加強對派遣企業的指導。

七是規定對派遣企業管理人員數量和資質的要求。現行勞務派遣機構提供的服務有限、水準不高。造成這種局面的主要原因之一就是有一些派遣機構不具備相應的、懂人力資源管理服務的專業人員。因此建議有關規定應對派遣企業從業人員的專業素質，以及具備專業知識人員的數量有明確要求。

### 主要參考文獻：

- 1· 黃越欽：《勞動法新論》，中國政法大學出版社 2003 年版。
- 2· 董保華、薛孝東：《論勞動力派遣》，法律出版社 2006 年版。
- 3· 丁薛祥主編：《人才派遣理論、規範與實務》，法律出版社 2006 年版
- 4· 田思路、賈秀芬：《契約勞動的研究——日本的理論與實踐》，法律出版社 2007 年版。
- 5· 林曉雲等編著：《美國勞動僱傭法》，法律出版社 2007 年版。
- 6· 呂琳：《關於勞務派遣的法律思考》，載《2005 年中國勞動法學研究會論文彙編》。
- 7· 成之約：《淺論派遣勞動及其對勞資關係的影響》，載《就業訓練》1998 年第 16 卷第 6 期。
- 8· 成之約：《淺論“非典型雇用關係”工作型態的發展與影響》，載《勞工行政》1999 年第 139 期。
- 9· 王全興、侯玲玲：《勞動合同關係雙層運行的法律思考》，載《中國勞動》2004 年第 4 期。
- 10· 黃昆，王全興：《西方國家對勞動派遣放鬆規制的背景及其啓示》。
- 11· 鄭愛青：《法國對勞動力派遣行為的規範及其對中國立法的啓示》，載林嘉主編：《社會法評論(第二卷)》，中國政法大學出版社 2007 年 4 月版。
- 12· 邱駿彥：《勞工派遣法制之研究——以日本勞工派遣法為例》，載《輔仁法學》2000 年第 19 期。