

國立政治大學勞工研究所

碩士學位論文

中國大陸跨地區勞務派遣之研究



指導教授：黃程貫 博士

研究生：潘發鑾

中華民國 一百零三 年 九 月

## 謝辭

記得三年前申請來台就學時，每位碩博士班申請者都被要求檢附一份研究計劃書。在周長征老師的建議之下，我把研究計劃書的主題確定為勞務派遣。之後成功入讀政治大學勞工研究所，我便忘了初心，把研究的精力廣泛投放到有關勞動法的各個議題之下。

豈料到計劃撰寫碩士論文時，黃程貫老師又建議我寫有關勞務派遣的題目，讓我覺得自己早已跟這個議題結下不淺的緣分。惟有緣分，才讓我重新檢視當初來台的研究目的；亦因為緣分，才能讓我在台學習過程中認識到諸位師長、同學，並從其身上汲取成長所需的營養。我感謝那股冥冥中的力量，是它使我與這片土地還有這邊土地上生活的人們相結緣。

在修讀學位的過程中，我最感謝的是我的指導教授黃程貫老師。老師之於我，就相當於 GPS 之於在海上航行的帆船。當我在勞動法的海洋中陷入謎思之時，老師總能準確地把我的位置定位出來，並給我指明所要繼續前進的方向。沒有他的耐心指導，這篇論文就無法成就。其次，我還要特別感謝王能君老師，沒有嫌棄我這個旁聽生在他的課堂上大放厥詞，還毫不諱言地批評我學理上的紕漏，使我在不停地檢視自己的過程中得到進步。對於我這種器淺易盈的人而言，每一個認真的批評都是我的財富。再者要感謝王惠玲老師，她在研一開設的勞動法學磨練了我寫作論文的能力，為日後的我撰寫碩士論文奠定了深厚的基礎。此外，我還要感謝林良榮老師、林佳和老師、潘世偉老師等師長在學習上給我的指導，他們使我在台灣三年的學習獲益良多。

在台灣期間除了緊張的學習，還有生活的部分，而這部分我還要感謝很多人。感謝隆哥、黃總、大師讓我在台灣收穫了最珍貴的兄弟情誼。感謝司法考試讀書

會的子欣、愷哥、星哥、科瑞大大、儉忠、子敬、佩漩、翊婷，沒有你們的陪伴我的司法考試很可能不會順利通過。感謝怡微姐、源妹和奇哥，跟你們相處時間不長，但每次聚餐總是笑料迭出讓人深深懷念。還要感謝諸多在台灣認識的同學、學弟妹、朋友，讓我在台灣生活以及寫作論文的過程中不至於形單影隻。

最後要感謝我的爸爸媽媽，一路支持我在台灣念書，沒有他們的默默付出，也不會有我，更不會有我的論文出現。

2014年9月21日

誌於國立政治大學中正圖書館



## 摘要

本文所主要介紹的是中國大陸跨地區勞務派遣的相關內容，包括其產生時的勞動市場發展背景、勞務派遣在中國大陸的發展以及跨地區勞務派遣的規範要件分析。

1949 年中共建制之後，中國大陸的勞動市場曾經有一段短暫的存在時間。但隨著社會主義改造的推進，中國大陸逐漸推行「統包統配」的就業制度，勞動市場存在的基礎逐漸消滅。到文化大革命時期，固定工制度得到進一步強化，勞動市場因此消失。直到改革開放之後，「統包統配」的就業制度逐漸瓦解，勞動市場才逐漸復興。而戶籍制度與糧油制度的脫鉤，使得人力的流動成為可能，推動了勞動市場的進一步發展。自中共十四屆三中全會確立「社會主義市場經濟」的目標以來，勞動力市場的合法地位得到確認，而與勞動力市場相適應的勞務派遣也隨著時代的要求應運而生，從而使跨地區勞務派遣的出現有了制度的基礎。

中國大陸的勞務派遣，其出現的原因並非由於勞動市場的需要。改革開放初期的 1980 年代，外商紛紛進入中國大陸謀求投資的機會，因此而設立的外商代表處產生了用人的需要，但當時的法令並不承認他們的雇主資格。為了滿足外商用人的需要，同時又兼顧到他們無法成為雇主的狀況，大陸地方政府設立對外服務機構，以勞務派遣的形式為外商用人提供方便。勞務派遣因此產生。到 1990 年代末，國企工人下崗造成嚴重的就業問題，地方政府採納勞務派遣作為解決國企工人再就業問題的一個工具。一些勞動力比較充裕的地方也發現可以將勞務派遣作為勞務輸出的新形式而使用。在市場化、法制化的條件下，用工單位和派遣單位發現勞務派遣有利可圖的一面，紛紛採用之而推動勞務派遣的繁榮。

跨地區勞務派遣發展受到立法者的關注，於是在 2008 年施行的勞動合同法

中的第 61 條就被跨地區派遣的勞動者所享有的勞動報酬和勞動條件做了相應的規定。然而實踐中因跨地區勞務派遣產生的問題多集中在社會保險方面，顯示出第 61 條存在保障不周的問題。人力資源和社會保障部頒布的「勞務派遣暫行規定」試圖解決這一問題。通過對跨地區勞務派遣制度的規範分析，可以了解勞動報酬和勞動條件的標準實際為地方標準，而以用工單位所在地的標準來確定被派遣勞動者的勞動報酬、勞動條件以及社會保險的標準意義重大。當存在無效派遣的情形時，用工單位將可能成為被派遣勞動者的用人單位而承擔相應的責任。

關鍵字：



# 目錄

<b>第一章 緒論</b> .....	1
第一節 研究動機.....	1
第二節 文獻回顧.....	3
第三節 研究範圍、限制與研究方法.....	4
第一項 研究範圍及限制.....	4
第二項 研究方法.....	5
第四節 概念辨析.....	6
第五節 本文架構.....	6
<b>第二章 中國大陸勞動市場之形成與發展——以人員之流動狀況為視角</b> .....	8
第一節 改革開放前中國大陸之勞動市場概況（1949-1977）.....	9
第二節 改革開放後至中共十四屆三中全會前之勞動市場概況（1978-1992） .....	14
第一項 農村勞動力之流動狀況.....	15
第二項 城市勞動力之流動狀況.....	21
第三項 小結.....	26
第三節 中共十四屆三中全會至今之勞動市場概況（1993 年至今）.....	28
第一項 農村勞動力之流動狀況.....	30
第二項 城市勞動力之流動狀況.....	36
第三項 小結.....	40
<b>第三章 中國大陸勞務派遣制度之出現與發展</b> .....	42

第一節	為解決外商代表處用工問題而產生之勞務派遣.....	42
第二節	國企改革、再就業與勞務派遣的發展.....	45
第三節	促進農村勞動力轉移的勞務派遣.....	49
第四節	市場化、法制化下的勞務派遣.....	52
第一項	用工單位採用勞務派遣的原因.....	53
第二項	派遣單位從事勞務派遣業務的原因.....	55
第三項	被派遣勞動者接受勞務派遣的原因.....	56
第四項	現實中勞務派遣之問題與勞動合同的修正.....	57
第五節	勞動合同中的勞務派遣.....	58
第一項	用工單位的法定權利、義務與法律責任.....	59
第二項	派遣單位的法定權利、義務與法律責任.....	61
第三項	被派遣勞動者的法定權利.....	62
<b>第四章</b>	<b>跨地區勞務派遣制度之分析.....</b>	<b>64</b>
第一節	跨地區勞務派遣的成因及其出現的問題.....	64
第一項	跨地區勞務派遣的出現及原因.....	64
第二項	跨地區勞務派遣的法律規制及其問題.....	66
第三項	勞動合同之修法與跨地區勞務派遣.....	68
第二節	跨地區勞務派遣的規範要件分析.....	72
第一項	「跨地區」定義之探討.....	73
第二項	「勞動報酬」及「勞動條件」的認定.....	76
第三項	「按照用工單位所在地的規定」的意義.....	81
第四項	被跨地區派遣之勞動者的團結權問題.....	86

第五項 無效派遣對跨地區勞務派遣的影響.....	92
<b>第五章 結論.....</b>	<b>95</b>
參考文獻資料（依作者姓氏筆劃排列）.....	98
附錄：相關法律法規、行政命令.....	111





# 第一章 緒論

## 第一節 研究動機

所謂「勞動法」者，從法益保護之目的看，即便有規範政府、雇主行為之內容，所著眼之處仍為如何保護勞工。若勞工與雇主為力量平等之主體，則又為何強調對勞工的保護？由此可見，勞動法的預設即與民法的預設不同，它是基於勞工相對於雇主處於較弱勢之力量的觀察而得以發展，從而推演出一系列民法所無之雇主對勞工的保護照顧義務。勞動法自誕生至今，雖然社會、經濟、政治條件皆有變動，但勞工相對於雇主處於弱勢地位的觀察仍然沒有變化。亦因此勞動法得以發展至今，而不斷地開拓出新的討論空間。

然而，法秩序要依循社會的發展而調整，勞動法也不能一成不變。基於保護勞動者的價值目標，勞動法必須因應社會條件的變遷作出一定的回答。而當下，非典型勞動的浪潮不斷衝擊著傳統的勞動法制度，以勞務派遣(又稱「勞動派遣」)為例，其三方的法律關係構造已經是對勞資雙方之二元關係的突破。各國政府從一開始的絕對禁止，到不得不承認其存在的價值並作出相應的規制辦法，期間經歷了漫長的探索過程。姑且不論勞務派遣之利弊得失，就勞務派遣的發展歷程來看，無疑是向世人宣示：既存的勞動法制並非唯一選擇。

面對勞務派遣所提出的主張，傳統的勞動法應該如何回應？是舊瓶新酒，竭力將其納入原有的制度安排下，用既有的法理來解釋其中的法律關係；抑或求同存異，創造出新的解釋體系，使得傳統的勞動法制得以開闢新領域？解答這些問題並不容易，但只要勞動者的相對弱勢地位沒有改變，那麼勞動法的制度安排都應該以矯正勞資力量失衡的目標前進。以這個目標去檢視現有的實務、學說見解，

孰優孰劣則會越辯越明。就目前而言，已經有許多用既有的學理闡釋勞務派遣各方當事人的權利義務關係的文獻，因此本文並不打算贅述其三方權利義務關係。而是描述出勞務派遣的產生原因後，再檢視勞動法的制度設計是如何對應這些問題作出安排，並探討這些安排的成敗得失。

勞務派遣的採用，有論者稱是雇主基於靈活用工的需要，亦用論者認為是雇主為降低勞動力成本的需要。不過，靈活用工也好降低勞動力成本也罷，都反映出勞務派遣與勞動市場的深刻聯繫。一個國家、地區，需要打造某種勞動市場，就一定會有特定的勞務派遣制度安排；反過來，某種的勞務派遣制度安排也會形塑特定的勞動市場。但兩者之間還是勞動市場起著決定性的作用，試問如果勞動市場的參與者沒有擺脫傳統勞動法制度的願望，如何會有勞務派遣的出現？職是之故，在探討勞務派遣的產生之前，不得不先去檢視該國或該地區的勞動市場。特定的勞務派遣制度是孕育於如何的勞動市場，這是本文需要探討的內容之一。

誠然，勞務派遣制度面向之廣泛，註定本文之討論不能面面俱到。就派遣勞工權益保障的面向看，傳統上即有同工同酬、勞工團結權之行使等問題，而在中國大陸更有跨地區勞務派遣的特殊問題。作為來自中國大陸的學生，對大陸地區獨有之勞動問題亦甚有興趣。因此本文所著力的方向，當是探討中國大陸之跨地區勞務派遣問題。此一制度，在世界範圍內未見有其他國家和地區做出相似的安排。究竟這個制度的產生背景為何？與一般所稱之勞務派遣又有什麼不同的地方？就以上問題而言，應有詳盡而細緻的解答。

要討論跨地區勞務派遣之問題，則要先探討中國勞動市場之歷史及現狀，繼而分析勞務派遣在中國大陸的產生和發展，再檢視跨地區勞務派遣的構成要件及法律效果，最後才能瞭解到目前跨地區勞務派遣制度在中國大陸存在的意義以及

優缺點。本文希望就此議題作一定的展開，以供分析解讀中國大陸勞務派遣制度的參考之用。

## 第二節 文獻回顧

中國大陸境內有關「勞務派遣」或「勞動派遣」的專書，最早可見於2006年，為丁薛祥主編之「人才派遣理論規範與實務」<sup>1</sup>。該書收集多篇有關勞務派遣的論文，並將之劃分為理論、規範、實踐三部分，從不同角度闡述學者對勞務派遣制度的意見。其後學界亦陸續出版有關勞務派遣的專書，有從法學和經濟學的視角深入分析勞務派遣<sup>2</sup>、有介紹勞務派遣在世界範圍內發展的整體概況<sup>3</sup>、有通盤考察勞務派遣制度一般理論及三方權利義務關係<sup>4</sup>、有從法律規制的角度研究勞務派遣<sup>5</sup>、亦有重點分析勞務派遣中的勞動關係，並為現有勞務派遣制度的困境提出解決方案。透過前開研究，為中國大陸處理勞務派遣問題，整理出厚實之學理基礎。然而，前開研究並未全面性觀察勞務派遣在中國大陸興起的社會經濟背景。同時，其研究亦多著重於外國勞動派遣制度發展的介紹，缺乏對勞務派遣制度在中國大陸發展的細緻梳理，更無人論述跨地區勞務派遣此一特殊制度，在研究上仍有可突破的地方。

至於跨地區勞務派遣此一議題，不但無專書研究，而且也無學位論文討論，僅散見於中國大陸的期刊文章中。在這些期刊文章中，有探討被跨地區派遣之勞

<sup>1</sup> 丁薛祥主編，人才派遣理論規範與實務，法律出版社，2006年2月1日。

<sup>2</sup> 董保華主編，勞動力派遣，中國勞動社會保障出版社，2007年5月第1版。

<sup>3</sup> 周長征主編，勞務派遣的發展與法律規制，中國勞動社會保障出版社，2007年4月第1版。

<sup>4</sup> 李海明，勞動派遣法原論，清華大學出版社，2011年3月第1版。

<sup>5</sup> 劉淼白，勞務派遣法律規制研究，法律出版社，2012年6月第1版。

動者的工資及最低工資的適用地<sup>6</sup>、有討論被派遣勞動者的工傷待遇問題<sup>7</sup>、有指出適用跨地區勞務派遣所能獲致之利益以及勞動爭議管轄權之問題<sup>8</sup>、亦有闡述跨地區勞務派遣的條文內容、社會保險、勞動監察等內容<sup>9</sup>。透過以上期刊文章，研究者可以初步了解到跨地區勞務派遣的概況。不過這些文章對於跨地區勞務派遣的研究並不深入，僅就該制度在現實生活出現的爭議而提出解決問題的思路，缺乏對該制度的一個法釋義學上的系統論述，無法為跨地區勞務派遣在現實生活中出現的問題提出指引。

本文既致力於研究跨地區勞務派遣此一制度，則會詳盡地談論勞務派遣在中國大陸形成的社會經濟背景——中國大陸勞動市場的形成，並且修補前開研究有關勞務派遣在中國大陸的形成和發展過程之論述的不足，進而用法釋義學的方法分析跨地區勞務派遣制度。以下即介紹本文的研究範圍、限制與研究方法。

### 第三節 研究範圍、限制與研究方法

#### 第一項 研究範圍及限制

跨地區勞務派遣的制度安排，規定在中國大陸之勞動合同法第 61 條，該條文規定如下：「勞務派遣單位跨地區派遣勞動者的，被派遣勞動者享有的勞動報酬和勞動條件，按照用工單位所在地的標準執行」。可是跨地區勞務派遣又是在怎樣的勞動市場環境中出現的？跨地區勞務派遣在勞務派遣制度中的體系定位

<sup>6</sup> 李劍峰、莫茂雙，跨地區派遣的勞動者工資以當地為準，當代廣西，2010 年 22 期，頁 52；張馳，跨地區派遣，最低工資以何地為準，人力資源，2008 年 12 期，頁 70-71。

<sup>7</sup> 張愛軍，異地勞務派遣員工工傷待遇芻議，中國勞動，2009 年 06 期，頁 19-20；黃樂平，跨地區用工的工傷處理宜採取差額補償原則，現代職業安全，2009 年 10 期，頁 98-99。

<sup>8</sup> 崔永卓，淺析跨地區勞務派遣，運輸經理世界，2011 年 07 期，頁 103-104。

<sup>9</sup> 黃謨媛，跨省勞務派遣立法完善之我見——以廣西為例，欽州學院學報，2012 年 01 期，頁 118-120。

是什麼？跨地區勞務派遣相較於一般勞務派遣，其特殊性又體現在哪些方面？此外，儘管立法者對跨地區勞務派遣制度做了原則性的規定，但並未詳細說明何為「跨地區派遣」。至於所謂的「勞動報酬」以及「勞動條件」須依據用工單位所在地標準執行，其意義在哪裡？以上問題，皆為本文所要研究的內容。

因此，本文需要研究的範圍如下：其一，中國大陸勞動市場的形成；其二，中國大陸勞務派遣制度的形成與發展；其三，跨地區勞務派遣制度之規範分析。

再者，本文所探討之「跨地區勞務派遣」重點為跨地區勞務派遣的制度安排是否妥適，因此主要會以實體上之要件分析為主，至於涉及程序法之問題，本文僅會於必要之處略加說明。此外本文之「實務」研究將局限於已進入訴訟階段爭執之司法裁判，而本文所取材之司法裁判，主要係來自中華人民共和國最高法院之「中國裁判文書網」以及「北大法寶」網站。惟由於中國裁判文書網收錄資料之範圍有其時間上的限制<sup>10</sup>，加以筆者檢索日期與所使用關鍵字之影響，並無法全面針對所有事涉「跨地區勞務派遣」判決為分析說明。再者，由於本論題從未有學者進行深入討論，故在參考文獻的選擇上，只能廣泛取材作一般的運用。至於比較法的研究，由於世界各國法制並未有如中國大陸一般的跨地區勞務派遣制度，德國法雖有「跨境派遣」之討論，惟其所涉及的是主權國家之間的勞務派遣，與中國大陸的跨地區派遣有非常大的差別，因此並未在文中比較。以上乃本文研究範圍上之限制。

## 第二項 研究方法

本文之研究方法分為兩部分。針對中國大陸跨地區勞務派遣制度形成因素分

---

<sup>10</sup> 該網站上線之日為2013年7月1日。

析的部分，主要採用歷史分析的方法，全面把握跨地區勞動派遣出現的經濟、政治、社會背景。針對派遣學理分析的部分，係以跨地區勞務派遣相關文獻之閱讀整理以及前揭實務判決之統整分析為重點。

#### 第四節 概念辨析

由於本文的研究事涉中國大陸的制度安排，因此在事實描述、概念描述上，本文將採用大陸的用語。而本文之內容所面向之讀者，為能通讀華文之人。然而漢字文化博大精深，就算是同一用詞也可能出現不同的解釋。何況兩岸民眾會因社會、經濟、文化上的差異，對同一概念的用語也有顯著的差異。因此，為了方便讀者對大陸用語的理解，於此作一概念之辨析，以解下文閱讀所產生之困惑。

台灣語境下所稱之「勞動派遣」，即為大陸勞動合同法所稱之「勞務派遣」。台灣勞動基準法所稱之「雇主」，其類似的概念即為大陸勞動合同法所稱之「用人單位」<sup>11</sup>。至於台灣所稱之「勞工」，在大陸勞動合同中即稱為「勞動者」。台灣學術文獻所稱之勞動派遣三方當事人為「要派單位」、「派遣單位」以及「被派遣勞工」，對應於大陸勞動合同法之用語，則為「用工單位」、「派遣單位」以及「被派遣勞動者」。

#### 第五節 本文架構

綜上，為了能綜覽中國大陸實務處理跨地區勞務派遣之動向與特色，本文將先從第二章開始，先描述中國大陸勞動市場的形成和發展，通過觀察勞動市場形

---

<sup>11</sup> 但大陸的用人單位有主體資格限制，並非能等同於台灣的「雇主」概念。

成過程中的人員流動狀況，來探尋勞務派遣形成的市場基礎。

繼而在第三章中，具體研究勞務派遣在中國大陸發展的原因和過程，從而了解跨地區勞務派遣是如何在勞務派遣的發展中所產生。

第四章，將重點介紹跨地區勞務派遣之產生的原因、規範分析以及規範分析。由於第二、第三章皆為跨地區勞務派遣的背景介紹，因此本章只會詳細敘述跨地區勞務派遣在現實生活中出現的問題。接著會從跨地區勞務派遣制度的規範要件進行分析，探討其制度的目標以及內涵。最後則會講到無效派遣對於跨地區勞務派遣的影響。

最後，本文將以第二章至第四章之觀察為基礎，於第五章敘明根據以上觀察所得出之結論。



## 第二章 中國大陸勞動市場之形成與發展——以人員之流

### 動狀況為視角

所謂勞動市場，又稱勞動力市場，其意義有狹義和廣義之分。狹義上之勞動市場，是指勞動力的所有者轉讓其勞動力使用權給生產資料所有者而建立的各種勞動契約關係的交易場所，是勞動者個體與用工單位之間實現勞動力買賣關係的總和。廣義上之勞動市場，是指通過市場機制實現勞動力在數量、質量、時空上與生產資料結合的場所，運用市場機制調節勞動力供求關係，實現勞動力資源的優化配置<sup>12</sup>。

至於勞動市場的形成，具體而言需要四個基本條件。其一為，勞動力供求雙方的行為及其趨向是共同的，即雙方行為目標都在尋求各自利益最大化，並據此支配著各自的供給行為或需求行為。其二為，全社會勞動力都可以在各部門、各地區、各企業之間自由流動，不存在超經濟的制度障礙。其三為，勞動力在各部門、各地區、各企業之間自由流動受勞動力價格槓桿的支配。其四為，勞動力價格反映和調節勞動力供求<sup>13</sup>。

在計劃經濟時代，勞動力是基於指令性的國家計劃進行分配，勞動市場既無形成的條件，也沒有出現的必要。但自 1978 年改革開放後中國大陸提出建立社會主義市場經濟制度的目標，作為市場經濟的重要組成部分——勞動市場——就有了應運而生的必然。通過考察在中國大陸勞動市場的形成與發展，可以對勞務派遣在中國大陸之出現及發展有更為縱深的瞭解。

<sup>12</sup> 譚新民，企業內部勞動力市場：一個綜合分析框架及其在中國企業的應用，中國社會科學出版社，2006 年版，頁 5。

<sup>13</sup> 黃安余，經濟轉型中的中國勞動力市場，上海人民出版社，2010 年 6 月第 1 版，頁 14。



## 第一節 改革開放前中國大陸之勞動市場概況（1949-1977）

1949 年中共建制至改革開放前是中國大陸勞動力市場發展的特殊時期，這一時期勞動市場又可分為公開存在與隱蔽存在兩個階段。在新舊制度轉換階段，多種經濟成分並存，城鄉有五萬多個公開的勞動力市場，同時為解決四百多萬人的失業問題<sup>14</sup>，出現了勞動介紹所。在經濟恢復期<sup>15</sup>，政府不可能將所有失業人員都安排就業。在勞動市場上，「勞動力可以自由流動，包括農村勞動力可以自由進入城市、城市勞動力可以自由轉換工作、勞動力的工資由市場決定。這一階段政府政策對勞動力市場的影響主要是規範主體行為、引導雙方交易等方面，各企業需要勞動力可以面向社會招收」<sup>16</sup>。

在這個時期，中國大陸之經濟理論界中占統治地位的觀點認為：我國實行社會主義公有制，勞動者是生產資料的主人，勞動力成為商品的必要條件不復存在<sup>17</sup>。有別於資本主義生產中勞動力是商品，社會主義的勞動力並非商品。因為在中國大陸中，勞動者共同佔有生產資料，是生產資料的主人<sup>18</sup>，勞動者並非一無所有，勞動力的所有權並未發生轉移，不存在僱傭勞動，從而成為國家、社會和企業的主人。此三者係公有制內部個人、集體和國家三者之間分工協作關係。勞動力商品是歷史的範疇，僅僅存在於資本主義社會。由於僱傭勞動制度的存在，

<sup>14</sup> 據統計，1949 年末全國城鎮失業的人數為 472.2 萬人，城鎮失業率高達 23.6%。參見中國大陸國家統計局社會統計司編，中國勞動工資統計資料（1949-1985），中國統計出版社 1987 年版，頁 109。

<sup>15</sup> 指 1949 至 1952 年期間。參見張大軍，中國勞務市場的培育和發展，中共中央黨校出版社，1993 年 3 月第 1 版，頁 190。

<sup>16</sup> 宋湛，中國勞動力市場動態調查研究，經濟科學出版社，2004 年版，頁 53。

<sup>17</sup> 同註 13，頁 9。

<sup>18</sup> 靳秉強、王淑惠，論社會主義市場經濟條件下勞動力的非商品性，石家莊經濟學院學報，1997 年第 2 期，頁 114。

勞動者被迫出賣其勞動力，它反映了資本家對工人的剝削關係。社會主義公有制沒有這種經濟關係。社會主義勞動力商品論違反了社會主義公有制和按勞分配原則，是否定勞動者主人翁地位的表現。勞動力成為商品，對勞動者實行的是按勞動力價值分配，將按勞動力價值分配說成是按勞分配，忽視了按勞分配與按勞動力商品價值分配之間的矛盾<sup>19</sup>。基於以上「勞動力非商品論」之觀點，中國大陸在進行社會主義改造<sup>20</sup>的過程中，也就否定社會主義制度下勞動市場存在之可能性。

隨著社會主義改造的實現，生產資料私有制基本被消滅，所有獨立的市場主體也隨之消亡，產品經濟模式逐步形成，城鎮所有制結構走向單一化，城鎮失業人口的就業完全由國家包攬，企事業單位不能自由招工，也不能自主辭退勞動者，公開的勞動力市場已被取消。當時，中國大陸之城鎮就業主要實行「統包統配」<sup>21</sup>制度，旨在實現勞動力全面就業，而其核心運行機制是用工管理的中央集權和所有制的全民化。這種就業政策限制甚至取消了用工單位的勞動管理權，各級勞動部門與用工代為的行政機構幾乎統攬了城市就業管理權，形成了單一的就業結構<sup>22</sup>。換言之，國家以勞動力的行政分配取代了市場配置。但是，城鄉隱蔽的工匠、保姆市場卻存在，城市服務站實際上發揮著部分市場功能。「文化大革命」

<sup>19</sup> 衛興華，社會主義公有制經濟中的勞動力不應是商品，學習與研究，1994年第5期，頁21。

<sup>20</sup> 社會主義改造是生產關係由私有制到公有制的變革，中國大陸的社會主義改造主要針對農業、手工業以及資本主義工商業三個方面進行。參見況賢，中國社會主義改造的歷史經驗，科學諮詢(科技·管理)，2013年7期，頁5-6。

<sup>21</sup> 「統包統配」是國家用行政手段對城鎮勞動力實行統一計劃、統一招收、統一調配的一種就業制度。它的基本特徵是：城鎮勞動者就業由政府包攬；勞動力配置靠行政調配；企業無用工自主權，只能執行國家招工計劃；勞動力無法流動，企業不可能辭退職工，也不允許職工流動，人員只能進不能出；工資、福利、保障與就業密切結合，並全部由國家承擔。參見劉素華、蘇志霞，勞動就業制度改革三十年回顧與展望，河北師範大學學報(哲學社會科學版)，2009年02期，頁30。

<sup>22</sup> 陸學藝主編，當代中國社會流動，社會科學文獻出版社2004年版，頁54-55。

期間，國有企業固定工制度逐步成型並得以強化<sup>23</sup>，勞動市場在中國大陸基本消亡。

由上可知，在 1949 年至 1977 年期間，中國大陸之勞動市場曾短暫存在，勞動力也可以自由流動。勞動力的流動與勞動市場的存在與否有密切聯繫，當勞動市場不復存在之時，勞動力賴以流動之土壤亦不復存在。以勞動力是否可自由流動為標準去觀察這段時期，又可劃分為允許流動期間與禁止流動期間。

允許流動期間為 1949 年至 1957 年。由於經濟建設的需要，政府對農村勞動力的流動並未加限制。從農業轉移出來的農村勞動力，即可選擇到農村內部的非農產業就業，也可以選擇到城市的工業部門就業，並且可以不受限制地遷往城市定居。這一時期有大量農民進入到城市的工業部門，實現了職業與身份的非農化轉變，轉移的主要管道是城市企業招工。據統計，1953 年至 1957 年間，城市全民所有制工業部門的就業人數從 510 萬迅速擴張到 2316 萬人，平均每年增長 35.3%，新增就業者絕大部分都是從農村轉出的農民。隨著農民向城市的轉移，城市人口迅速膨脹，1952 年全國城市只有 7000 萬人，1957 年就增加到 9949 萬人，平均每年增加 589 萬人<sup>24</sup>。

禁止流動期間為 1958 年至 1977 年。到 1956 年秋季，過激的農業合作化運動與自然災害相結合，使得不少省份糧食大歉收，農民溫飽成為嚴重問題。不少農民試圖進入城市尋找生存與發展的機會<sup>25</sup>。由於農民大量進城，對糧食需求增加，導致城市居民糧食供應緊張。針對這種情況，政府開始對農民向城市的流動

---

<sup>23</sup> 1971 年 1 月 30 日，中國大陸國務院發出「關於改革臨時工、輪換工制度的通知」，規定「常年性的生產、工作崗位應該使用固定工，不得再招用臨時工。凡是企事業單位生產、工作確實需要，本人條件適合，可以改為固定工」。據此，大量臨時工、合同工轉化為全民所有制固定工，使國營企業的用工形成單一的固定工制度。參見姚裕群，走向市場的中國就業，中國人民大學出版社，2005 年 4 月第 1 版，頁 143-144。

<sup>24</sup> 張國勝，中國農民工市民化：社會成本視角的研究，人民出版社，2008 年 8 月第 1 版，頁 31。

<sup>25</sup> 劉翠霄，中國農民社會保障制度研究，法律出版社，2006 年 5 月第 1 版，頁 50-51。

進行限制。先於1956年12月30日，由國務院發佈「關於防止農村人口盲目外流的指示」，明確規定：工廠、礦山、鐵路、交通、建築等部門不應當私自招用農村剩餘勞動力。隨後又兩次發佈類似的補充指示和通知，但是都沒有能夠阻止不斷湧入城市的農民。至1957年12月18日，中共中央、國務院發佈了「關於制止農村人口盲目外流的指示」，嚴格禁止企業單位從農村招工，並且在城市設立收容遣送機構，將進城的農民遣返原籍。從此時起，政府對農村勞動力轉移的基本思路開始清晰化，即把農民「堵」在城外<sup>26</sup>。

隨後中國大陸之中央政府於1958年1月9日以主席令公佈由全國人大常委會第91次會議通過的「中華人民共和國戶口登記條例」<sup>27</sup>，該條例之第十條第二款對於農民進城做了嚴格的限制：「公民由農村遷往城市，必須持有城市勞動部門的錄用證明、學校的錄取證明或者城市戶口登記機關的准予遷入的證明，向常住地戶口登記機關申請辦理遷出手續」。藉由這項阻止農民向城市流動的規定所建立起的二元戶籍制度，將中國大陸的城市社會和農村社會徹底分離。雖然「戶口登記條例」的實施因中國大陸於1958年開展的「大躍進」運動而受到影響<sup>28</sup>。但隨著大躍進的失敗，中國大陸因應形勢對城鎮和農村採取不同的就業政策。就城鎮方面，政府採取精簡職工，並有計劃地對城市青年實施「上山下鄉」的政策<sup>29</sup>；就農村方面，繼續強化農民向城市流動的限制，例如中共中央於1959年2月4日下發「關於制止農村勞動力流動的指示」。又如中國大陸公安部於1962

<sup>26</sup> 同註24，頁32。

<sup>27</sup> 1954年之中華人民共和國憲法第90條第2款規定：「中華人民共和國公民有居住和遷徙的自由」。1958年制定的「中華人民共和國戶口登記條例」卻限制公民的遷徙自由，明顯與憲法條文項抵觸。1975年四屆人大一次會議修憲，將1954年憲法中「公民由居住和遷徙的自由」刪去。然而自此之後的憲法修正案都沒有將之恢復。

<sup>28</sup> 在「大躍進」期間，中國大陸實行「以鋼為綱」的方針，在全國各地大煉鋼鐵、大搞各種建設項目，出現勞動力供給不足的狀況。政府遂大量動員勞動力就業，並將企業的招工審批權下放到地方，放鬆了對新增職工的計劃控制，各部門、各地區不但招收了大量城市人口就業，而且大量招收了農民進城就業。參見註23，頁139-140。

<sup>29</sup> 同註23，頁140-143。

年12月8日發出的「關於加強戶口管理工作的意見」，其中規定「對農村遷往城市的，必須嚴格控制」。與此同時，政府還採取一系列與之相配套的措施，例如憑戶口發糧油票證的糧油供應制度<sup>30</sup>、憑戶口申請就業的就業制度、憑戶口取得社會保障的社會保障制度等。這些相關的制度使得農民由農村自然遷入城市成為不可能的事，而且派生出某種以公民身份決定是否能在城市就業以及獲得社會保障待遇的功能，建構出中國大陸特有的以戶籍制度為表徵、以社會保障制度為內容的二元戶籍制度體系<sup>31</sup>。

綜上，1949年中共建製後中國大陸曾短暫保留勞動市場，但隨著社會主義改造的推進，所建立起的社會主義生產關係消滅了勞動市場存在的根基。但工匠市場、保姆市場的存在以及城市服務站功能昭示勞動市場仍然以隱蔽的狀態延續一段時間，直到文化大革命中強化固定工制度，才徹底地消滅了勞動市場。伴隨著勞動市場的維持和消亡，勞動力的流動也呈現相應的維持和消亡狀態，但兩者之間並非同步。就農民往城市流動的情況而言，早在文化大革命之前，中國大陸就通過建立戶籍制度而阻絕農村勞動力向城市勞動力轉變的可能。可以說，在1949至1977年之間，中國大陸存在過勞動市場，但隨著政治經濟社會的變動而趨於消亡；同時勞動力的流動從1958年開始呈現「只能下農村，不能上城市」的狀態，為以後的農民工<sup>32</sup>問題埋下了深厚的伏筆。

---

<sup>30</sup> 糧油供應制度由1953年11月19日中國大陸政務院所作之「關於實行糧食的計劃收購和計劃供應的命令」所確定。1963年，中國大陸公安部在人口統計中把是否吃計劃供應的商品糧作為劃分戶口性質的標準，吃國家供應糧食的戶即城鎮居民戶被劃為「非農業戶口」。如此之後，居民戶籍關係與糧油關係實現了一體化。參見張學兵，當代中國史上「糧油關係」的興替，中國共產黨歷史網，網址：<http://www.zgdsw.org.cn/BIG5/n/2012/0712/c218989-18502218-1.html>，最後瀏覽日期：2014年5月2日。

<sup>31</sup> 同註25，頁53。

<sup>32</sup> 所謂「農民工」，是指戶籍在農村，擁有數量不等的土地，但主要在城市從事非農產業，依靠打工收入維持家庭生活的農村外出務工人員。參見趙曼、楊海文等編著，21世紀中國勞動就業與社會保障制度研究，人民出版社，2007年12月第1版，頁61。

## 第二節 改革開放後至中共十四屆三中全會前之勞動市場概況

(1978-1992)

在未對「勞動力非商品論」作出修正的前提下，中國大陸就著手改革開放。根據中共十一屆三中全會以公有制為主體、多種經濟形式並存的思想，中國大陸開始調整「統包統配」的勞動力管理體制。在農村方面，實行家庭聯產承包責任制，農戶有了資源配置權和決策權，農產品和要素市場逐步開放，農村勞動力市場開始逐步發育。在城市方面，少數城市出現了諸如職業介紹、勞務承包等有效組織的勞動力市場，特別是廣大城鎮普遍建立了勞動服務公司，它們一方面管理社會勞動力，興辦集體經濟，開展勞動服務業務；另一方面又向企業推薦勞動力，輸送臨時工。從而，勞動力市場得以重新萌芽。

到1984年中共十二屆三中全會召開，提出實行以搞活企業為中心的城市經濟體制改革。部分生產資料進入市場，金融、技術等市場也開始興起，城市第三產業和勞務承包也有較大發展。為了搞活企業內部勞動管理，調劑企業之間勞動資源，部分城市試行勞動合同制，一些大中城市還組織了以技術工人交流為主的勞動市場活動，為企業與勞動者提供了互相選擇的場所，並從大中企業向集體和鄉鎮企業輸送了一批技術力量，促進了勞動力合理流動。隨著國有企業改革的展開，城鄉分割的就業體制出現了鬆動，城市勞動市場開始發育。中國大陸出現了勞動力就業「雙軌」運行機制，即勞動力自由流動、自謀職業的市場運行機制和政府控制的行政調解機制並行。勞動市場初步發展後，勞動部門的只能也開始由單純行政管理向法律、經濟、行政等多種形式管理轉化。

截止到1992年，中國大陸國務院頒布了關於勞動制度改革的多項規定，企

業招工實行面向社會、公開招收，全面考核、擇優錄用。對新招工人全面實行合同制，對原有固定工制度進行改革，企業內部實行優化勞動組合，將富餘人員由企業重新安置。一些城市相繼建立了包括職業介紹和技術工人交流等內容的勞動市場。將新畢業的學生、技術人員、富餘人員、解除合同的合同制工人和企業辭退的違紀職工等都納入勞動力市場，為他們的再就業提供服務。同時，農村剩餘勞動力向城鎮轉移，成為勞動市場的一個重要內容。一些城市相繼召開勞務大會，建立專門固定的勞動力交流場所。同時，制定了管理勞動力市場的政策法規<sup>33</sup>。

再以「勞動力是否能自由流動」為切入點去觀察這段期間的勞動市場，則可以發現中國大陸分別對農村和城市做了不同的政策處理。因此下文的敘述也具體區分農村勞動力和城鎮勞動力兩個方面。

## 第一項 農村勞動力之流動狀況

就農村勞動力流動的情況看，這個時期的政府政策對農村勞動力流動的控制呈現某種或緊或鬆的狀態。

改革開放初期，由於家庭聯產承包責任制的實行以及1978年以後中國大陸中央政府連續大幅度提高農產品的收購價格，農業生產力迅速恢復和發展，農村剩餘勞動力問題又開始顯現<sup>34</sup>。農民為了有效利用農閒時間以增加家庭收入，開始自發性地向城市流動，從而尋找工作機會。但由於城市本身吸納勞動力的能力並未顯著提高，城市居民本身的就業問題也沒有得到根本解決。政府對於農村勞動力向城市流動的處理思路仍以「堵」為主，防止農民進城。1980年8月2-7

---

<sup>33</sup> 同註13，頁18-19。

<sup>34</sup> 同註24，頁33。

日，中共中央在北京召開全國勞動就業會議<sup>35</sup>，並轉發這次會議議定的文件「進一步做好城鎮勞動就業工作」。這份文件一方面解開了城鎮職工流動的禁錮，另一方面加強了對農村勞動力向城市流動的限制。文件提出：「對農村剩餘勞動力，要採取發展社隊企業<sup>36</sup>和城鄉聯辦企業等辦法加以吸收，並逐步建設新的小城鎮。要控制農業人口盲目流入大中城市，控制吃商品糧人口的增加。要壓縮、清退來自農村的計劃外用工。確需從農村中招工的，要從嚴控制，須經省（市、自治區）人民政府批准」。隨後於1981年10月17日，中共中央、國務院作出「關於廣開門路，搞活經濟，解決城鎮就業問題的若干決定」，在提出城市實行合同工、臨時工、固定工相結合的多種就業形式的同時，進一步強化了對農村勞動力流動的管理。文件要求「嚴格控制農村勞動力流入城鎮」，並指出：「對農村多餘勞動力，要通過發展多種經營和興辦社隊企業，就地適當安置，不使其湧入城鎮。根據我國的經濟情況，對於農村人口、勞動力遷進城鎮，應當按照政策從嚴掌握…要嚴格控制使用勞動力，繼續清理來自農村的計劃外用工」。

此時的中國大陸政府雖然限制農村勞動力向城鎮流動，但基於農村出現剩餘勞動力的狀況，還是有條件地允許農民從種植業部門向林牧漁業部門轉移，並鼓勵農村勞動力進入非農產業工作<sup>37</sup>。所謂進入非農產業工作主要是指進入當時的社隊企業工作。不過在改革初期，中國大陸政府對於社隊企業的發展並非表態支持，而是採取打壓與緊縮的政策<sup>38</sup>。自1979年到1980年間，社隊企業的職工總

<sup>35</sup> 中國共產黨新聞網，全國勞動就業工作會議（1980年8月2-7日），網址：<http://dangshi.people.com.cn/GB/151935/176588/176597/10556262.html>，最後瀏覽日期：2014年5月10日。

<sup>36</sup> 20世紀70年代以前，比較發達地區的人民公社已經存在小型工業，當時稱為社隊企業。參見中國社會科學院農村發展研究所編，中國農村發展研究報告·2，社會科學文獻出版社，2001年5月1日第1版，頁309。

<sup>37</sup> 蔡昉、王德文、都陽等著，中國農村改革與變遷：30年歷程和經驗分析，2008年11月第1版，頁57。

<sup>38</sup> 黃德北，當代中國僱傭工人之研究，韋伯文化國際出版有限公司，2008年8月，頁36。



數都呈上升的趨勢，其中 1978、1979、1980 年社隊企業職工總數分別為 2826.6 萬人、2909.6 萬人、2999.7 萬人。然而到 1981 年社隊企業職工總數卻降落為 2969.6 萬人，直到 1983 年才增加到 3234.6 萬人<sup>39</sup>。可見在 1979 至 1983 年間，社隊企業所吸納的農村勞動力仍然相當有限。當時的中國大陸政府一方面鼓勵農民投身非農產業，但另一方面限制其向城市流動的情況下，同時限制社隊企業的發展使得社隊企業不能充分吸納農村剩餘勞動力，如此矛盾的政策註定不能持久。

到 1984 年，農村改革取得巨大成功。對於社隊企業，中共中央、國務院於 1984 年 3 月 1 日轉發之「農牧漁業部和部黨組『關於開創社隊企業新局面的報告』的通知」，同意把「社隊企業」改為「鄉鎮企業」<sup>40</sup>。該文件改變之前對社隊企業的打壓態度，指出鄉鎮企業的重要性，認為鄉鎮企業：1、「是多種經營的重要組成部分，是農業生產的重要支柱，是廣大農民群眾走向共同富裕的重要途徑，是國家財政收入新的重要來源」；2、能夠妥善安排不斷出現的多餘勞動力；3、鄉鎮企業的發展能促進集鎮的發展，有利於實現農民離鄉不離土，避免農民離開城市；4、鄉鎮企業已成為國民經濟的一支重要力量。同年 7 月 19 日，政府頒布「關於進一步做好農村流通工作的報告」，下放產品定價權到鄉鎮企業；8 月 6 日，政府頒布了「關於改革信用合作社管理體制的報告」，要求發揮其在農村「民間借貸」的作用；10 月 13 日，政府頒布了「關於農民進入集鎮落戶問題的通知」，使得農村居民移居小城鎮合法化。上述各項政策的實施大大加快了鄉鎮企業的發展，鄉鎮企業的數目從 1983 年的 134.64 萬個，一躍至 1984 年的 606.52 萬個；

<sup>39</sup> 相關數據援引自中國大陸國家統計局編，中國統計年鑒（1991），中國統計出版社出版，1991 年 8 月第 1 版，頁 377。

<sup>40</sup> 80 年代初，隨著家庭聯產承包責任制的推行，人民公社體制被廢除，改建為鄉和鎮使之成為中國農村最基層政府，原來的生產大隊改為村，成為基本的農民自治組織。相應的，原來的社隊企業改稱為鄉鎮企業。參見註 36，頁 309-310。

1984年鄉鎮企業的職工總數達到5208.1萬人，比1983年的總數增加61%；；從1984年開始鄉鎮企業的數目以及職工總數逐年增加，到1990年其數目達到1850.40萬個，其職工總數達到9264.75萬人<sup>41</sup>。鄉鎮企業在中國大陸的發展客觀上需要大量的非農勞動力，於是農村勞動力向城市轉移受阻的情況下，迅速地向鄉鎮企業轉移，開創了中國大陸「進廠不進城、離土不離鄉」的農村剩餘勞動力就地轉移的高潮。

然而，考慮到如果繼續讓農民生活改善，農民勢必永遠留在農村土地上，將不利於中共所推動的社會主義現代化的過程<sup>42</sup>。改革所觸及到城市的部分，包含城市建設、服務貿易以及製造等方面，都日益增加對勞動力數量的要求。可一方面城市人口的增長率自1970年代以來就相當地低；另一方面城市居民也不太願意從事繁重、骯髒的工作<sup>43</sup>。這些因素都推動了政府放寬原有對農民進城工作的限制。1984年1月1日中共中央發佈「關於一九八四農村工作的通知」，指出「隨着農村分工分業的發展，將有越來越多的人脫離耕地經營，從事林牧漁等生產，並將有較大部分轉入小工業和小集鎮服務業」。考慮到城市工礦企業出現的招工難問題，政府也允許礦山、建築、交通運輸等艱苦行業使用農民合同制工人或農民輪換工<sup>44</sup>。同年10月13日頒布的「關於農民進入集鎮落戶問題的通知」，准許農民以自籌資金、自理口糧為前提，以在集鎮有固定住所、有經營能力，或在鄉

<sup>41</sup> 相關數據援引自中國大陸國家統計局編，中國統計年鑒（1991），中國統計出版社出版，1991年8月第1版，頁377。

<sup>42</sup> 同註38，頁36。

<sup>43</sup> Davin, Delia, *Internal Migration in Contemporary China*. New York: St. Martin's Press, 1999, P42.

<sup>44</sup> 1984年6月30日由中國大陸國務院發佈了「礦山企業實行農民輪換工制度試行條例」，類似規定還有「國營建築企業招用農民合同制工人和使用農村建築隊暫行辦法」（國務院批准、勞動人事部和城鄉建設環境部發佈，1984年10月15日）、「交通、鐵路部門裝卸搬運作業實行農民輪換工制度和承包工試行辦法」（勞動人事部發佈，1984年12月19日）、「關於實行農民輪換工制度的暫行規定」（鐵道部發佈，1986年5月8日）等。參見程新征，中國農民工若干問題研究，中央編譯出版社，2007年7月第1版，頁84。

鎮企事業單位長期服務為條件進入城鎮務工經商<sup>45</sup>，順應創造出「自理口糧戶口」。這個新的戶口政策政策為 1958 年之後所建立起的城鄉隔離體制打開了一個小小的窗口，反映中國大陸放寬對人口流動的限制。不過此戶口並沒有附帶城市戶口相應的工作分配、醫療以及食物供給權利<sup>46</sup>。

又從 1984 年 10 月 20 日的中共十二屆三中全會以後，在未改變中國大陸二元戶籍制度的前提下，中國大陸政府更積極開展城市經濟體制的改革<sup>47</sup>，並採取一連串措施放寬對於流動人口管制的政策。如 1985 年 1 月 1 日中共中央、國務院發佈「關於進一步活躍農村經濟的十項政策」，指出「在各級政府統一管理下，允許農民開店設坊，興辦服務業，提供各種勞務」。1985 年 7 月 13 日中國大陸公安部發佈的「關於城鎮暫住人口管理的暫行規定」，更為出外打工流動人口戶口問題得到進一步解決。外出打工的農民從此能在不變更戶籍身份的情況下，領取「暫住證」或者「寄住證」，以臨時身份在城市停留<sup>48</sup>。

到 1986 年 7 月 12 日，中國大陸國務院發佈「關於國營企業招用工人的暫行規定」，其中第 4 條指出「企業招用工人，應當公布招工簡章，符合報考條件的城鎮待業人員和國家規定允許從農村招用的人員，均可報考」。這條規定改變以往只能由國營企業招錄農民成為其工人的狀況，使得農民可以自行通過報考方式進入國營企業工作。不過，該法規的第 12 條又規定：「企業招用人，應當在城鎮招收。需要從農村招收工人時，除國家規定的以外，必須報經省、自治區、直轄市人民政府批准」。意味著國營企業招用計劃內農村勞動力仍受到嚴格限制。1988

<sup>45</sup> 張曉山、李周主編，新中國農村 60 年的發展與變遷，人民出版社，2009 年 10 月第 1 版，頁 293。

<sup>46</sup> Mellee, Hein, 'China's Household Registration System under Reform', *Development and Change*, 26:1, 1995, P14.

<sup>47</sup> 藍海濤，改革開放以來我國城鄉二元結構的演變路徑，*經濟研究參考*，2005 年 17 期，頁 12。

<sup>48</sup> 同註 38，頁 37。

年7月15日勞動部、國務院貧困地區經濟開發領導小組發佈「關於加強貧困地區勞動力資源開發工作的通知」，指出按照「東西聯合，城鄉結合，定點掛鉤，長期協作」的原則，組織勞動力跨地區流動；沿海經濟發達地區、大中城市的勞動部門要有計劃地從貧困地區吸收勞動力；積極開拓勞務市場，組織農村剩餘勞動力進入勞務市場；廣開就業門路，支持和鼓勵經濟發達地區的勞動服務公司進入貧困地區上項目、辦企業。基於鼓勵和支持農民就業的出發點，這些政策的頒布使得農民外出就業的條件越來越優越，範圍越來越寬，組織化也越來越高<sup>49</sup>。

然而好景不常。1988年中國大陸出現通貨膨脹嚴重，民眾搶購物資的現象<sup>50</sup>。從第四季度開始，政府進行緊縮式的經濟治理整頓。鑒於之前鼓勵和支持農村勞動力流動的政策引發了大規模的農村勞動力跨地區流動<sup>51</sup>，其負面效應通過交通運輸、社會治安、勞動力市場管理等方面的不適應問題凸顯出來。同時又由於治理整頓的經濟環境造成城市與鄉鎮企業新增就業機會減少，使得農村勞動力外出

<sup>49</sup> 同註44，頁84。

<sup>50</sup> 這場危機的肇因，源於1985年1月24日由中國大陸國家物價局、國家物資局發佈的「關於放開工業生產資料超產自銷產品價格的通知」，該通知打破了指令性計劃一統天下的局面，產生了國家指令性計劃的產品按國家規定價格統一調撥，企業自行銷售的產品價格根據市場自行定價的「價格雙軌制」。在物資匱乏的背景下，市場價格遠高於計劃價格。一些掌握權力的官員把實行計劃價格的商品倒賣到市場上去，使得「價格雙軌制」成為腐敗的溫床。除了實施「價格雙軌制」，1985年至1988年期間還逐步放開副食品和生活用品市場價格，提高生產資料計劃價格，於是連續幾年都出現通貨膨脹。面對「價格雙軌制」帶來的混亂以及通貨膨脹的局面，政府依然決定開放絕大多數商品價格，通過所謂「價格闖關」建立合理的價格體系。1988年8月15日至17日，中共中央政治局在北戴河召開第十次全體會議，討論並原則通過了「關於價格、工資改革的初步方案」，決定「絕大多數價格放開，由市場調節，逐步取消價格雙軌制」。民眾普遍認為物價可能大幅度上漲，引起了搶購風潮。面對如此形勢，中共於1988年9月23-26日召開十三屆三中全會，決定實施「治理經濟環境，整頓經濟秩序，全面深化改革」的方針。參見劉來平，我國物價「雙軌制」的制度演變啟示，中國物價，2011年10期，頁71-72；吳衛明，四次物價大波動與政府應對措施，價格月刊，2013年10期，頁17-18。

<sup>51</sup> 「『廣東省志』記載，1989年春節後，每天有約10萬人到達廣州火車站。1989年3月1日『四川日報』報道，春節後四川已有50萬勞力湧入廣東，廣東省政府特派工作組到川，呼籲民工不要盲目入粵。『四川年鑒』也提到，這年四川省外勞務輸出累積達到68.3萬人，增加5萬人，其中大部分流向廣東。」參見鄧江波、劉洋，「外來妹」南下探路「打工第一鎮」引領「民工潮」，網址：

<http://gcontent.oeeee.com/a/d3/ad3019b856147c17/Blog/caf/9ccf13.html?t=1365966729>，最後瀏覽日期：2014年5月10日。

就業的空間大大限縮<sup>52</sup>。政府遂實施一系列限制農村勞動力的跨地區流動。1989年3月，國務院辦公廳發出「關於嚴格控制民工外出的緊急通知」，要求各地人民政府採取有效措施，嚴格控制當地民工外出。1989年4月10日，民政部、公安部又發出「關於進一步做好控制民工盲目外流的通知」，要求各地政府貫徹國務院辦公廳的文件精神，採取有效措施控制當地民工盲目外出。1990年4月27日，國務院發佈「關於做好勞動就業工作的通知」，要求「合理控制農村勞動力的轉移，減輕城鎮就業負擔」，進而「防止出現大量農村勞動力盲目進城找活干的局面」。1991年2月國務院辦公廳發出「關於勸阻民工盲目去廣東的通知」，要求各級政府「要從嚴或暫停辦理民工外出務工手續」。同年7月25日，國務院發佈「全民所有制企業招用農民合同制工人的規定」，指出「農民合同制工人」為「從農民中招用的使用期限在一年以上，實行勞動合同制的工人，包括從農民中招用的定期輪換工」，統稱為「農民工」。其中第四條規定「企業招用農民工必須在國家下達的勞動工資計劃之內，用於國務院勞動行政主管部門確定的需要從農村中招用勞動力的生產崗位和工種。礦山企業招用農民工須報經省、自治區、直轄市人民政府或其授權的設區的市或相當於設區的市一級（以下簡稱市）人民政府批准，其他企業招用農民工須報經省、自治區、直轄市人民政府批准」<sup>53</sup>。顯示出此時政府仍嚴格限制農民工之流動。

## 第二項 城市勞動力之流動狀況

中國大陸政府於1962年開始有組織、有計劃地動員城鎮知識青年下鄉上山<sup>54</sup>。

<sup>52</sup> 同註44，頁85。

<sup>53</sup> 同註44，頁85-86。

<sup>54</sup> 顧洪章主編，中國知識青年上山下鄉大事記，中國監察出版社，1997年1月第1版，頁27。

當時推動此「上山下鄉」政策，其著眼點在於解決當時城市青年的就業問題。然而到文化大革命期間，中國大陸片面發展重工業、忽視輕工業和第三產業，集體企業升格，限制和取消個體經濟，勞動管理體制僵死。上述原因使得勞動力需求狹小和就業崗位嚴重不足。為了解決上述問題，政府組織大規模的上山下鄉運動，把城市就業壓力轉移到農村。1967年-1976年10年間共有1403萬人上山下鄉<sup>55</sup>。

然而到文化大革命結束後的1978年9月22日，時任國務院副主席李先念稱：「前提是上山下鄉，但老辦法不行了，做法要改變，不然，（城市、農村、家長和青年本人）『四不滿意』，國家每年還要花20個億」<sup>56</sup>。意味著這項強制遷移勞動力的政策必須有所調整，不過考慮到「不宣傳上山下鄉就不能安定，就要亂套」<sup>57</sup>，因此對「上山下鄉」政策的調整採取是穩妥推進的辦法。其後於1978年10月31日至12月10日，國務院在北京召開全國知識青年上山下鄉工作會議，並於12月12日發佈兩個文件：「全國知識青年上山下鄉工作會議紀要」和「國務院關於知識青年上山下鄉若干問題的試行規定」。這些文件指出要「逐步縮小上山下鄉範圍」，「以致做到不搞現在這樣的知識青年上山下鄉」<sup>58</sup>。時任中共中央副主席的鄧小平亦於1979年10月4日的各省、市、自治區黨委第一書記座談會上指出要從經濟角度解決知青問題。1979年間仍有24萬知識青年下鄉，不過，調回城市的亦有395萬人。到1980年9月6日，國務院知青領導小組印發經中共中央書記處討論并原則同意的國務院知青辦「關於當前知識青年上山下鄉工作的幾點意見」，這份文件指出「能夠做到不上山下鄉的，可以不下」，宣告上山下

---

<sup>55</sup> 同註23，頁141。

<sup>56</sup> 同註54，頁162。

<sup>57</sup> 同前註。

<sup>58</sup> 同前註，頁165。

鄉即將終止<sup>59</sup>。最後到 1981 年底，國務院知識青年辦公室並入國家勞動總局，各省、市、自治區也仿照辦理。至此，歷時 20 余年的上山下鄉運動宣告結束<sup>60</sup>。

「上山下鄉」運動逐步走向終結，使得這些原屬於城市卻因政策因素滯留農村的勞動力必須重返城市。但由於城市不能迅速提供足夠的就業崗位，因此出現了嚴重的「待業」問題<sup>61</sup>。為了解決這個問題，中國大陸政府提出幾項不同的政策，其中之一為組建勞動服務公司。1978 年 7 月國家勞動總局向國務院務虛會議提交了「關於勞動工資的彙報提綱」，建議「在大中城市組建勞動服務公司，統一管理社會勞動力，統一調整職工余缺」<sup>62</sup>。其後各個地方政府也因應現實的「待業」問題作出變通的辦法，以上海為例，其轄下徐匯區勞動局於 1978 年 12 月 15 日率先成立徐匯區勞動服務公司<sup>63</sup>，以勞動服務隊的形式把待業知青以及閒散人員組織起來<sup>64</sup>。設立勞動服務公司的做法也得到國家領導人的肯定，時任國務院副總理的李先念在 1979 年 4 月 5 日「中共中央工作會議」上指出：「要撥出一點資金，在大、中城市辦好勞動服務公司」<sup>65</sup>。隨後中共中央於 1980 年 8 月 2 日-7 日北京召開全國勞動就業會議，並轉發這次會議議定的文件「進一步做好城鎮勞動就業工作」。這份文件指出建立勞動服務公司「很有必要」；同時要在控制大中城市人口的前提下，逐步做到「允許城鎮勞動力在一定範圍內流動」<sup>66</sup>，

<sup>59</sup> 同前註，頁 185。

<sup>60</sup> 人民網，「知識青年到農村去」，網址：

<http://www.people.com.cn/GB/shizheng/252/7955/7958/20020422/714350.html>，最後瀏覽日期：2014 年 5 月 11 日。

<sup>61</sup> 所謂「待業」，是指中國大陸在計劃經濟和統包統配安排就業體制下的「失業」。參見註 23，頁 144。

<sup>62</sup> 人力資源市場司，我國人力資源市場發展大事記，中國人才，2009 年 12 期，頁 17。

<sup>63</sup> 上海市地方誌辦公室，第五節 勞動服務公司工業，網址：

<http://www.shtong.gov.cn/node2/node4/node2249/xuhui/node38360/node38388/node63505/serobjectlai23557.html>，最後瀏覽日期：2014 年 5 月 12 日。

<sup>64</sup> 楊子春、顧光青，活躍在上海的一支社會勞動服務隊，社會科學，1984 年 08 期，頁 18。

<sup>65</sup> 孫興偉、任麗，走過希望的田野——回憶我國勞動服務公司的興起與發展軌跡，中國勞動保障報，2009 年 2 月 6 日第 005 版，頁 1。

<sup>66</sup> 覓法網，中共中央關於轉發全國勞動就業會議文件的通知，網址：

并提出「實行勞動部門介紹就業、自願組織起來就業和自謀職業相結合的方針」之就業方針（俗稱「三結合」就業方針），打破長期以來的國家統包統配和固定工制度，將勞動就業制度劃分為市場調節與政府調節的「雙軌」運行。如此雙軌就業制度的特征是：市場機制在非國有經濟領域（包括農村和城鎮非國有經濟以及國有經濟的增量部分）發揮廣泛作用；國有經濟仍然以計劃配置為主，實行「統包統配」；實行「統包統配」的國有企業職工享受國家提供的各種社會福利，如醫療、托幼、住房、物價補貼等，實行勞動力市場配置的非國有企業勞動者則不能享受國家提供的這類福利措施<sup>67</sup>。

1981年10月17日中共中央、國務院發佈「關於廣開門路，搞活經濟，解決城鎮就業問題的若干規定」，指出要通過調整產業結構和所有制結構，在發展經濟和各項建設事業的基礎上，擴大勞動需求，以求有計劃、有步驟地解決城鎮勞動力的失業問題。在調整產業結構的同時，著重開闢「在集體經濟和個體經濟中的就業渠道」。其後於1983年4月13-14日，國務院發佈「關於城鎮勞動者合作經營的若干規定」、「國務院關於城鎮非農業個體經濟若干政策性規定」的補充規定」和「關於城鎮集體所有制經濟若干政策問題的暫行規定」。這些文件不僅緩解了城鎮待業的壓力，而且為自謀職業打開了大門，反映出政府正嘗試通過勞動市場實現民眾就業<sup>68</sup>。

為了進一步打破既有的固定工制度，1983年2月22日勞動人事部發佈「關於積極試行勞動合同制的通知」，對勞動合同制作出政策規定，并提出一段時間內實行新人新辦法、老人老辦法的設想，在部分地區對新招人員實行勞動合同制

---

[http://www.34law.com/lawfg/law/6/1189/law\\_251646092416.shtml](http://www.34law.com/lawfg/law/6/1189/law_251646092416.shtml)，最後瀏覽日期：2014年5月10日。

<sup>67</sup> 同註21，頁31。

<sup>68</sup> 同註23，頁147。



<sup>69</sup>。同時為了促使勞動力的合理流動，調劑企業之間勞動力的余缺，部分城市試行了勞動合同制。再到 1984 年 5 月 10 日，國務院發佈「進一步擴大國營工業企業自主權的暫行規定」，明確國營企業的十項自主權。就人事勞動管理方面，企業可以「根據需要從外單位、外地區招聘技術、管理人員，並自行確定報酬」，並有權「有權根據生產需要和行業特點，在勞動部門指導下公開招工，經過考試，擇優錄用」。對此，不少大中城市組織了以技術工人交流為主要內容的勞務市場活動<sup>70</sup>。雖然受限於高度集中的勞動人事管理體制，這種技術工人交流活動佔整體勞務市場勞動力交流量的比例相當地低<sup>71</sup>，但已經是城市中允許勞動力流動的一個艱難的開始。

1986 年 7 月 12 日，國務院一次發佈了四個有關改革國企勞動制度的暫行規定：「國營企業實行勞動合同制暫行規定」、「國營企業招用工人暫行規定」、「國營企業辭退違紀職工暫行規定」以及「國營企業職工待業保險暫行規定」。根據上述暫行規定，從 1986 年 10 月 1 日起，國營企業開始招收新工人時都採取勞動合同制，使得國營企業存在兩種工人：原有的固定工與新用的合同工。國有企業經過這番改造，使得以合同制進場的工人實際上已非常接近資本主義市場下的僱傭工人，已經不具有鐵飯碗的保障。不過因為當時中國大陸實施所謂的單位保障制，職工的各项社會福利都是由單位來提供，因此一旦失業意味著所有福利與保障都將喪失，將使工人生活陷入困境，加上政府尚未建立相應的社會保障配套措施，因此國營企業接觸勞動合同的做法還是少之又少<sup>72</sup>。因此，即便是實施了勞動合同制度，國營企業的勞動力使用仍呈現可進難出的局面。

<sup>69</sup> 張皓若主編，輝煌的歷程：中國改革開放二十年，中國商業出版社，1998 年 5 月第 1 版，頁 197。

<sup>70</sup> 同註 15，頁 94。

<sup>71</sup> 同前註，頁 246。

<sup>72</sup> 同註 38，頁 64-65。

1987年10月25日中共十三大報告「沿著有中國特色的社會主義道路前進」指出，勞務市場並非資本主義所特有，社會主義的市場體系「不僅包括消費品和生產資料等商品市場，而且應當包括資金、勞務、技術、信息和房地產等生產要素市場」，勞務市場的地位得到中共的確認。同時由於勞動合同制沒有根本上觸動固定工制度的弊端，因此從1987年起，國營企業的用工制度改革更多地集中在「搞活固定工制度」上，主要採取三種形式：第一種是通過勞動組合，擇優上崗，實施合同化管理；第二種是把勞動制度改革與工資、保險福利以及人事制度改革結合，實行綜合配套改革；第三種是在勞動組合的基礎上，在企業全體職工中實行勞動合同制，允許企業辭退富餘人員。然而這些搞活固定工制度的嘗試因為種種限制仍然沒有成功<sup>73</sup>。

基於經濟過熱、通貨膨脹的社會現實，中國大陸政府於1988年第四季度著手經濟治理整頓。這些治理整頓措施使得國有企業、集體企業出現大規模的停工待業，人數達到數百萬人<sup>74</sup>。為了解決待業問題，1990年4月27日國務院下發「關於做好勞動就業工作的通知」，指出「除全民所有制單位按照國家計劃安排就業外，更多的要靠發展集體經濟和發揮個體經濟、私營經濟的作用，廣開就業門路、拓寬就業渠道」，進一步推動國營企業的勞動力向私營部門流動。

### 第三項 小結

作為國民經濟基礎的農業在文化大革命中受到嚴重的破壞。基於此點，中共在著手改革開放之時便將重點投注在農業方面。政府首先在農村進行改革，推行

<sup>73</sup> 張暎碩，當代中國勞動制度變化與工會功能的轉變，河北大學出版社，2004年1月第1版，頁82-83。

<sup>74</sup> 同註23，頁153。

「家庭聯產承包責任制」，從而使得農村的生產力得到大規模地提升，不過伴隨而來又產生農村剩餘勞動力的問題。為了防止農村剩餘勞動力大量湧進城市尋找就業機會，政府採取發展小城鎮的政策，扭轉改革初期對鄉鎮企業的打壓態度，鼓勵其發展以吸收農村勞動力；同時放鬆戶籍制度的管制，使農民能夠落戶小城鎮。即便鄉鎮企業在吸納農村勞動力方面發揮了非常重要的作用，但並非每個地方都有發展良好的鄉鎮企業，因此仍然有大量農民進入城市工作。到 80 年代後期，政府為了整頓經濟，又重新利用政策工具組織農民進城工作。因此，農民向城市的流動顯現出非常強烈的依賴政治、經濟因素的傾向，主要呈現為「離土不離鄉」的狀態。

另一方面，文化大革命後期中共推動的城鎮青年「上山下鄉」政策逐漸瓦解，導致改革開放初期大量的青年勞動力返回城市。然而此時城市卻沒有足夠的工作崗位滿足其就業需求，政府只能以「廣開門路」的方式讓城市勞動力走向個體經濟、集體經濟的就業管道。個體經濟、就業經濟的放開意味著原有的固定工制度已無法應付當時的就業需求，政府從而在國營企業改革的部分，提出推廣勞動合同制，並進一步提出搞活固定工制度的辦法。但對於一個多年實施計劃經濟的國家而言，打破固定工制度並非一夕之功，在市場經濟制度尚未確立之前，固定工制度仍然是國家制度重要的一環。

因而在這個時期，勞動市場在寬鬆的政治環境下得以一步步地形成。農村勞動力既可以從農業向非農產業流動，也可以從農村到城市流動。相較而言，城市勞動力則只能在國有企業之間進行有限的流動，或者是完全在國有企業之外的集體經濟體、個體經濟體中流動。

### 第三節 中共十四屆三中全會至今之勞動市場概況（1993 年至今）

早在 1985 年 9 月 23 日，中共中央在「關於制定國民經濟和社會發展第七個五年計劃的建議」中指出：「適應商品市場發展的要求，逐步開闢和發展資金市場、技術市場，同時促進勞動力的合理流動」。不過當時的理論界對「勞動力能否作為商品進行市場交易」這一問題仍存在爭論，因此中共並未使用「勞動力市場」這一概念；但勞動力交換的市場機制卻又客觀存在，從而出現了「勞務市場」、「勞動市場」、「人才市場」等多種提法<sup>75</sup>。

1992 年春，在鄧小平南方談話的推動下，停滯數年的中國經濟體制改革重上軌道。同年 10 月 12 日，中共十四大的報告明確指出「我國經濟體制改革的目標是建立社會主義市場經濟體制，以利於進一步解放和發展生產力」。到 1993 年 11 月 14 日，中共十四屆三中全會通過「中共中央關於建立社會主義市場經濟體制的決定」，強調發展金融市場、勞動力市場、房地產市場、技術市場等是培育市場體系的重點。該文件亦一步指出：「改革勞動制度，逐步形成勞動力市場。我國勞動力充裕是經濟發展的優勢，同時也存在著就業的壓力，要把開發利用和合理配置人力資源作為發展勞動力市場的出發點。廣開就業門路，更多地吸納城鎮勞動力就業。鼓勵和引導農村剩餘勞動力逐步向非農產業轉移和地區間的有序流動。發展多種就業形式，運用經濟手段調節就業結構，形成用人單位和勞動者雙向選擇、合理流動的就業機制」。這是中共第一次以中央文件的形式提出要建立勞動力市場，從長期否認社會主義經濟中存在勞動力市場，發展到充分肯定勞動力市場也是生產要素市場的組成部分。此觀點對長期佔據主流「勞動力非商品」

<sup>75</sup> 蘇樹厚、段玉恩、張福明等編，新中國勞動制度發展與創新研究，山東人民出版社出版發行，2006 年 1 月第 1 版，頁 324。

論作出否定，肯定了勞動力是商品，進而突破了社會主義不存在勞動市場的傳統觀點。這在理論上是一次重大突破，具有深遠的現實意義。此後，中國大陸勞動力市場正式得到恢復和發展<sup>76</sup>。

據此，勞動部不再下達指令性的職工人數、工資總額和技工學校招生等計劃指標。中國大陸開始以勞動力市場作為人力資源配置的基礎手段，實行積極的勞動市場政策，培育和發展勞動市場，逐步建立「國家宏觀調控，城鄉協調發展，企業自主用人，個人自主擇業，市場調節供求，社會提供服務」的新格局。政府提出就業的重點是調整就業結構和政策，廣開門路，加強就業服務體系建設。

1995年9月28日，中共十四屆五中全會通過「關於國民經濟和社會發展『九五』計劃和2010年遠景目標建議」並於1996年開始實施，是為「九五計劃」。「九五」伊始，中國大陸之勞動力市場結構不斷完善，市場機制日益成熟，最終形成具有中國特色的計劃與市場相結合，以市場調節為主的就業管理體制。在此階段，多種形式的勞動力市場紛紛出現，市場機制日益增強，「統包統配」影響不斷弱化，新舊兩種體制的矛盾加劇。農村勞動力在城鄉之間的流動表明，城鄉勞動力市場有了部分融合，但是尚未完全統一<sup>77</sup>。因為城市戶籍尚未被徹底沖破，不同利益集團享受的體制性保障不同，勞動管理還有待進一步市場化和社會化。

再以政策法令是否允許勞動力自由流動的角度去觀察，討論農村勞動力流動及城市勞動力流動之狀況。

---

<sup>76</sup> 同前註。

<sup>77</sup> 蔡昉主編，2002年：中國人口與勞動問題報告——城鄉就業問題與對策，社會科學文獻出版社，2002年版，頁160。

## 第一項 農村勞動力之流動狀況

1992年鄧小平南巡講話后，中國大陸開始實行市場經濟體制和調整農業經濟結構，政策的放鬆使得農村勞動力大規模進入城市。與此同時城市國有企業職工大量下崗，城市就業形勢嚴峻，而解決國有企業下崗職工基本生活保障和再就業工作成為當時各級政府的「頭等大事」、「首要的任務，第一位的工作」。因而農村勞動力的流動呈現一種特別的格局：一方面中央主張合理引導農村勞動力之流動，另一方面地方政府卻執行限制農民工流動和進城就業的政策。

1993年11月3日，勞動部在關於印發「再就業工程」和「農村勞動力跨地區流動有序化——『城鄉協調就業計劃』第一期工程」的通知中，指出「農村勞動力跨地區流動的規模不斷擴大，異地就業已成為解決農村剩餘勞動力就業問題的重要渠道」。因而，為了在全國形成與市場經濟相適應的勞動力跨地區流動的基本制度、市場信息系統和服務網路，實現農村勞動力流動有序化，需要採取以下措施：在全國範圍內建立起農村勞動力跨地區流動的基本制度，包括用工管理、監察、市場規範、服務管理以及權益保障制度；鼓勵發展為農村勞動力跨地區流動和異地就業的服務組織；完善農村勞動力跨地區流動的信息傳播、檢測系統；強化區域間的協調配合。同年11月14日，中共中央「關於建立社會主義市場經濟體制若干問題的決定」提出，鼓勵和引導農村剩餘勞動力逐步向非農產業轉移和地區間有序流動。到年底12月21日，勞動部在「關於建立社會主義市場經濟體制時期勞動體制改革總體設想」中，提出「以建立農村就業服務網路為突破口，合理調節城鄉勞動力流動，逐步實現城鄉勞動力流動有序化」，強調農村勞動力的流動須「合理」、「有序」。

1994年8月8日，勞動部在「關於促進勞動力市場發展，完善就業服務體

系建設的實施計劃」中指出就業服務體系對於勞動力市場運行的重要性，因此強調就業服務體系的建設。其中，有關農村勞動力流動的內容，該文件要求從加強市場引導和管理服務入手，引導農村剩餘勞動力合理有序流動。具體計劃是於1994年著手華南（廣東）、華東（上海）、華北（背景）三大區域勞動力市場信息中心建設，推進省際勞務協作，發展鄉鎮勞動服務網絡，健全流動服務制度。再於1995年，在勞務輸入輸出的重點地區形成有效的管理制度、服務手段和調控辦法，使農村勞力的跨地區流動持證率達到60%。

為了加強農村勞動力跨地區流動就業管理，1994年11月17日勞動部頒布「關於農村勞動力跨省流動就業的暫行規定」，其中第20條規定：「被用人單位跨省招收的農村勞動者，外出之前，須持身份證和其他必要的證明，在本人戶口所在地的勞動就業服務機構進行登記並領取外出人員就業登記卡；到達用人單位後，須憑出省就業登記卡領取當地勞動部門頒發的外來人員就業證；證、卡合一生效，簡稱流動就業證，做為流動就業的有效證件」。這是中國大陸第一個關於對農村勞動力跨地區流動就業實行規範化管理的文件<sup>78</sup>，其所建立起的「流動就業證」管理制度，進一步規範了農村勞動力跨地區流動的管理。

認識到農村剩餘勞動力為流動人口的主體，並認為當下的流動仍處於「盲目無序」的狀態，中共中央辦公廳、國務院辦公廳遂於1995年9月19日發佈「關於加強流動人口管理工作的意見」，針對農村剩餘勞動力的流動提出四項措施：促進農村剩餘勞動力就地就近轉移；提高勞動力跨地區流動的組織化、有序化程度；實行統一的流動人口就業證和暫住證制度；整頓勞動市場。其後於1996年5月29日，勞動部辦公廳發佈「關於『外出人員就業登記卡』發放和管理有關

---

<sup>78</sup> 同註45，頁294。

問題的通知」，至此，中國大陸建立了一整套專門針對農民進城就業的證卡管理制度<sup>79</sup>。不過如此證卡管理制度對於管理農村勞動力的對外流動成效不彰，就外出打工的農民而言，雖然知道外出打工要辦證、辦卡，但不辦證、辦卡也能找到工作；就企業而言，「證卡制度」僅在國營企業得到有限度的推行，在非國營企業中並未認真遵行；就政府部門來說，勞動力輸入省份要求輸出省在源頭把關，輸出省則認為流動有序化的主要責任要由輸入省把關，顯示出地區間協作仍然一定的矛盾<sup>80</sup>。

為了促進農村剩餘勞動力就近、有序地向小城鎮轉移，同時嚴格控制大中城市的人口機械增長，國務院於1997年6月10日批轉了公安部制定的「小城鎮戶籍管理制度改革試點方案」，允許已經在小城鎮就業、居住并符合一定條件的農村人口在小城鎮辦理城鎮常住戶口，這項措施對於農民非農化就業進城起到了積極的推動作用<sup>81</sup>。同年11月25日，國務院辦公廳轉發「勞動部等部門關於進一步做好組織民工有序流動工作意見的通知」，指出國有企業改革中產生下崗職工就業問題，同時農村大量剩餘勞動力需要尋求「新的出路」，因此必須提高民工流動的「有序化程度」。具體的措施包括鼓勵和引導農村剩餘勞動力就地就近轉移，加強勞動力市場建設等等，其目的在於優先解決城市下崗工人就業問題、控制農民進城打工的規模。

隨著國有企業工人下崗問題日益突出，中共中央、國務院於1998年6月9日發佈「關於切實做好國有企業下崗職工基本生活保障和再就業工作的通知」，要求繼續「鼓勵和引導農村剩餘勞動力就地就近轉移，合理調控進城務工的規模」。

---

<sup>79</sup> 同註44，頁87。

<sup>80</sup> 牟文建、劉小娟，組織農民工有序流動的「手」在哪裡（上），瞭望新聞週刊，1997年03期，頁10-頁11。

<sup>81</sup> 同註44，頁87。



到同年10月14日，中共中央在十五屆三中全會上通過「關於農業和農村工作若干重大問題的決定」，也強調通過「發展小城鎮」，更大規模地轉移農業富餘勞動力，避免其「向大中城市盲目流動」。

相較中央政府倡導農村勞動力流動有序化，部分地方政府則頒布一些限制使用農村勞動力的規定。如1995年2月13日，上海市勞動局發佈「上海市單位使用和聘用外地勞動力分類管理辦法」，在中國大陸首次確立外地勞動力使用分類管理制度。該「管理辦法」按行業工種特點分為三類：A類屬於可以錄用外來勞動力的行業工種；B類屬於調劑使用外地勞動力的工種；C類為不得錄用外地勞動力的工種。上海的做法產生了示範效應<sup>82</sup>，其內容包括先城市後農村的就業順序、征收管理費用、行業工種限制、農民工就業時間和就業比例限制等各個方面。同時為了配合外地勞動力分類管理制度的實行，一些城市開展了「清崗騰崗」行動，清退正在工作崗位上的農民工，換上本地下崗職工。但是有學者研究指出，由於農民工與下崗職工的求職意向和就業崗位並無根本衝突，因此「清崗騰崗」政策的效果並不理想<sup>83</sup>。

進入新世紀後，圍繞新五年計劃的討論，各界認識到要提高農民收入，擴大國內市場，就必須加快城市化進程。此時，政府對於農村勞動力流動就業的政策發生了轉變<sup>84</sup>。2000年6月13日，中共中央、國務院發佈「關於促進小城鎮健康發展的若干意見」，指出「凡在縣級市市區、縣人民政府駐地鎮及縣以下小城鎮有合法固定住所、穩定職業或生活來源的農民，均可根據本人意願轉為城鎮戶口，並在子女入學、參軍、就業等方面享受與城鎮居民同等待遇，不得實行歧視

<sup>82</sup> 江立華，論城市農民工的平等競爭權問題，華中師範大學學報（人文社會科學版），2002年04期，頁10。

<sup>83</sup> 龐文，武漢市農民工的基本狀況及其權益保護調查，社會，2003年08期，頁59。

<sup>84</sup> 同註45，頁295。

性政策。對在小城鎮落戶的農民，各地區、各部門不得收取城鎮增容費<sup>85</sup>或其他類似費用」。同年7月20日，勞動和社會保障部等部委與國務院發展研究中心發出了「關於進一步開展農村勞動力開發就業試點工作的通知」，提出試行統籌城鄉就業，以逐步建立城鄉一體化的勞動力市場；取消對農村勞動者流動就業的限制，以建立統一的就業制度。

到2001年3月17日，全國人大在「國民經濟和社會發展第十個五年計劃綱要」要求：改革城鎮戶籍制度，形成城鄉人口有序流動的機制；取消對農村勞動力進入城鎮就業的不合理限制，引導農村富餘勞動力在城鄉、地區間的有序流動；堅持城鄉統籌就業，推動城鄉勞動力市場逐步一體化。其後於2001年8月8日，國家計委在其發佈的「國民經濟和社會發展第十個五年計劃城鎮化發展重點專項規劃」中，也再次強調堅持城鄉統籌就業，建立城鄉一體的勞動力市場，積極引導農村富餘勞動力跨地區流動就業；改革城鄉分割的就業制度，除個別特大城市外取消各地區針對農民和外地人口制定的限制性就業政策。同年年底12月，為了促進勞動力合理流動、減輕務工人員負擔，國家計委官員要求面向農民工的七項收費在2002年2月底前必須取消<sup>86</sup>。

2002年2月1日，中共中央、國務院發佈的「關於做好2002年農業和農村工作的意見」，進一步要求「各地區要認真清理對農民進城務工的不合理限制和亂收費，糾正簡單粗暴清退農民工的做法」。同年11月8日中共十六大關於「全面建設小康社會，開創中國特色社會主義事業新局面」的報告亦指出，「農村富

<sup>85</sup> 所謂城鎮增容費，系指一些大中城市為了控制人口的機械增長，緩解城市基礎設施的供需矛盾，經過省人民政府批准，可以對一部分遷入市區的人員徵收城市基礎設施所需的建設和管理費用。參見徐曦華，大中專畢業生分配工作要交納城鎮增容費嗎？，湖南政報，1998年10期，頁39。

<sup>86</sup> 此七項收費包括暫住費、暫住人口管理費、計劃生育管理費、城市增容費、勞動力調節費、外地務工經商人員管理服務費、外地建築企業管理費等。參見錢覺壽編輯，農民工七項收費今年二月底前必須取消，新農村，2002年01期，頁1。

余勞動力向非農產業和城鎮轉移，是工業化和現代化的必然趨勢」；并要求「消除不利於城鎮化發展的體制和政策障礙，引導農村勞動力合理有序流動」。各地按中央的要求，清理對農民進城務工的不合理限制，取消對農民工的亂收費，改善了農民進城務工的環境<sup>87</sup>。

其後於 2003 年 1 月 5 日，國務院辦公廳發佈「關於做好農民進城務工就業管理和服務工作的通知」，繼續要求取消農民進城務工就業的不合理限制，具體包括：要求地區及有關部門取消對企業使用農民工的行政審批，取消對農民進城務工就業的職業工種限制，不得干涉企業自主合法使用農民工；取消專為農民工設置的登記項目，逐步實行暫住證一證管理；各行業和工種尤其是特殊行業和工種要求的技術資格、健康等條件，對農民工和城鎮居民應一視同仁。隨著對農民工現象有了更深入的認識，中國大陸政府對於農民工的作用評價趨於合理，逐漸放棄 90 年代初期所謂「盲流」的說法。2004 年 2 月 8 日，中共中央、國務院發佈「關於促進農民增加收入若干政策意見」，指出「進城就業的農民工已經成為產業工人的重要組成部分」，要求「簡化農民跨地區就業和進城務工的各種手續，防止變換手法向進城就業農民及用工單位亂收費」。這是國家在政策層面上首次承認農民工是工人階級的組成部分<sup>88</sup>。

為了進一步改善農民工就業環境，引導農村富余勞動力合理有序轉移，國務院於 2006 年 1 月 31 日發佈「關於解決農民工問題的若干意見」，要求各級政府為城鄉勞動者提供平等的就業機會和服務，並且「不得以解決城鎮勞動力就業為由清退和排斥農民工」。該文件還認為，解決農民工問題是建設中國特色社會主義的戰略任務，大量農民工在城鄉之間流動就業將在中國大陸長期存在。這意味

---

<sup>87</sup> 同註 44，頁 91。

<sup>88</sup> 同註 44，頁 92。

著政府將採取措施使得城市勞動力市場對農民全面開放。

## 第二項 城市勞動力之流動狀況

城市勞動力絕大多數都在國有企業工作。如前所述，國有企業從 1986 年 10 月 1 日起在招收新工人時都採取勞動合同制。然而由於單位保障制仍然發揮作用，一旦企業終止與職工之間的勞動合同將會使職工生活陷入困境，因此國有企業解除勞動合同的做法仍然少之又少。不過國企改革仍然在進行時。為了推動國有企業進入市場、增強企業活力、提高經濟效率，國務院於 1992 年 6 月 30 日頒布「全民所有制工業企業轉換經營機制條例」，希望使企業能適應市場的要求，成為自主經營、自負盈虧的商品生產和經營單位，又使企業成為獨立享有民事權利和承擔民事義務的企業法人<sup>89</sup>。不過隨著勞動制度改革的不斷深化，國營企業富餘人員問題日益突出。大量富餘人員的出現，不僅給企業的生產經營帶來影響，也給深化改革造成困難。富餘人員過多，使企業負擔沉重，機構臃腫，人浮於事，效率低下，給管理工作增加困難，影響勞動生產率的提高，也給企業轉換經營機制帶來難題。對此，國務院於 1993 年 4 月 20 日頒布「國有企業富餘職工安置規定」，就安置國有企業富餘職工的目的、原則、途徑和有關政策等作了詳細地說明<sup>90</sup>。

此外，中國大陸在 1988 年至 1991 年間進行治理整頓和經濟結構調整後，大量勞動合同制工人合同到期，「就業轉失業」<sup>91</sup>人員明顯增加。其中，長期失業人員不斷增加形成就業難點，因此引起政府勞動部門對這些失業者的再次就業問題

---

<sup>89</sup> 同註 73，頁 88。

<sup>90</sup> 同註 75，頁 329。

<sup>91</sup> 中國大陸政府採納國際勞工組織在 1982 年第 13 屆國際勞工統計大會上給失業下的定義。失業者為在參照期內無工作、但目前能夠工作並尋找工作的某一特定年齡以上的所有人員。參見 Xu, Feng. Looking for work in post-socialist China: governance, active job seekers and the new Chinese labour market. New York: Routledge, 2012, P36.

的重視。為了促進其重新就業，1993年11月3日勞動部提出「再就業工程」試點，與解決民工潮的「有序化工程」並成為就業工作的兩個工程<sup>92</sup>。隨後於同年11月14日，共產黨之十四屆三中全會通過「中共中央關於建立社會主義市場經濟若干問題的決定」，指出要「轉換國有企業經營機制，建立現代企業制度」，而現代企業意味著國有企業將不再發揮「企業辦社會」的功能，原有的醫療保險、住房、業餘生活、退休養老、子女入托、就學和就業等員工福利必須要剝離。國有企業需要將精力集中在提高經濟效益、減少人力成本，但當時社會的失業保險、醫療保險和養老保險尚不能承擔數千萬的失業人員，從而國有企業職工下崗<sup>93</sup>問題就越來越成為勞動就業工作的核心。

根據十四屆三中全會建立社會主義市場經濟體制的目標，當時的勞動部於1993年12月31日發佈「關於建立社會主義市場經濟體制時期勞動體制改革總體設想」的通知。該通知指出，雖然改革開放以來勞動制度的改革擴大了企業用人自主權和勞動者擇業自主權，但國有企業仍然沒有完全實現自主用人，一方面是富餘人員不能推向社會，另一方面是企業仍然要接收一定數量的統配人員。為了適應建立市場經濟的要求，進一步瓦解既有的通包統配、固定工制度，政府認識到要實行徹底的全員勞動合同制。而全員勞動合同制的推行，需要新的、覆蓋面廣泛的法律所支持，在這樣的歷史條件下，「勞動法」的制定被列入1994年人大常委會的立法計劃，並於同年7月公佈。同年8月24日勞動部發出「關於全面實行勞動合同制的通知」，其中為了使固定工制度向勞動合同制度平穩過渡，

---

<sup>92</sup> 同註23，頁178。

<sup>93</sup> 下崗是中國大陸國有企業在就業體制市場化轉變過程中的一種過渡性制度安排，它與失業的定義有差異。所謂「下崗」是指國有企業職員由於用人單位的生產經營狀況等原因，已經離開本人的生產或工作崗位，並已不在本單位從事工作，但仍與用人單位保留勞動關係的狀態，用人單位仍需向其發放基本生活費和代繳社會保障費用。參見汪繼福，失業、下崗的含義及其解決的對策，思想理論教育導刊，2000年07期，頁58-59。

該通知指出「應根據『勞動法』規定的不同合同期限，對工作時間較長，距離退休年齡 10 年以內的老職工，如果本人有要求，可簽訂無固定期限勞動合同」。

為了加快建立勞動合同制的步伐，確保實現「關於全面實行勞動合同制的通知」的目標，勞動部、國家經貿委和全國總工會又於 1995 年 10 月 4 日發出「關於加快建立勞動合同制度的通知」。這些宣傳、貫徹「勞動法」的措施極大的推動了勞動合同制的全面實施。到 1997 年底，實行勞動合同制的城鎮職工已達到 10728.1 萬，占同口徑職工總數的 97.5%。全員勞動合同制的實施，使得職工和企業都可以根據各自的需要靈活確定合同期限。從而解決了計劃經濟體制下職工一次分配定終身、能進不能出的問題，促進了勞動力的流動和新的用工制度的形成，為市場化就業制度的進一步完善奠定了基礎<sup>94</sup>。

全員勞動合同制的實施雖然逐漸瓦解固定工制度，但隨著國有企業改革的推進，政府面臨著國有企業虧損日益嚴重的情勢，不得不加快打破城市工人的「鐵飯碗」以進一步推進國有企業的改革。1997 年 1 月 7 日至 9 日，國務院在北京召開全國國有企業職工再就業工作會議，時任副總理的朱鎔基指出解決國有企業的困難，要靠減員增效、下崗分流、規範破產、鼓勵兼併等方法<sup>95</sup>。其後於同年 3 月 2 日，國務院發出「關於在若干城市試行國有企業兼併破產和職工再就業有關問題的補充通知」，提出要把富餘職工下崗分流作為緩解企業困難的「基本做法」，並且把原本針對長期失業人員而設計的再就業工程與緩解企業困難工作結合起來<sup>96</sup>。江澤民在同年 9 月 12 日至中共十五大做報告，該報告承認「隨著企業

<sup>94</sup> 同註 75，頁 314-317。

<sup>95</sup> 天驥，全國國有企業職工再就業工作會議在京召開，經濟工作通訊，1997 年 02 期，頁 9。

<sup>96</sup> 國務院，國務院關於在若干城市試行國有企業兼併破產和職工再就業有關問題的補充通知，中華人民共和國國務院公報，1997 年 08 期，頁 312。

改革深化、技術進步和經濟結構調整，人員流動和職工下崗是難以避免的」<sup>97</sup>。

大規模推動工人下崗成為政府追求的重大政策目標，職工下崗成為這段時間最引人注目目的社會議題<sup>98</sup>。

與此同時，政府亦意識到大規模的工人下崗對社會的衝擊巨大，必須配套相應的社會保障措施才能使下崗得以順利推進。1998年6月9日，中共中央、國務院發佈「關於切實做好國有企業下崗職工基本生活保障和再就業工作的通知」，指出為了合理配置勞動力資源和實現勞動力的正常流動，需要在所有企業以及外商投資企業的中方職工中推行和深化養老、醫療、失業等社會保險制度及住房制度的改革<sup>99</sup>。這些制度改革並未能在短期內落實，但為了維持社會的穩定，各地政府大多至少採取最低生活保障制度，發放最低生活保障津貼，以維持城市下崗與失業民眾的基本生活<sup>100</sup>。政府將解決下崗工人的就業問題列為重要的工作，許多地方政府甚至採取「騰籠換鳥」的政策，強迫規定城市中的許多行業不得雇用農民工工作，以保留工作機會給城市居民<sup>101</sup>。此外，許多政府還鼓勵下崗工人自行創業，給予各種優惠措施。

根據「關於切實做好國有企業下崗職工基本生活保障和再就業工作的通知」的要求，下崗工人進入再就業中心三年後就必須退出中心，從2001年其開始出現大批下崗職工協議期滿退出中心的高峰期，許多下崗工人因未重新就業而城市失業者。另一方面，從2001年起，部分城市對於工人下崗的方式開始有所改變，

<sup>97</sup> 江澤民，高舉鄧小平理論偉大旗幟，把建設有中國特色社會主義事業全面推向二十一世紀——在中國共產黨第十五次全國代表大會上的報告，政策，1997年10月，頁13。

<sup>98</sup> 同註38，頁68。

<sup>99</sup> 中共中央、國務院，關於切實做好國有企業下崗職工基本生活保障和再就業工作的通知，中國勞動，1998年07期，頁43。

<sup>100</sup> 同註38，頁72。

<sup>101</sup> 鄭怡雯，誰來上崗：中國城市勞動力市場的不平等競爭，台灣社會研究，2002年12期，頁68。

國有企業不再建立新的就業服務中心，新的企業減員方式是由企業直接與其解除勞動關係，以失業保險方式提供給離職的職工，不再經過中心的過渡階段<sup>102</sup>。如此做法使得下崗逐漸與失業並軌。當下崗與失業並軌後，就意味著中國大陸的勞動力市場逐漸成熟，城市勞動力亦因此獲得了市場經濟條件下的流動可能性。

### 第三項 小結

1993年之前，中國大陸的勞動力市場實際上已經成型，但仍存在城鄉分割的狀態，并未被官方所承認。經過中共十三屆四中全會確立建設社會主義市場經濟體制的目標，并肯定勞動力市場作為市場機制的地位，中國大陸的勞動力市場便逐漸從城鄉分割走向城鄉統一。這個階段之顯著特征，便是城鄉勞動力的流動性相較以往階段大大地增強。

就農村勞動力而言，中央政府的政策一開始是促進農村勞動力向城市流動的「有序化」。然而地方政府面臨國企改革大量工人下崗的壓力，同時城市就業機會尚不能兼顧城市居民以及外來農村勞動力的需要，紛紛採取限制行業種類、「騰籠換鳥」的政策，給農民工在城市就業製造障礙。邁入新世紀之後經濟形勢已經有所變化，中央政府不再使用「有序化」的用語，轉而頒布政策鼓勵農民工進城就業。至於地方政府對中央政府之政策的落實狀況，恐怕還有待觀察。

而城市勞動力方面，則因為國企改革的原因，大量的國有企業工人走向下崗、失業。全員勞動合同制的推行，使得社會主義改造以來所建立的固定工制度逐漸瓦解。而在未配套相應的社會保障措施的狀況下，中國大陸政府強力推進國有企業工人下崗，并輔以「再就業工程」為下崗工人做安排，其著眼點仍主要針對拯

---

<sup>102</sup> 同註 38，頁 73-76。



救國有企業而非工人待遇的改善。因此，就下崗工人而言，國企改革對他們的意義主要是薪資待遇下降、就業機會喪失等方面。通過實施工人「下崗」，中國大陸政府創造出大量的城市失業人口，而這些人當中絕大部分都未能回流至國有企業部門，因此這是一個通過政府力量強力推進城市勞動力流動的過程。

綜上，為了打造一個統一的勞動力市場，政府在此階段針對城鄉特質之差異採取相應的舉措。一方面，基於農村勞動力向城市大量流動的趨勢，政府採取先限制後放寬的措施；另一方面，基於城市勞動力流動力不足的局面，政府則強制工人下崗以創造出某種流動性。雖然方法迥異，但政府實施這些舉措的最終結果仍然是打造出一個消除城鄉差別的、統一的勞動力市場。即便目前未能完全實現目標，但毫無疑問的是，阻礙城鄉之間勞動力流動制度障礙已經越來越少，中國大陸的勞動力市場已經逐漸走向成熟。

### 第三章 中國大陸勞務派遣制度之出現與發展

隨著中國共產黨於 1978 年決定實施改革開放，由計劃經濟逐漸過渡到市場經濟，勞動關係也逐漸地走向市場化。不過在中華人民共和國勞動法並未制定的情況下，基於現實的需要必須作出超前的制度安排，勞務派遣制度就是其中的代表。直到 2007 年勞動合同法的制定，才有國家立法明確規範勞務派遣。究竟勞務派遣如何在中國大陸出現，在未有國家立法規範之前呈現的是何種的面貌，在勞動合同法立法之後又有怎樣的發展，接下來將一一作出探尋和解答。

#### 第一節 為解決外商代表處用工問題而產生之勞務派遣

1978 年年底中共召開十一屆三中全會，會議決定實施改革開放的國家戰略，從此中國大陸政府逐步推行對內改革、對外開放的措施。1979 年英國米特蘭銀行接受中國進出口公司的邀請，向中國經貿部申請，經北京市工商局登記註冊，在北京建立了第一家外商常駐機構。同年，又有 110 家外國商社進入中國大陸，落戶北京<sup>103</sup>。

這些外國商社在中國大陸設立代表處之後，馬上就遇到用工的問題。其時中國大陸政府並未賦予外商代表處以獨立的用工權利，意味著它們不被允許直接僱用中國員工。但外商代表處又需要了解本地市場環境、探尋其在華發展的可能性，而這些工作需要本土員工才能完成<sup>104</sup>。面對如此困境，北京市人民政府於 1979 年 9 月決定成立一家專門為外商服務的公司<sup>105</sup>，同年 10 月 29 日成立「北京市友

<sup>103</sup> 北京外企服務集團，中國人力資源服務行業 30 年發展報告，中國人才，2009 年 21 期，頁 54。

<sup>104</sup> 董悠悠，從外商代表處用工看勞務派遣背後的制度沖突，華東政法大學碩士論文，2014 年 05 期，頁 8。

<sup>105</sup> 魯曉芹、方政，為外商服務的人們——北京外國企業服務總公司側記，瞭望週刊，1990 年 49

誼商業服務總公司國內服務部」<sup>106</sup>，並於11月16日由公司派出第一位職工到外商駐京代表機構工作。而這一次的派遣活動亦標誌著該公司的成立<sup>107</sup>。

其時的「北京市友誼商業服務總公司國內服務部」，後於1999年改制為「北京外企服務集團有限責任公司」（英文簡稱為FESCO，即Foreign Enterprise Service Corporation），是北京市政府指定的向外國企業、港澳台企業、各國金融經濟組織提供人力資源等多層次服務的大型專業國際服務貿易公司<sup>108</sup>。從1979年開始，FESCO便向外國企業常駐北京代表機構提供中方雇員派遣服務，外商代表處的用工問題得到解決，而勞務派遣也從此在中國出現。

其後於1980年10月30日，中國大陸國務院發佈「關於管理外國企業常駐代表機構的暫行規定」，其中第11條規定：「常駐代表機構租用房屋、聘請工作人員，應當委託當地外事服務單位或者中國政府指定的其他單位辦理」<sup>109</sup>。該規定確認外企代表處無權自行僱用中方雇員。因此外企代表處如需僱用中方雇員，必須先由中國大陸政府指定的外事服務機構（FESCO正是被指定的外事服務機構之一）招聘錄用中方雇員，由外事服務機構和中方雇員簽訂勞動合同，再由外事服務機構把中方雇員派遣到這些需要用工的外企代表處工作。此項規定推動了向外企代表處進行勞務派遣活動的發展，然而這種形式的勞務派遣並非市場經濟的產物，而是中國政府在計劃經濟條件下通過行政命令強令「催生」<sup>110</sup>。

在國務院發佈「關於管理外國企業常駐代表機構的暫行規定」之後，各地方

---

期，頁20。

<sup>106</sup> 北京外企服務集團有限責任公司，集團簡介，網址：

[http://www.fescogroup.com.cn/fesco\\_jtjs.aspx](http://www.fescogroup.com.cn/fesco_jtjs.aspx)，最後瀏覽日期：2014年7月4日。

<sup>107</sup> 佚名，輝煌的歷程 錦繡的前景，對外大傳播，1999年12期，頁49。

<sup>108</sup> 翁曉青，如何邁進外企的大門——從北京市外企服務總公司的人才結構看外商對人才的需求，1995年05期，頁44。

<sup>109</sup> 中華人民共和國國務院，中華人民共和國國務院關於管理外國企業常駐代表機構的暫行規定，中華人民共和國國務院公報，1980年17期，頁527。

<sup>110</sup> 沈巍靜，外企代表處勞動派遣的市場化研究，華東師範大學碩士論文，2012年02期，頁20。

政府也紛紛頒布相應的行政規章。如上海市便於1986年8月6日發佈「上海市關於管理外國企業常駐代表機構的規定」，其中第11條規定「常駐代表機構聘用中國工作人員的，應當委托外事服務單位或者中國政府指定的其他單位辦理。常駐代表機構不得在中國境內自行招聘職工」<sup>111</sup>。南京市於1987年8月26日根據「江蘇省人民政府關於管理外國企業常駐代表機構有關事項的通告」的精神，發佈本市之「關於管理外國企業常駐代表機構有關事項的通告」，其中第二條即規定：「常駐南京地區的外國企業代表機構及人員，需要聘用長期的或臨時的顧問、翻譯、專業技術人員、辦事員、打字員、教師、司機、廚師、保姆、勤雜工等服務人員，租用房屋以及其他服務事項，統由南京市外事服務公司負責辦理。常駐代表機構不得自行招聘中國公民任職」<sup>112</sup>。有類似規定的還有安徽省、北京市等地方<sup>113</sup>。

有學者指出，中國大陸之所以會在1970年代末出現勞動派遣，主要是因為政府基於國家安全的考量而需要向外國駐華機構派遣相關服務人員<sup>114</sup>。不過，考慮到當時的中國大陸在社會主義改造之後直到1984年才試行勞動合同制，顯然外商代表處之類的機構也並無訂立勞動合同的主體資格，因此以勞務派遣形式解決外商代表處的用工問題，不得不說是一個折中求全的辦法。也許政府在使用勞務派遣的過程中，有政治考量的因素，但為解決外商用工問題的目的顯然更為突出。

---

<sup>111</sup> 上海市人民政府，上海市關於管理外國企業常駐代表機構的規定（試行），網址：<http://www.shanghai.gov.cn/shanghai/node2314/node3124/node3141/node3158/userobject6ai753.html>，最後瀏覽日期：2014年7月4日。

<sup>112</sup> 南京市工商局，關於管理外國企業常駐代表機構有關事項的通告，網址：<http://law.lawtime.cn/d556812561906.html>，最後瀏覽時間：2014年7月6日。

<sup>113</sup> 同註110，頁21-22。

<sup>114</sup> 常凱、李坤剛，必須嚴格規制勞動者派遣，中國勞動，2006年03期，頁9。

## 第二節 國企改革、再就業與勞務派遣的發展

用人制度改革是國企改革中的重要內容之一。儘管政府在 1986 年在國企中推行勞動合同制度，但成效不彰。到 1993 年十四屆三中全會召開，針對國企改革的部分提出要「轉換國有企業經營機制，建立現代企業制度」，隨即在國企中推行全員勞動合同制。不過由於相應之社會保險制度缺失，國企之負責人仍不敢恣意解僱職工。然而隨著時間的推進，大部分的國企面臨虧損嚴重局面，政府終於決定在人事制度方面採取更激進的改革方式。1997 年 1 月國務院在北京召開「全國國有企業兼併與破產工作會議」<sup>115</sup>，時任副總理的朱鎔基從上海考察回京，到會推薦上海的做法：創建再就業中心，由政府、企業和社會各出三分之一的資金，促進下崗職工分流<sup>116</sup>。如此一來，國有企業職工大規模下崗已經在所難免，而再就業工程則成為解決職工下崗問題的重要出路。

會後一年多的時間，中國大陸所有下崗職工的國有企業全部建立了再就業服務中心，吸納了近 99% 的下崗職工。中心的職能有三項，一是負責為本企業下崗職工發放基本生活費；二是代下崗職工繳納養老、醫療、失業等社會保險費；三是組織下崗職工參加職業指導和再就業培訓，幫助他們實現再就業。即使在中心期間實現不了再就業，還可以享受失業保險及城市最低生活保障。國企再就業服務中心體系的形成，為保障下崗職工的基本生活和促進其再就業奠定了堅實的組織基礎<sup>117</sup>。不過，按照規定，下崗職工在中心時間最長不得超過 3 年，一旦到達期限下崗職工仍未找到新的工作機會，就意味著將成為失業人員。

地方政府為了解決下崗職工的再就業問題而多方尋求辦法，而勞務派遣則成

<sup>115</sup> 後改稱「全國國有企業職工再就業工作會議」。

<sup>116</sup> 梁阿玲，北京：再就業進入倒計時，中國民政，2000 年 02 期，頁 45。

<sup>117</sup> 同前註。

為了北京市政府的重要選擇。北京市於 1998 年 8 月開始在國有企業組建再就業服務中心，到 1998 年年底，進中心的下崗職工共計 7 萬多人，實現了下崗職工全部進中心保生活的目標。但是到 1999 年上半年，下崗職工出中心再就業的比例只有不到 20%，下崗職工出中心再就業難成為當時的一大焦點。影響下崗職工再就業的主要原因有兩方面：一是用人單位不願聘用下崗職工，擔心使用下崗職工會使交易成本過高；二是下崗職工的再就業積極性不高，下崗職工感到就業以後的不確定性太大、風險太高，同時就業以後的收益遠遠不能抵消就業成本和喪失領取基本生活費的機會成本，因而寧願呆在再就業中心也不願出中心就業。

針對這種情況，北京市研究和設計了勞務派遣的制度安排，以鼓勵年齡較大、雖有一定就業能力但到市場擇業能力較差的，離開企業有後顧之憂的下崗職工再就業<sup>118</sup>。通過勞務派遣的方式將下崗職工派到用人單位工作，既滿足了企業的用人需求，降低了企業的交易成本。同時又使下崗職工能夠繼續享受勞保待遇<sup>119</sup>，再就業以後面臨的不確定性大大降低。1999 年 6 月 28 日北京市勞動和社會保障局、財政局、工商行政管理局聯合頒布了「關於印發『北京市勞務派遣組織管理暫行辦法』的通知」，制定一系列優惠政策，鼓勵下崗職工較多的企業開辦勞務派遣組織<sup>120</sup>。到 2001 年底，北京內的勞務派遣企業已有 301 家，其從業人員主要來自於滯留中心的下崗職工以及大量企業分流人員、富餘人員<sup>121</sup>。這些勞務派遣企業累計安置下崗職工 2.82 萬人，成為安置下崗職工的一個重要渠道<sup>122</sup>。

<sup>118</sup> 北京市勞動和社會保障局，完善政策 強化培訓 力促再就業，中國就業，2000 年 04 期，頁 13。

<sup>119</sup> 刻捷、劍驊，組建下崗職工勞務派遣公司探析，當代經濟，1998 年 05 期，頁 11。

<sup>120</sup> 宋豐景，專用性人力資源與勞務派遣——勞務派遣的新制度經濟學分析，北京社會科學，2005 年 01 期，頁 19。

<sup>121</sup> 楊生文，再就業的又一個重要渠道——走近北京勞務派遣企業，勞動保障通訊，2002 年 05 期，頁 24。

<sup>122</sup> 馮政、陳李翔、劉征爭，安置下崗職工的重要渠道——北京市勞務派遣企業調研報告，中國就業，2002 年 01 期，頁 4。

北京通過勞務派遣解決下崗職工再就業問題的做法受到中央政府的肯定。

2002年9月30日，中共中央、國務院發佈「關於做好下崗失業人員再就業工作的通知」，指出要「鼓勵下崗失業人員通過非全日制、臨時性、季節性、彈性工作等靈活多樣形式實現就業。通過發展勞務派遣、就業基地等組織形式，為他們靈活就業提供服務和幫助」<sup>123</sup>。實際上早有其他地方政府跟進北京市的做法，不過與北京市鼓勵企業成立勞務派遣組織所不同的是，部分地方政府直接由當地勞動局或就業服務中心等機構成立勞務派遣組織。如浙江省人力資源和社會保障廳成立雷博人力資源開發有限公司，向浙江省石油公司派遣一萬多人<sup>124</sup>；遼寧省大連市勞動保障局成立的光彩就業服務有限公司，通過勞務派遣幫助近2兩萬名下崗職工成功實現再就業<sup>125</sup>；新疆自治區烏恰縣勞動就業保險局於2003年成立烏恰市勞務派遣服務中心，以解決下崗職工就業難的問題<sup>126</sup>。此外，有地方政府認為勞務派遣不僅僅可以促進國企下崗職工再就業，還可以解決其他相應的就業問題，遂大力發展勞務派遣企業。如福建省勞動和社會保障廳便於2003年設立設立福建省勞務派遣有限公司以期解決省內多種就業問題<sup>127</sup>，其後福建省政府又於2004年12月30日發佈「福建省人民政府關於開展勞務派遣工作若干意見（試行）的通知」，明確指出勞務派遣工作「以促進下崗失業人員再就業、城鎮新增勞動力就業、大中專畢業生就業以及農村勞動力轉移就業為重點」<sup>128</sup>。福建省利用勞務派遣形式推動再就業取得一定效果，截止到2005年2月，福建省共有接

<sup>123</sup> 中共中央、國務院，關於進一步做好下崗失業人員再就業的通知，四川勞動保障，2003年01期，頁49。

<sup>124</sup> 畢景福、楊英菊，大力發展勞務派遣企業，山東勞動保障，2002年11期，頁8。

<sup>125</sup> 王進、王文悅，勞務派遣唱主角 形式靈活就業多 大連光彩就業服務有限公司5年幫助近2萬人再就業，中國勞動，2003年01期，頁21。

<sup>126</sup> 周永先、李偉，為職工再就業忙碌，今日新疆，2005年06期，頁22。

<sup>127</sup> 蔣守福，王克益：從國企改革中誕生勞務派遣品牌，就業與保障，2009年10期，頁18。

<sup>128</sup> 福建省人民政府，福建省人民政府印發關於開展勞務派遣工作若干意見（試行）的通知，福建省人民政府公報，2005年04期，頁38。

近兩萬名下崗失業人員通過勞務派遣實現了就業<sup>129</sup>。

地方政府鼓勵勞務派遣也推動勞務派遣組織的發展。在促進下崗職工再就業的過程中出現的勞務派遣組織主要有三種類型：一是企業自己辦的勞務派遣組織，以北京市的安吉勞務服務中心、信立強勞務服務中心為典型；二是勞動部門建立的派遣組織，如浙江省的雷博人力資源開發有限公司、福建省的福建省勞務派遣有限公司；三是街道和社區建立的勞務派遣組織，如北京市的五寰好幫手勞務服務社。這些組織的建立或是由於政府鼓勵組建，或是由政府直接組建，說明了行政力量對於勞務派遣組織的建立有非常顯著的影響。

然而勞務派遣僅僅是實現下崗職工再就業的方式之一<sup>130</sup>，它的效用是否能滿足下崗職工再就業的需要仍存疑問。有研究者即指出，即便是大力推動勞務派遣的北京市，其 2002 年利用勞務派遣解決再就業問題的下崗職工僅佔 10% 左右<sup>131</sup>。再者勞務派遣的推行也產生了另外的問題，部分國有企業以節省人力成本為目的，實施了所謂的「逆向派遣」。逆向派遣是指用工單位為了減少成本，與勞務公司達成協議，將本屬於自己的員工轉移到勞務公司，損害員工合法權益，逃避企業法定責任的行為<sup>132</sup>。2012 年 12 月就發生了國有企業延煉實業集團公司綜合服務公司強行逆向派遣職工事件，被逆向派遣的員工達到 600 人<sup>133</sup>。

就勞務派遣的發展還有更多值得探討、尚未確定答案的問題，不過可以肯定的是，中國大陸勞務派遣的發展跟國企改革、下崗職工再就業等問題密切相關，

<sup>129</sup> 福建省勞動保障廳信息中心，福建省勞務派遣工作成效顯著，2005 年 02 期，頁 18。

<sup>130</sup> 有學者指出再就業方式主要有五種：1. 完全脫鉤、自謀職業或到其他單位就業；2. 勞務派遣；3. 協議保留社會保險關係；4. 離崗休養；5. 社區公益性就業。參見李金華，關於下崗再就業方式的評析與思考，中南財經大學學報，2000 年 02 期，頁 39-41。

<sup>131</sup> 楊鄭君，中國勞務派遣制度的政治經濟學研究，中央民族大學碩士論文，2011 年 12 期，頁 18。

<sup>132</sup> 張弟容，論勞務派遣制度下的逆向派遣問題，宜賓學院學報，2008 年 11 期，頁 9。

<sup>133</sup> 馬姪娥，逆向勞務派遣的法律規制分析，法制與社會，2013 年 30 期，頁 266。



政府在推動勞務派遣的發展中發揮了巨大的影響。

### 第三節 促進農村勞動力轉移的勞務派遣

中國大陸實施改革開放的早期，其改革政策的著力點主要在農村地區。「家庭聯產承包責任制」得到廣泛的推行，農村生產力得到巨大的提升，從而暴露出農村的富餘勞動力問題。各地政府為了解決農村富餘勞動力問題，除了興辦鄉鎮企業以實現農民從農業到非農產業的轉移之外，還採取其他方式鼓勵農村勞動力從農村轉移到其他地區就業，而「勞務輸出」就是其中的一種方式。

勞務輸出，一般是指某個國家派出人員到其他國家去工作，從而取得一定的勞務收入。中國大陸將之稱為國際勞務合作，包括的內容有對外承包工程和勞務合作<sup>134</sup>。提倡國際勞務合作的觀點多是從解決農村剩餘勞動力問題、城市工人就業問題、青年就業問題著眼<sup>135</sup>。在國際勞務合作中，有部分的派出人員是中國大陸境內企業、事業單位的正式職工，按照合同規定成建制地派出，有計劃地輪換，在合同履行完畢後有組織地調回<sup>136</sup>。這種形式的勞務輸出可能屬於國際間的勞務派遣。

然而在中國大陸的語境下，勞務輸出實際上並非局限於國際勞務合作，地方政府亦把勞動力從本省市到外省市工作的行為稱為「勞務輸出」。如浙江省在1980年代早期面臨著農村富餘勞動力問題，就有農民到省外從事養鴨生產、發展香菇生產、出省包山造林等被認為是「勞務輸出」的活動<sup>137</sup>；同樣是為了解決

<sup>134</sup> 鄭寶銀，社會主義國家為什麼還要搞勞務輸出？，學習與研究，1984年12期，頁37。

<sup>135</sup> 楊勝利、李燕生，發揮我國人力資源優勢 進一步擴大勞務輸出，1987年03期，頁59。

<sup>136</sup> 金和，勞務、勞務輸出與勞務合作，國際貿易，1983年03期，頁19。

<sup>137</sup> 佚名，勞務輸出大有可為——浙江省能工巧匠輸出情況調查，經濟工作通訊，1984年07期，頁30。

剩餘勞動力的出路問題，江蘇省東台縣台南鄉在大力發展工副業生產的同時，積極輸出剩餘勞力到其他省市城市耕地承包、製作家具等勞務活動<sup>138</sup>；江西省估算 1994 年全省常年或季節出外省的勞務輸出人員達二百萬人以上<sup>139</sup>；甘肅省東鄉族自治區針對農民自發外出就業的情況，提出把抓勞務輸出作為全縣經濟發展的突破口，從政策方面積極鼓勵和支持勞務輸出<sup>140</sup>。這些例子都反映在 1980 到 1990 年代，部分地方政府把本省市農村勞動力到外省市提供勞務的活動認定為「勞務輸出」。

即便地方政府有不少支持本省市農村勞動力到外省市進行「勞務輸出」，但是在 21 世紀以前，中央政府對於農村勞動力的跨地區轉移卻仍採取一種限制的態度，尤其是對農村勞動力到城市提供勞務的情況限制最為嚴重，以至於「勞務輸出」的影響並不顯著。進入到新世紀後，隨著政治、經濟環境的變化，中央政府對於農村勞動力流動到城市從事勞動的態度由限制逐漸走向鼓勵，部分地方政府也隨之改進「勞務輸出」的辦法，而勞務派遣作為一種市場新興的用工形式而受到重視。

如江蘇省揚州市便結合本地實際創辦勞務派遣組織，形成勞動保障部門牽頭、鄉鎮主導、村組聯動的勞務輸出網絡，發揮當地勞動力資源的特點開展了針對性勞務派遣工作，到 2004 年初全市發展了 13 家勞務派遣組織<sup>141</sup>。山東省菏澤市政府為了解決農村勞動力轉移就業問題和農民增收問題，亦相當重視勞務輸出問題，

<sup>138</sup> 王振華，輸出剩餘勞力 開創致富新路——臺南鄉農村勞務輸出調查，農業經濟問題，1984 年 11 期，頁 30。

<sup>139</sup> 劉根蘭，江西勞務輸出喜與憂，老區建設，1994 年 01 期，頁 33。

<sup>140</sup> 顧軍、冉萬祥，勞務輸出是貧困山區治窮致富的捷徑——東鄉族自治縣的調查，理論學習，1987 年 04 期，頁 25。

<sup>141</sup> 鄭榮華，打造品牌 壯大規模——揚州市勞務輸出推動農民奔小康，中國勞動，2004 年 01 期，頁 32。

并把勞務派遣視為菏澤勞務輸出的新模式之一<sup>142</sup>。河北省灤縣成立了灤京勞動就業服務公司、灤津勞動就業服務公司和灤開勞動就業服務中心等勞務輸出實體公司，並先後與冶金部二十二冶集團、開灤集團等大型用工單位建立勞務派遣關係<sup>143</sup>。內蒙古自治區錫林郭勒盟就業局亦非常重視勞務輸出，將勞務派遣作為「一種新的理念引入錫林郭勒盟的勞務輸出工作」，並建立錫林郭勒盟勞務派遣中心來推動勞務輸出。該中心不僅僅向盟內派遣員工，亦向北京、天津等地派遣；派遣人員屬於派遣工作站勞務人員，由工作站發給勞務員人工資及繳納各種社會保險費<sup>144</sup>。以上皆表明部分地方政府將市場新興的「勞務派遣」視為「勞務輸出」的一種形式，顯示出勞務派遣的發展與政府推動勞務輸出之行為有一定的聯繫。

至於地方政府採納勞務派遣作為推動勞務輸出的原因，大多著眼於促進農村勞動力有序轉移的背景下，通過勞務派遣來提升勞務輸出的組織化水平。福建省勞動和社會保障廳廳長鐘維平在一篇文章中即指出：「勞務派遣把零散的、自發無序的農民工組織起來，通過有組織地向用工單位輸送，解決農民就業願望和信息不對稱問題，實現農民就業由無序流動轉向組織化……」<sup>145</sup>。此一見解亦與不少地方政府的見解相近，如福建省浦城縣即把勞務派遣作為「推動農村勞動力轉移的主渠道」<sup>146</sup>，河南省通過勞務派遣來爭取農村勞動力「成規模、成建制輸出」<sup>147</sup>，貴州省、四川省巴中市、四川省大英縣以及河南省周口市等地方政府亦有相似之見解<sup>148</sup>。可見這些地方政府之所以推動勞務派遣，也是因為要提高勞務輸出

<sup>142</sup> 矯學柏，加大勞務輸出力度 促進菏澤經濟發展，山東勞動保障，2004年04期，頁10-11。

<sup>143</sup> 張衛國，灤縣立足農民增收 狠抓勞務輸出產業，中國勞動，2004年05期，頁65。

<sup>144</sup> 張岫、喬小平，為勞務輸出開辟廣闊天地，實踐（黨的教育版），2004年09期，頁34-35。

<sup>145</sup> 鐘維平，發展勞務派遣 有效推進協作，四川勞動保障，2005年10期，頁10。

<sup>146</sup> 季秉一，如何推動勞務派遣工作，就業與保障，2004年12期，頁33。

<sup>147</sup> 鄧樹林，河南：勞務輸出大省的渴求，今日中國（中文版），2005年05期，頁22。

<sup>148</sup> 參見 佚名，巴中市創新勞務派遣模式——提升勞務輸出組織化水平，四川勞動保障，2005年08期，頁20；貴州省人民政府駐廣州辦事處，駐外辦事處是勞務輸出的助推器，當代貴州，2007年12期，頁35；馮國林，積極促進農村勞動力轉移就業，四川勞動保障，2008年08期，

水平以促進農村勞動力有序轉移的緣故。

而勞務派遣在農村勞動力轉移過程中發揮的作用，有學者指出有三個方面：其一是降低了企業的生產成本和人事管理成本，使企業用工制度更靈活；其二是勞務派遣在實踐中形成了職業介紹、崗前培訓、輸出安置的用工流程，將原有零散的外出務工形式變成有組織成規模的派遣形式；其三是勞務派遣工通過與勞務派遣機構簽訂「勞動合同」，勞務派遣機構對勞務派遣工的工資、福利待遇負責<sup>149</sup>。不過在勞動合同法頒布后仍然屢屢出現勞務派遣機構侵犯勞動者權益的案例，所謂勞務派遣機構對派遣勞動者負責的說法可能有待商榷。

綜上，部分地方政府為了促進農村富餘勞動力轉移而採取「勞務輸出」的方式，進入新世紀後，勞務輸出更是採納一種市場新興的形式——「勞務派遣」。於是地方政府紛紛採取「勞務派遣」以實現勞務輸出的組織化、農村勞動力轉移的有序化。從而使得勞務派遣在政府力量的再一次推動下獲得蓬勃發展。

#### 第四節 市場化、法制化下的勞務派遣

儘管政府力量對勞務派遣的發展影響巨大，但隨著中國大陸逐步建立起社會主義市場經濟體制，市場主體也在推動勞務派遣的發展。勞務派遣中的三方當事人在市場經濟條件下各自找到適用勞務派遣的理由，使得中國大陸的勞務派遣呈現越來越強烈的市場導向。

據中華全國總工會的估算，2006年前後中國大陸的勞務派遣工大約為2500萬人；其後於2011年再作動態調查測算，得出當時中國大陸企業勞務派遣工約

---

頁13；周人社，周口市農村勞動力轉移就業的調查與思考，人力資源開發，2010年08期，頁34。

<sup>149</sup> 李麗琴，勞務派遣：破解農村富餘勞動力轉移問題的新形式——以福建省為例，福州黨校學報，2008年03期，頁40。

佔企業職工總數 13.1%，約有 3700 萬人的數據<sup>150</sup>。這些數據顯示在 2011 年，國有企業使用勞務派遣工的數量最多，占國有企業職工總數的 16.2%；其次是外商（港澳台）投資企業，占 14.0%。在這些勞務派遣工中，農民工和外地戶籍人員占 52.6%，30 歲及以下的占 54.2%；大部分勞務派遣工都在一線崗位上工作<sup>151</sup>。其時勞動合同法已經實施三年且該法也設立專章規範「勞務派遣」，然而勞務派遣的發展仍然「大大超出了立法者的初衷」<sup>152</sup>。原因眾所紛紜，但不可否認的是中國大陸的勞務派遣在市場經濟的條件下以及勞動合同法的規範下，勞務派遣的適用主體儼然已發展出自身獨特的邏輯。由於勞務派遣事涉用工單位、派遣單位以及被派遣勞動者等三方主體，以下將分項討論他們三者各自參與勞務派遣活動的理由，最後介紹勞務派遣制度在現實生活中產生的問題以及立法者的應對。

## 第一項 用工單位採用勞務派遣的原因

就用工單位而言，使用勞務派遣的首要考量便是降低人力成本。企業招聘、員工培訓、檔案管理、薪酬的設計和發放、勞動爭議的處理等需要企業投入大量的人力資源管理成本和風險。勞務派遣機構利用自己在勞動力市場中積累的資源，以及人力資源專業化管理的優勢，使用工單位從繁瑣的人事工作中解放出來，在降低用工單位管理成本的同時，使用工單位專注於核心業務<sup>153</sup>。其次，用工單位亦使用勞務派遣來降低社會保險支出。由於中國大陸的社會保險制度是地方化的

<sup>150</sup> 全總勞務派遣問題課題組，當前我國勞務派遣用工現狀調查，中國勞動，2012 年 05 期，頁 23。

<sup>151</sup> 同前註，頁 23-24。

<sup>152</sup> 全國人大常委會法制工作委員會社會法室編著，勞務派遣制度解讀與法律適用，中國法制出版社，2013 年 3 月第 1 版，頁 20。

<sup>153</sup> 肖強、劉鋒、雲鵬，民營勞務派遣的發展現狀——以武漢某民營勞務派遣機構為個案研究，科技創業月刊，2013 年 01 期，頁 50。

社會保險，除養老保險已基本實現省級統籌外，其他社會保險大都在省級以下主要是縣級層面運作。中國大陸並未限制異地勞務派遣，也未規定跨地區派遣的社會保險繳費原則，所以很多用人單位利用不同地區的社會保險繳費比例差異，通過虛假的異地勞務派遣來降低保險費的支出<sup>154</sup>。再者，用工單位為了逃避社會保險歷史欠賬而使用勞務派遣。在2008年勞動合同法實施之前，中國大陸有不少企業不與勞動中簽訂勞動合同，長期拖欠社會保險費。隨著勞動合同法和「勞動爭議調解仲裁法」的實施，用工單位面臨補繳巨額社會保險費的壓力，一些企業變相利用勞務派遣來逃避社會保險欠賬<sup>155</sup>。

用工單位採用勞務派遣的另一個重要考量點，便是勞務派遣中的用工靈活性。儘管勞動合同法對維護勞務派遣工的就業穩定性做了相應的規定，但是在實踐中，與合同制職工相比，用工單位仍視派遣工為一種相對靈活的方式<sup>156</sup>。一些企業通過使用派遣勞動者，使雇員人數隨企業訂單變動<sup>157</sup>、營業網點需求的變動、機構網點的撤併迅速、有效、適時地調整用工數量和結構<sup>158</sup>，減少了人員儲備<sup>159</sup>。還有不少企業為了規避簽訂無固定期限勞動合同義務，也願意採用勞務派遣的方式來使用勞動力<sup>160</sup>，而不直接與勞動者簽訂勞動合同。不過所謂的「用工靈活性」實質上也是某種成本考量，因為彈性化用人對企業而言無異於減少人力成本，所以總的來說「用工靈活」也是降低人力成本的一種途徑。

然而用工單位採納勞務派遣這種用工方式，原因并不局限於降低人力成本。

---

<sup>154</sup> 李坤剛，我國勞務派遣法律規制的再思考，中州學刊，2013年02期，頁47。

<sup>155</sup> 同前註，頁48。

<sup>156</sup> 同註152，頁33。

<sup>157</sup> 同註114，頁10。

<sup>158</sup> 侯增艷、周霄主編，人力資源服務機構管理及勞務派遣用工現狀研究，中國人事出版社，2013年8月第1版，頁113。

<sup>159</sup> 李暉，發展與隱憂——我國勞務派遣現狀之我見，勝利油田黨校學報，2005年05期，頁47。

<sup>160</sup> 同註154，頁48。

目前，國有資產管理部門對所屬國有企業實行工資總額控制。特別是在一些工資總額增長與企業經濟效益增長掛鉤的國有企業中，勞務派遣工的工資往往不納入企業工資總額核算，而將其以勞務費的形式支出。國有企業大量使用勞務派遣工既可滿足企業生產經營活動擴張對人才和勞動力的需求，又可避免因增加職工工資支出而突破企業工資總額的限制；國有企業通過大量使用派遣工，獲得更高的利潤，使正式職工可以獲得更高的工資福利待遇<sup>161</sup>。此外，由於「勞動法」和勞動合同法均規定，只有在用人單位和勞動者之間才能形成勞動關係，用人單位的主體被限制在企業單位、事業單位、國家機關和社會團體等四種，導致現實中不少用工主體無法涵括在內。而這些用工主體又有雇用勞動者的需要，只好採取勞務派遣的方式，讓雇員與勞務派遣單位簽訂勞動合同，再由勞務派遣機構將雇員派給自己使用。以外國公司駐華代表處和辦事處為例，依據法律規定，外國企業在中國境內設立的常駐代表機構不得以自己名義直接聘用中國雇員，必須通過外事服務單位向其派遣中國雇員<sup>162</sup>。最後，對部分上市公司而言，全員勞動生產率是考核上市公司業績的重要指標，也是投資者看中的內容。勞務派遣工為公司創造效益，但又不屬於上市公司的正式員工，大量使用勞務派遣工可以大大提高上市公司的全員勞動生產率指標<sup>163</sup>。

## 第二項 派遣單位從事勞務派遣業務的原因

就派遣單位而言，雖然不少從事勞務派遣業務的機構都是在政府支持、鼓勵之下而組建的，但進入到市場後面臨著激烈的競爭，這些派遣單位也逐漸脫離政

<sup>161</sup> 同註 152，頁 9、33。

<sup>162</sup> 左祥琦，用法律調整勞務派遣當事人的關係，中國就業，2002 年 02 期，頁 11。

<sup>163</sup> 同註 152，頁 33。

府預設的軌道而在市場中謀求生存及發展。中國大陸的勞務派遣機構主要分為四種類型：一是國務院及省級政府批准成立的外服系統勞務派遣企業；二是各級政府勞動行政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機構；三是民營派遣公司；四是外資與合資派遣公司。外服系統勞務派遣企業如 FESCO，儘管在創業時期在特殊政策保護之下有過一段獨家經營的時期，隨著競爭的加劇，FESCO 仍然憑藉自身的努力保持絕大部分的市場份額<sup>164</sup>。山東省聊城市勞動和社會保障局下屬的魯西人力資源開發中心，原來的主要業務是進行勞務輸出，在激烈的市場競爭下開展勞務派遣業務，先後建立魯西人力資源（北京）有限公司、深圳魯西實業有限公司、上海魯西人才服務有限公司三家公司，2006 年底勞務派遣員工達 1.6 萬人<sup>165</sup>。一些企業在國家實施再就業工程期間建立了再就業中心，隨著其歷史使命的完成，這些再就業服務中心開始向勞務型公司轉型，如蘇州市全創人力資源有限公司即為原紡工再就業中心<sup>166</sup>。又如山東濟南萬家盛世人力資源管理諮詢有限公司，其創始人何霞基於「新生勞務派遣公司良莠不齊」的考量，決定自己創業辦一家正規的民辦職業介紹企業<sup>167</sup>。以上勞務派遣組織的創建及發展歷程，可以說明派遣單位已經發展出謀求在市場中生存、迎合市場需求的邏輯。

### 第三項 被派遣勞動者接受勞務派遣的原因

至於被派遣勞動者選擇接受勞務派遣也有其原因。一些下崗人員可以通過勞

<sup>164</sup> 厲以寧，FESCO 與體制創新，中國對外服務，1999 年 S1 期，頁 26。

<sup>165</sup> 方舟、田一珊，「魯西人力」闖瓶頸，中國就業，2007 年 08 期，頁 26-30。

<sup>166</sup> 蔡躍進、周靜，馴服就業路上的「野馬」——蘇州市勞務型公司勞務派遣情況調查，中國勞動保障，2005 年 05 期，頁 20。

<sup>167</sup> 黃野，「山東大嫂」響當當，就業與保障，2010 年 07 期，頁 42。



務派遣組織直接盡快找到合適的崗位，節省了求職的費用和時間。部分派遣勞動工作所具備的臨時性、結節性等特點也能滿足一部分勞動者對靈活就業的需求<sup>168</sup>。然而許多勞動者是在不了解合同具體內容的情況下而成為派遣勞工<sup>169</sup>，最有名的例子即為徐延格訴肯德基案（此案被新聞媒體稱為中國大陸勞務派遣第一案）。徐延格自 1995 年就在肯德基處工作，2004 年 5 月 20 日徐在肯德基的要求下與時代橋公司簽訂一份勞動合同，但仍在肯德基處工作。2005 年 10 月 12 日肯德基以違反勞動紀律和操作規程為由將徐延格退回派遣公司時代橋公司，同日時代橋公司與其解除勞動關係。徐延格遂向法院起訴，主張自己在肯德基連續工作 11 年，應當是肯德基的員工。而肯德基方面則認為徐延格是時代橋公司派遣的員工，與肯德基之間不存在勞動關係。雙方最終於 2006 年以和解結束，但該案餘波未了，直接影響到其後中國大陸勞動合同法的立法<sup>170</sup>。可以說，在勞務派遣的發展中，被派遣勞動者相較用工單位、派遣單位而言一直處於被動、弱勢的狀態。

#### 第四項 現實中勞務派遣之問題與勞動合同法的修正

儘管在勞動合同法頒布之後，勞務派遣有了國家立法的規制，被派遣勞動者的權益也得到一定的保障，但現實生活中因勞務派遣而產生的問題卻越來越嚴重。如 2008 年的勞動合同法第 66 條規定勞務派遣「一般在臨時性、輔助性或者替代性的工作崗位上實施」，現實生活中勞務派遣工卻被大量使用在非「三性」崗位<sup>171</sup>。

<sup>168</sup> 同註 159，頁 47。

<sup>169</sup> 胡挺，走近勞務派遣，中國社會保障，2006 年 07 期，頁 63。

<sup>170</sup> 董軍，肯德基勞務派遣案引發的法學思考，上海交通大學法律碩士論文，2008 年 07 期，頁 2-5。

<sup>171</sup> 同註 150，頁 24。

此外，一些用工單位利用勞務派遣用人形式，逃避社會保險義務，而勞務型公司又不為勞務人員辦理參保手續，不繳納社保費，或者是讓勞務人員自己承擔全部的社保費用。再者，一些經濟欠發達地區的勞務公司，以勞務派遣形式，大量向沿海經濟發達城市的企業派遣「低價」勞務人員，助長這些企業出現正式員工少、勞務人員多的不正常現象<sup>172</sup>。還有一些企業在「社會保險法」實施後仍然利用社會保險制度的缺陷，通過目前社會保險繳費標準的地域差異，將員工關係掛到異地的派遣機構，降低社會保險費用支出以節省成本。與企業中的正式合同工相比，勞務派遣工工作強度強、勞動保護與職業安全條件差、工資收入偏低、社會保障水平低、同工不同酬問題突出。在勞動合同法實施以後，新註冊勞務派遣機構大幅增加，但呈現出無序發展、經營混亂的狀況<sup>173</sup>。立法者注意到這些問題如果不能盡快解決，則「必然給和諧勞動關係和社會穩定帶來負面影響」<sup>174</sup>。全國人大常委會對此高度重視，要求加強調查研究，從法律上嚴格規範勞務派遣用工。根據全國人大常委會的要求，全國人大法制工作委員會牽頭制定勞動合同法修正案，該修正案經過立法、行政多個部門的溝通協調和反覆研究修改終於在2012年12月28日通過，並於2013年7月1日正式施行。該修正案是否有效阻止勞務派遣的濫用、加強被派遣勞動者的保護，仍有待時間去檢驗。

## 第五節 勞動合同法中的勞務派遣

前文雖已簡單介紹立法者在勞動合同法中規範勞務派遣的做法，但並未詳述勞動合同法中的勞務派遣三方主體的權利義務關係。由上可知，勞動合同法之所

<sup>172</sup> 蔡躍進，勞務派遣中的問題與對策，勞動保障通訊，2004年07期，頁31。

<sup>173</sup> 同註150，頁24-25。

<sup>174</sup> 同註152，頁19。

以要規範勞務派遣，其中的目的之一便是要明確勞務派遣中用工單位、派遣單位以及被派遣勞動者相互之間的權利義務關係，以應對勞務派遣在中國大陸現實生活運行中產生的種種問題。從而，分析勞動合同法中的勞務派遣規定以了解勞務派遣三方主體的權利義務，亦是掌握勞務派遣在中國大陸發展情況的一個重要途徑。下文將會從用工單位、派遣單位以及被派遣勞動者三個方面，論述其在勞動合同法之勞務派遣制度下的法定權利、義務以及相應的法律責任。

## 第一項 用工單位的法定權利、義務與法律責任

基於勞動合同法保護勞動者的立法目的以及限制勞務派遣過度發展的制度目標，勞動合同法之勞務派遣制度中有關用工單位的規定，多為課予義務的規範，少見賦予權利的規範。

勞動合同法第 65 條賦予用工單位將被派遣勞動者退回派遣單位的權利。根據勞動合同法第 65 條的規定<sup>175</sup>，被派遣勞動者如有本法第 39 條<sup>176</sup>和第 40 條第一項、第二項規定<sup>177</sup>情形，用工單位可以將勞動者退回勞務派遣單位。

至於勞務派遣專章課予用工單位義務的條文，見於勞動合同法第 59 條第二

<sup>175</sup> 中華人民共和國勞動合同法第 65 條：「被派遣勞動者有本法第三十九條和第四十條第一項、第二項規定情形的，用工單位可以將勞動者退回勞務派遣單位……」

<sup>176</sup> 中華人民共和國勞動合同法第 39 條：「勞動者有下列情形之一的，用人單位可以解除勞動合同：

- (一) 在試用期間被證明不符合錄用條件的；
- (二) 嚴重違反用人單位的規章制度的；
- (三) 嚴重失職，營私舞弊，給用人單位造成重大損害的；
- (四) 勞動者同時與其他用人單位建立勞動關係，對完成本單位的工作任務造成嚴重影響，或者經用人單位提出，拒不改正的；
- (五) 因本法第二十六條第一款第一項規定的情形致使勞動合同無效的；
- (六) 被依法追究刑事責任的。」

<sup>177</sup> 中華人民共和國勞動合同法第 40 條：「有下列情形之一的，用人單位提前三十日以書面形式通知勞動者本人或者額外支付勞動者一個月工資後，可以解除勞動合同：

- (一) 勞動者患病或者非因工負傷，在規定的醫療期滿後不能從事原工作，也不能從事由用人單位另行安排的工作的；
- (二) 勞動者不能勝任工作，經過培訓或者調整工作崗位，仍不能勝任工作的；……」

款、第 60 條第三款、第 62 條、第 63 條、第 66 條第三款以及第 67 條。其中又可分為應向被派遣勞動者履行的義務以及非向被派遣勞動者履行的義務。用工應向被派遣勞動者履行的義務，集中規定在第 62 條，該條規定用工單位應當向被派遣勞動者履行下列義務：（一）執行國家勞動標準，提供相應的勞動條件和勞動保護；（二）告知被派遣勞動者的工作要求和勞動報酬；（三）支付加班費、績效獎金，提供與工作崗位相關的福利待遇；（四）對在崗被派遣勞動者進行工作崗位所必需的培訓；（五）連續用工的，實行正常的工資調整機制。同時規定，用工單位不得將被派遣勞動者再派遣到其他用人單位<sup>178</sup>。此外，用工單位亦不得向被派遣勞動者收取費用<sup>179</sup>；用工單位應當按照同工同酬原則，對被派遣勞動者與本單位同類崗位的勞動者實行相同的勞動報酬分配辦法<sup>180</sup>；當派遣單位跨地區派遣勞動者時，用工單位應按其所在地的標準向被派遣勞動者提供勞動條件<sup>181</sup>。至於非向被派遣勞動者履行的義務，依據法律規定，則有：用工單位應當根據工作崗位的實際需要與勞務派遣單位確定派遣期限，不得將連續用工期限分割訂立數個短期勞務派遣協議<sup>182</sup>；用工單位使用勞務派遣工的數量不得超過其用工總量的一定比例<sup>183</sup>；用工單位亦不得設立勞務派遣單位向本單位或所屬單位派遣勞動

<sup>178</sup> 中華人民共和國勞動合同法第 62 條：「用工單位應當履行下列義務：

- （一）執行國家勞動標準，提供相應的勞動條件和勞動保護；
- （二）告知被派遣勞動者的工作要求和勞動報酬；
- （三）支付加班費、績效獎金，提供與工作崗位相關的福利待遇；
- （四）對在崗被派遣勞動者進行工作崗位所必需的培訓；
- （五）連續用工的，實行正常的工資調整機制。

用工單位不得將被派遣勞動者再派遣到其他用人單位。」

<sup>179</sup> 中華人民共和國勞動合同法第 60 條第三款：「勞務派遣單位和用工單位不得向被派遣勞動者收取費用。」

<sup>180</sup> 中華人民共和國勞動合同法第 63 條第一款：「……用工單位應當按照同工同酬原則，對被派遣勞動者與本單位同類崗位的勞動者實行相同的勞動報酬分配辦法。……」

<sup>181</sup> 中華人民共和國勞動合同法第 61 條：「勞務派遣單位跨地區派遣勞動者的，被派遣勞動者享有的勞動報酬和勞動條件，按照用工單位所在地的標準執行。」

<sup>182</sup> 中華人民共和國勞動合同法第 59 條第二款：「用工單位應當根據工作崗位的實際需要與勞務派遣單位確定派遣期限，不得將連續用工期限分割訂立數個短期勞務派遣協議。」

<sup>183</sup> 中華人民共和國勞動合同法第 66 條第三款：「……用工單位應當嚴格控制勞務派遣用工數量，

者<sup>184</sup>。

如果用工單位違反上述義務，則根據勞動合同法第 92 條第二款的規定，由勞動行政部門責令其限期改正；逾期不改正，以每人五千元以上一萬元以下的標準處以罰款。用工單位給被派遣勞動者造成損害的，勞務派遣單位與用工單位承擔連帶賠償責任。

## 第二項 派遣單位的法定權利、義務與法律責任

勞動合同法規定勞務派遣單位為被派遣勞動者的用人單位。因此，派遣單位作為用人單位，其所享有的權利都規定在勞動合同法的一般規定中。勞務派遣專章作為勞動合同法特別規定的一部分，並未賦予派遣單位特別的權利。

至於派遣單位所應履行的義務，除了勞動合同法一般規定中用人單位對勞動者的義務外，還包括勞務派遣專章中所課予的特別義務。其中，應向被派遣勞動者履行的義務有六：一是勞務派遣單位應當與被派遣勞動者訂立二年以上的固定期限勞動合同，按月支付勞動報酬<sup>185</sup>；二是被派遣勞動者在無工作期間，勞務派遣單位應當按照所在地人民政府規定的最低工資標準，向其按月支付報酬<sup>186</sup>；三是應當將勞務派遣協議的內容告知被派遣勞動者<sup>187</sup>；四是不得克扣用工單位按照勞務派遣協議支付給被派遣勞動者的勞動報酬<sup>188</sup>；五是不得向被派遣勞動者收取

---

不得超過其用工總量的一定比例……」

<sup>184</sup> 中華人民共和國勞動合同法第 67 條：「用人單位不得設立勞務派遣單位向本單位或者所屬單位派遣勞動者。」

<sup>185</sup> 中華人民共和國勞動合同法第 58 條第二款：「勞務派遣單位應當與被派遣勞動者訂立二年以上的固定期限勞動合同，按月支付勞動報酬；被派遣勞動者在無工作期間，勞務派遣單位應當按照所在地人民政府規定的最低工資標準，向其按月支付報酬。」

<sup>186</sup> 同前註。

<sup>187</sup> 中華人民共和國勞動合同法第 60 條第一款：「勞務派遣單位應當將勞務派遣協議的內容告知被派遣勞動者。」

<sup>188</sup> 中華人民共和國勞動合同法第 60 條第二款：「勞務派遣單位不得克扣用工單位按照勞務派遣協議支付給被派遣勞動者的勞動報酬。」

費用<sup>189</sup>；六是當勞務派遣單位跨地區派遣勞動者時，應按用工單位所在地的標準向被派遣勞動者支付報酬<sup>190</sup>。非向被派遣勞動者履行的義務，則有兩個方面：一是經營勞務派遣義務的，應當向勞動行政部門依法申請行政許可<sup>191</sup>；二是應當與接受以勞務派遣形式用工的單位訂立勞務派遣協議<sup>192</sup>。

根據勞動合同法第 92 條的規定，如果勞務派遣單位未經許可擅自經營勞務派遣業務的，由勞動行政部門責令停止違法行為，沒收違法所得，並處違法所得一倍以上五倍以下的罰款；沒有違法所得，可以處五萬元以下的罰款。如果勞務派遣單位違反勞務派遣的其他規定，則由勞動行政部門責令限期改正；逾期不改正的，以每人五千元以上一萬元以下的標準處以罰款，并可吊銷其勞務派遣業務經營許可證。

### 第三項 被派遣勞動者的法定權利

被派遣勞動者作為勞動合同法中的勞動者，既享有一般規定賦予勞動者的權利，亦享有勞務派遣專章所賦予的特別權利。勞動合同法的勞務派遣專章並未課予被派遣勞動者義務，因此本項僅介紹被派遣勞動者在勞務派遣制度中的特別權利。

被派遣勞動者在勞務派遣中所享有的權利，見於勞動合同法第 63 條、第 64 條以及第 65 條第一項。其中，第 63 條規定的是被派遣勞動者所享有的，與用工

<sup>189</sup> 中華人民共和國勞動合同法第 60 條第三款：「勞務派遣單位和用工單位不得向被派遣勞動者收取費用。」

<sup>190</sup> 中華人民共和國勞動合同法第 61 條：「勞務派遣單位跨地區派遣勞動者的，被派遣勞動者享有的勞動報酬和勞動條件，按照用工單位所在地的標準執行。」

<sup>191</sup> 中華人民共和國勞動合同法第 57 條第二款：「……經營勞務派遣業務，應當向勞動行政部門依法申請行政許可……」

<sup>192</sup> 中華人民共和國勞動合同法第 59 條第一款：「勞務派遣單位派遣勞動者應當與接受以勞務派遣形式用工的單位（以下稱用工單位）訂立勞務派遣協議……」

單位的勞動者同工同酬的權利<sup>193</sup>。第 64 條規定了被派遣勞動者所享有的民主權利，被派遣勞動者既可參加或組織用工單位的工會，亦可參加或組織被勞務派遣單位的工會<sup>194</sup>。最後，被派遣勞動者可根據勞動合同法第 36 條<sup>195</sup>、第 38 條<sup>196</sup>規定與勞務派遣單位解除勞動合同，此為被派遣勞動者的勞動合同解除權。



<sup>193</sup> 中華人民共和國勞動合同法第 63 條第一款：「被派遣勞動者享有與用工單位的勞動者同工同酬的權利……」

<sup>194</sup> 中華人民共和國勞動合同法第 64 條：「被派遣勞動者有權在勞務派遣單位或者用工單位依法參加或者組織工會，維護自身的合法權益。」

<sup>195</sup> 中華人民共和國勞動合同法第 36 條：「用人單位與勞動者協商一致，可以解除勞動合同。」

<sup>196</sup> 中華人民共和國勞動合同法第 38 條：「用人單位有下列情形之一的，勞動者可以解除勞動合同：

- (一) 未按照勞動合同約定提供勞動保護或者勞動條件的；
- (二) 未及時足額支付勞動報酬的；
- (三) 未依法為勞動者繳納社會保險費的；
- (四) 用人單位的規章制度違反法律、法規的規定，損害勞動者權益的；
- (五) 因本法第二十六條第一款規定的情形致使勞動合同無效的；
- (六) 法律、行政法規規定勞動者可以解除勞動合同的其他情形。

用人單位以暴力、威脅或者非法限制人身自由的手段強迫勞動者勞動的，或者用人單位違章指揮、強令冒險作業危及勞動者人身安全的，勞動者可以立即解除勞動合同，不需事先告知用人單位。」

## 第四章 跨地區勞務派遣制度之分析

所謂跨地區勞務派遣，又稱異地派遣<sup>197</sup>，一般指勞務派遣單位將與其訂立勞動合同的勞動者派遣到非本單位或者本單位分支機構登記的地區工作<sup>198</sup>。跨地區勞務派遣本質上只是勞務派遣的一種形態，它的運作需要滿足兩個前提條件：其一是勞動力可以跨地區移動（流動）；其二是勞務派遣的產生和發展。在勞動力不可以進行地域移動的狀態下，跨地區勞務派遣的實施根本難以想象。此外如果沒有勞動市場的存在，也不會有勞務派遣；沒有勞務派遣的產生，作為勞務派遣一種形態的跨地區勞務派遣也是無緣之水。因此，勞動力的跨地區移動、勞動市場的形成以及勞務派遣制度的發展皆為跨地區勞務派遣形成的原因。而這些內容上文已有所交代，本章則需要更進一步探究中國大陸跨地區勞務派遣在形成和發展中所出現的問題，以及解決這些問題的思考。

### 第一節 跨地區勞務派遣的成因及其出現的問題

#### 第一項 跨地區勞務派遣的出現及原因

據現有的資料顯示，最晚在 2004 年中國大陸就已出現跨地區勞務派遣<sup>199</sup>（以下簡稱為「跨地區派遣」）。其時的跨地區派遣，大多為地方政府所主導，目的是為原有的「勞動輸出」擴充新的模式。在政府官員看來，勞務派遣可以把零散無序的農民工組織起來向用工單位輸送，可實現農民就業由無序流動轉向組織化，因而大力倡導跨地區派遣，把本省市的勞動力輸送到外省市去。

<sup>197</sup> 全國人大常委會法制工作委員會行政法室編著；童衛東主編，最新「中華人民共和國勞動合同法」解讀與案例，人民出版社，2013 年 6 月第 1 版，頁 42。

<sup>198</sup> 張馳，跨地區派遣，最低工資以何地為準，人力資源，2008 年 12 期，頁 70。

<sup>199</sup> 參見前文第三章第三節 促進農村勞動力轉移的勞務派遣。



隨後各級政府勞動行政部門轄下的公共就業服務機構或人才交流服務機構也參與從事跨地區勞務派遣的業務中。一些省市的人才交流服務機構基於不同的考量開展跨地區派遣：一是從降低用工單位人力資源管理成本、使企業用人更加機動靈活的角度，認為勞務派遣可以使用人單位「用人不養人」<sup>200</sup>；二是從留住社會保險金的角度，探索「異地派遣」模式使外出務工者向勞務輸出地政府繳納社會保險費<sup>201</sup>；三是從解決青年就業難的角度，派遣本地學校畢業生到異地工作<sup>202</sup>；四是從促進勞務輸出的角度，通過勞務派遣來防止用工單位拖欠農民工工資<sup>203</sup>。以上機構的做法大多反映了政府的政策傾向，亦即促進就業、增加社會保險費積累等。然而其中也有市場導向的考量，即為降低用工單位的人力資源管理成本，可見地方人才交流服務機構亦逐漸參與市場經營而成為勞動市場的主體之一。與此同時，以營利為導向的勞務派遣機構也逐漸興起，如前文所提及的山東濟南萬家盛世人力資源管理諮詢有限公司，通過把山東籍的員工派遣到深圳企業中服務，從中收取服務費的形式來謀求自身的發展。

就跨地區派遣的發展來看，它的出現首先與人才和勞動力資源跨地區流動密切相關。經濟發展不平衡是中國大陸經濟的一項顯著特征，一方面，東中西部經濟發展不平衡，東部沿海地區經濟水平高，吸納人才就業的能力強，勞動者工資待遇水平也相對較高，中西部地區經濟發展水平低，吸引人才就業的能力弱，工資待遇水平也相對較低。另一方面，城鄉之間經濟發展不平衡，大量農民工進城務工，既有在本省範圍流動的，也有跨省流動的。上述兩方面的不平衡客觀上促

<sup>200</sup> 沈朝暉、王銳，寧波與 17 城市開展人才派遣合作，寧波日報，2005 年 3 月 12 日，版面不詳；姜慧麗、董鵬，人才派遣異地「試水」——市南區人才交流中心與上海青啤華東銷售有限公司簽訂了人才派遣協議，青島日報，2006 年 11 月 14 日，第 007 版。

<sup>201</sup> 王瑋萱，為外出務工者「留住」社保金，焦作日報，2006 年 1 月 18 日，第 C01 版。

<sup>202</sup> 賈代常、孫平伯，讓人才資源共享成為常態——山東省泰安市實施異地人才派遣的有效嘗試，中國人事報，2006 年 1 月 25 日，第 003 版。

<sup>203</sup> 張樹華、董曉兵、魏國英，異地打工 家鄉結算，石家莊日報，2006 年 2 月 10 日，第 007 版。

成中國大陸人才和勞動力資源的流動。通過跨地區派遣，身處經濟社會發展水平相對落後的中西部地區勞動者可以向經濟發展水平相對較高的東部沿海地區流動，以及由農村落後地區向中小城鎮向大城市流動<sup>204</sup>。

與用工單位直接跨地區招用勞動者比較，實施跨地區派遣有其自身的優勢。一是有利於用工單位招聘工作更加順利的進行。與用工單位比較，勞務派遣單位立足本地更有利於取得當地勞動者的信任，以便將合適的人員輸送到用工單位。二是跨地區派遣在一定程度上可以節省招工成本。對於大量中小、私營企業而言，與勞動力資源密集地區的勞務派遣公司合作，不僅可以在短時間內找到所需員工，還可以降低招工費用。三是有利於勞動爭議的及時妥善解決。當勞動者與用工單位發生勞動爭議時，勞務派遣單位與本地來源的被派遣勞動者之間相對而言更容易化解矛盾和衝突<sup>205</sup>。此外如上文所述，跨地區勞務派遣的發展也與一些地方政府採取政策鼓勵勞務輸出有關，於此亦不再贅述。

## 第二項 跨地區勞務派遣的法律規制及其問題

儘管跨地區派遣給用工單位提供了很多便利，但其在運作中卻產生了不少問題。目前，各地方之間在勞動者的最低工資標準、勞動保護和勞動條件標準等方面還存在一定的差距，地方之間在養老、醫療、工傷等各項社會保險繳費標準、待遇享受等方面也不完全相同。一些用工單位為降低成本，選擇在最低工資標準和社會保險繳費標準相對較低的地區招用勞動者，通過少付工資、少繳或者不繳按規定繳納社會保險費等方式，從而達到降低用工成本的目的<sup>206</sup>。

---

<sup>204</sup> 同註 152，頁 75。

<sup>205</sup> 同前註。

<sup>206</sup> 同前註，頁 76。

立法者也注意到在勞務派遣發展中跨地區派遣存在的問題，在 2008 年頒布實施的勞動合同法之「勞務派遣」專章中，用第 61 條規定跨地區派遣的內容：「勞務派遣單位跨地區派遣勞動者的，被派遣勞動者享有的勞動報酬和勞動條件，按照用工單位所在地的標準執行」。

所謂「勞動報酬」，一般是指勞動者給付勞動的對價。勞動合同法所稱的勞動報酬，是指用工單位依據國家的有關規定和集體合同、勞動合同約定的標準，根據勞動者提供的勞動數量和質量，以貨幣的形式直接支付給本單位的勞動者的工資等相關報酬<sup>207</sup>。

而「勞動條件」，是指勞動者完成勞動任務的必要條件，如必要的勞動工具、工作場所、勞動經費、技術資料等必不可少的物質技術條件和其他工作條件<sup>208</sup>。

之所以被派遣勞動者享有的勞動報酬和勞動條件要「按照用工單位所在地的標準執行」，是以中國大陸當下跨地區派遣的實際情況作考量。多數跨地區派遣是由經濟發展水平和工資水平較低、勞動條件標準不高的地區向經濟發達、勞動條件標準較高的地區（也即用工單位所在地）派遣，因此，一般來說，適用用工單位所在地的勞動報酬和勞動條件標準對被派遣勞動者而言更加有利<sup>209</sup>。至於

「用工單位所在地的標準」具體是指哪一層級的行政區域標準，需要根據實際情況確定，例如，用工單位所在省（自治區、直轄市）適用統一的最低工資標準的，用工單位所在地的標準即為用工單位所在的省（自治區、直轄市）的標準；用工單位所在的縣、市，針對特定行業的勞動報酬和勞動條件有特殊規定的，同樣應

<sup>207</sup> 「中華人民共和國勞動合同法」起草小組編，「中華人民共和國勞動合同法」理解與適用：最新版，法律出版社，2013 年 4 月第 1 版，頁 117。

<sup>208</sup> 同前註，頁 118。

<sup>209</sup> 同註 152，頁 77。

當適用該規定<sup>210</sup>。

勞動合同法第 61 條為被派遣勞動者的權益保障提供了重要的指引，現實中已有法院根據此條文判令派遣公司向被派遣勞動者按用工單位所在地標準支付勞動報酬<sup>211</sup>。然而該條文對被派遣勞動者的保護並不周延，社會保險費的繳納地、繳費標準以及享受社會保險待遇的標準，都沒有獲得法律明文規定。再者，所謂「跨地區派遣」的「跨地區」，是指何種行政層級的地區？立法者並未說明，有學者即批評如此規定不僅「含糊不清」，而且容易引發勞務派遣單位利用法律規定的不明確來損害勞動者的合法權益<sup>212</sup>。此外跨地區派遣還存在管轄不明確的問題。在跨地區派遣中，勞動合同的訂立地與履行地不在同一地區，勞動合同中勞務派遣單位與實際用工單位不在同一地區，用工單位常常可以因勞動關係不在本地而逃避勞動保障監察機構的監察以及應承擔的責任<sup>213</sup>。這些問題的存在使得跨地區派遣的現實運作飽受質疑。

### 第三項 勞動合同法之修法與跨地區勞務派遣

勞動合同法之所以設專章規定勞務派遣的內容，目的是要規範和適當限制勞務派遣的發展，但實施效果並不理想。2008 年勞動合同法實施以來，勞務派遣工數量不降反升，勞務派遣用工規模進一步擴大。勞務派遣用工中存在的問題愈演愈烈，引起社會輿論的高度關注。全國人大常委會先後於 2008 年、2010 年兩次組織執法檢查組對勞動合同法的實施情況開展執法檢查工作，其中皆以勞務派遣問題作為執法檢查的重點內容之一。

<sup>210</sup> 同註 197，頁 44。

<sup>211</sup> 李劍峰、莫茂雙，跨地區派遣的勞動者工資以當地為準，當代廣西，2010 年 22 期，頁 52。

<sup>212</sup> 同註 9，頁 118。

<sup>213</sup> 同前註，頁 118-119。

從常委會執法檢查以及各方面反映的情況看，勞務派遣過多、過濫成為勞動法實施中面臨的一項突出問題。其中既有用工單位、勞務派遣單位守法意識薄弱、勞動行政部門監管不到位的問題，也有法律、法規規定過於原則，操作性、規範性有待加強等問題。立法者們意識到，解決這些問題，既要「進一步強調嚴格執法」，也要「通過修改完善有關法律規定，使法律規定更加符合實際情況，並增強法律規定的可操作性」<sup>214</sup>。

在充分聽取各方面意見的基礎上形成了勞動合同法修正案（草案），其後經過多次修改完善，於2012年12月28日在十一屆全國人大常委會第三十次會議上審議通過「全國人民代表大會關於修改『中華人民共和國勞動合同法』的決定」。修改決定自2013年7月1日起施行<sup>215</sup>。

然而勞動合同法修正案並未對第61條作出任何修改，是否意味著立法者沒有考慮跨地區派遣存在的問題？答案是否定的。就跨地區勞務派遣中被派遣勞動者享有的社會保險問題，一些地方和部門已經在修法過程中提出，被派遣勞動者享有的社會保險也應當按照用工單位所在地的標準執行。而現實中被派遣勞動者享有的社會保險涉及兩方面：一是指被派遣勞動者的社會保險費繳納地點和繳費標準；二是被派遣勞動者享受社會保險待遇的標準。

就社會保險的繳納地點和繳費標準，勞務派遣單位與被派遣勞動者之間訂立勞動合同，作為被派遣勞動者的用人單位應當依照社會保險法的規定依法向其所在地的社保經辦機構辦理參保、繳費手續。此外有觀點認為，跨地區派遣的大量情況是由經濟發展水平相對較低的地區向水平較高的地區派遣，如果按照勞務派遣所在地的標準執行，就會造成勞動者在高標準所在地付出勞動，在低標準所在

---

<sup>214</sup> 同註197，頁22-23。

<sup>215</sup> 同前註，頁26。

地參加和享受社會保險的情況，不盡合理。實踐中有派遣單位正是利用這一點，選擇「社保窪地」<sup>216</sup>（參保標準較低的地區）為被派遣勞動者辦理參保手續，達到少繳社保費的目的。對於被派遣勞動者享有的社會保險問題，立法者認為「目前各地做法不一，尚需進一步總結實踐經驗」<sup>217</sup>，因此未對勞動合同法相關規定作相應修改。

至於如何解決被派遣勞動者在社會保險待遇方面存在的問題，立法者認為關鍵在於「進一步嚴格貫徹落實社會保險法的相關規定」<sup>218</sup>，但未交代相應的技術規範。針對此點，由人力資源和社會保障部頒布並定於2014年3月1日實施的「勞務派遣暫行規定」，設立第五章「跨地區勞務派遣的社會保險」，用兩個條文<sup>219</sup>來對跨地區派遣勞動者的參保地區、繳費標準和繳費主體作明確規定。被派遣勞動者的社會保險費應在「用工單位所在地」繳納，其繳費標準按「用工單位所在地的規定」。至於繳費主體為則需依情況而定，如果派遣單位有在用工單位所在地設立分支機構的即由該分支機構繳納社保費用；如果派遣單位未在用工單位設立分支機構，則由用工單位代派遣單位繳納社保費用。

之所以規範跨地區派遣的社會保險，有人社部官員表示是從保險福利待遇上體現「同工同酬」的要求<sup>220</sup>。而這兩條規定則使得勞務派遣單位利用異地少險種、

<sup>216</sup> 常珍、顧雋、李路瑤、王翎、石先廣，異地用工，合理管控不簡單，人力資源，2013年09期，頁64。

<sup>217</sup> 同註152，頁78-79。

<sup>218</sup> 同前註，頁79。

<sup>219</sup> 勞務派遣暫行規定第18條：「勞務派遣單位跨地區派遣勞動者的，應當在用工單位所在地為被派遣勞動者參加社會保險，按照用工單位所在地的規定繳納社會保險費，被派遣勞動者按照國家規定享受社會保險待遇。」第19條：「勞務派遣單位在用工單位所在地設立分支機構的，由分支機構為被派遣勞動者辦理參保手續，繳納社會保險費。勞務派遣單位未在用工單位所在地設立分支機構的，由用工單位代勞務派遣單位為被派遣勞動者辦理參保手續，繳納社會保險費。」

<sup>220</sup> 佚名，規範勞務派遣 維護勞動者權益——人社部勞動關係司負責人就「勞務派遣暫行規定」答記者問，中國職工教育，2014年07期，頁10。

低基數、低比例參保的行為成為不可能<sup>221</sup>。但是按照「社會保險法」第 57 條、58 條的規定，用人單位應當「自成立之日起三十日內」向當地社會保險經辦機構申請辦理社會保險登記，而且應當在「自用工之日起三十日內為其職工」向社會保險經辦機構申請辦理社會保險登記。如果勞務派遣單位已經依法為被派遣勞工在其註冊地辦理社會保險登記，則仍需要解決被派遣勞動者的社會保險在不同統籌地區之間的轉移接續問題。對此，人力資源和社會保障部亦已發佈「關於做好『勞務派遣暫行規定』貫徹實施工作的通知」，要求社會保險經辦機構認真做好被派遣勞動者的社會保險轉移接續和權益記錄，按規定被派遣勞動者支付相應的社會保險待遇<sup>222</sup>。

至於與社會保險相連接的工傷認定及待遇問題，也因「勞務派遣暫行規定」的實施而得到解決。在沒有規定跨地區派遣之被派遣的勞動者的社會保險在用工所在地參保、按用工所在地的標準繳費之前，依據工傷保險條例第 17 條的規定，如果勞動者發生工傷，應由派遣單位向統籌地區社會保險行政部門提出工傷認定申請。而一旦派遣單位不為受傷的被派遣勞動者申請工傷認定，那麼被派遣勞動者就必須返回到勞務派遣單位所在地申請認定工傷，這樣的情形對跨地區被派遣勞動者而言相當不利。而地區間的工傷待遇又因地區間的社會保險繳費基數差異有所不同<sup>223</sup>，被跨地區派遣的勞動者很可能由於工傷問題而享受到較差的待遇。幸而「勞務派遣暫行規定」已經把以上問題都一併解決。

另外，有關跨地區派遣的勞動監察問題，其實也已經有部門規章解決。為了規範跨省、自治區、直轄市勞動保障監察案件協查工作，提高勞動保障監察案件

<sup>221</sup> 曹淑波，勞務派遣路在何方，人力資源管理，2014 年 05 期，頁 175。

<sup>222</sup> 人力資源社會保障部辦公廳，關於做好「勞務派遣暫行規定」貫徹實施工作的通知，四川勞動保障，2014 年 02 期，頁 44。

<sup>223</sup> 同註 9，頁 119。

辦理工作質量和效率，人力資源和社會保障部於2010年12月22日發佈了「跨地區勞動保障監察案件協查辦法」。該辦法規定跨地區勞動監察的「協查制度」，即由用人單位用工所在地人力資源社會保障行政部門主導，由案件相關地人力資源社會保障行政部門協助調查。而具體實施則是省級勞動保障監察機構之間委託，並可根據具體情形明確委託和受託主體。受託方在協查中如果發現被調查對象存在管轄範圍內的違法行為，則應按照有關規定查處。應該說對於跨地區勞務派遣中出現的違法情形，該辦法的內容亦足可堪用，但成效如何則未有相關資料可資參考。

最後在跨地區勞務派遣制度中，仍未解決的便是「跨地區派遣」之定義。不管是立法者還是行政部門都沒有對此做出明確說明，學界亦未見相關研究文獻。本文在接下來的討論中將會談到「跨地區派遣」的定義問題。而該定義問題，所牽涉的又是「跨地區派遣」的規範分析問題。筆者不揣淺陋，願意為此作一嘗試。

## 第二節 跨地區勞務派遣的規範要件分析

跨地區勞務派遣是勞務派遣的一種形式，勞務派遣存在的問題在跨地區勞務派遣中也有體現，如同工同酬問題、集體勞動權問題等。但本文為了突出重點，所有的討論都圍繞跨地區勞務派遣展開，因而不對中國大陸勞務派遣制度的一般問題著墨；同時，由於討論中國大陸勞務派遣制度一般問題的文章汗牛充棟，有各方的意見可供參詳，本文亦無須贅言。再者，如果把一項制度下的特殊規定研究得足夠深入、透徹，則對於該制度的理解也可起到順藤摸瓜的效果，畢竟勞動法的制度安排是牽一發而動全身。



再回顧跨地區勞務派遣制度，其主要問題有三個方面，一是勞動報酬及勞動條件，二是勞動監察，三是社會保險。此三者已經由勞動合同法、「跨地區勞動保障監察案件協查辦法」以及「勞務派遣暫行規定」的相關條文作了具體安排，看來似乎已經為被跨地區派遣的勞動者編制出一套安全的法令保護網。但如果仔細研究條文，比較法院實務與立法者解釋的落差，還是能發現當前的跨地區勞務派遣制度仍有不少的問題。如前文所述，不論立法者還是學術界都從未對所謂「跨地區」做出解釋。再者，立法者所稱之「勞動條件」並不包含社會保險等內容，而實務中法院是否也與立法者的意見一致？恐怕還有待斟酌。最後，勞動合同法頒布實施后因跨地區勞務派遣而引發的爭議多涉及社會保險，新頒布「勞務派遣暫行規定」規範了被派遣勞動者的社會保險參保及待遇，那麼按用工單位所在地的規定繳費、按國家規定享受社保待遇，又有何意義？

這些問題的解決，恐怕仍然要用規範要件分析的方法，將「跨地區勞務派遣」制度的構成要件作個別、詳盡的探討，才能找到合乎理性邏輯的解決方案。

## 第一項 「跨地區」定義之探討

「跨地區」一詞，在勞動合同法中出現兩次，其一為第 49 條：「國家採取措施，建立健全勞動者社會保險關係跨地區轉移接續制度」。其二為規範跨地區勞務派遣的第 61 條。儘管立法者沒有為第 61 條的「跨地區」做出定義，但從體系解釋的角度去觀察，如果第 49 條對「跨地區」已有解釋的話，那麼第 61 條的「跨地區」很可能有相同的定義。

在制定第 49 條的時候，有觀點認為「社會保險關係的轉移應是社會保險法

的內容」<sup>224</sup>，因此不應該在勞動合同中規定。但也有觀點指出社會保險不可跨地區轉移嚴重影響到勞動合同的訂立<sup>225</sup>。當時的城鎮企業職工基本養老保險制度由於統籌層次較低、地區間政策有差異等原因，在城鎮企業職工跨統籌地區進行流動時，部分地區還存在養老保險關係轉移接續難的問題。此外由於城市與農村養老保險不同步，辦法不銜接，造成了大量農民工的養老保險關係轉移接續困難。而勞動者考慮到社會保險無法轉移接續而難以充分享受社會保險待遇，從而不願意繳納社會保險費，進而對訂立書面勞動合同存有疑慮。為了「促進書面勞動合同的訂立」<sup>226</sup>，勞動合同法制定了社會保險可以轉移接續的原則規定。

從以上內容可知，勞動合同法第 49 條的「跨地區」應為社會保險法意義上的「跨統籌地區」。而所謂「統籌地區」，在 2010 年實施的「社會保險法」中並未有定義，而社會保險法體系中的「國務院關於建立城鎮職工基本醫療保險制度的決定」中，其第二條有規定：「基本醫療保險原則上以地級以上行政區（包括地、市、州、盟）為統籌單位，也可以縣（市）為統籌單位，北京、天津、上海 3 個直轄市原則上在全市範圍內實行統籌（以下簡稱統籌地區）」。<sup>227</sup>該規定指出除了直轄市之外，所謂「統籌地區」即為「地級以上行政區」。從而第 49 條的「跨地區」，其意思應為「跨地級以上行政區」，並以其為區分標準以處理社會保險關係的轉移接續。

而第 61 條的「跨地區」可能為「跨地級以上行政區」，但未必為所謂的「跨統籌地區」。從前文的介紹來看，該條的訂定其主要背景為中國大陸地方經濟不平衡的狀況，考慮到各地之間的勞動報酬和勞動條件皆有落差，立法者制訂該條

---

<sup>224</sup> 同註 207，頁 98。

<sup>225</sup> 同註 197，頁 194。

<sup>226</sup> 同前註。

文以提供指引。顯然，該條與第 49 條主要考慮社會保險轉移接續困難的立法背景迥然不同。再者，同一統籌地區內，其內部也可能存在勞動條件和勞動報酬的差異，以福建省為例，其企業職工基本養老保險已經實現省級統籌<sup>227</sup>，但省內各市則有不同的最低工資標準<sup>228</sup>。若以「跨統籌地區」來理解第 61 條的「跨地區」，則保護被派遣勞動者的效果可能因此折損。所以，第 61 條的「跨地區」並非為「跨統籌地區」。

從條文本身的文義去看，不管派遣單位所在地是否與用工單位所在地一致，被派遣勞動者享有的勞動報酬和勞動條件都一概適用用工單位所在地的標準。

「所在地的標準」表明這些標準應該由地方政府或地方立法機關訂定，既可能是政府規章訂定的標準，也可能是地方性法規訂定的標準，絕非企業自身設定的標準。無論如何，跨地區勞務派遣的適用，必須是在勞動報酬和勞動條件標準不相同的行政區域之間，否則在勞動報酬和勞動條件標準完全一致的行政區域中就失去跨地區勞務派遣條文的指引意義。

從而跨地區勞務派遣的適用，應為以下的情況：派遣單位所在地與用工單位所在地分別位於勞動報酬和勞動條件標準並不一致的行政區域。考慮到「勞動條件」的概念非常寬泛、模糊，也缺乏相關法律文件規範「勞動條件」，因此本文將不討論勞動條件的地域差異。而「勞動報酬」則是有不同的地方標準，如最低工資，依中國人民共和國勞動法第 48 條規定，最低工資的「具體標準由省、自治區、直轄市人民政府規定，報國務院備案」。又根據原勞動和社會保障部於 2004 年 3 月 1 日施行的「最低工資規定」，其第 7 條規定「省、自治區、直轄市範圍內的不同行政區域可以有不同的最低工資標準」，可見就地方政府訂定的最低工

<sup>227</sup> 史寒冰，省級統籌：曠日持久的攻堅戰，中國社會保障，2009 年 05 期，頁 16。

<sup>228</sup> 佚名，上調最低工資標準 福建 24.5% 幅度最大，2010 年 12 期，頁 28。

資標準最高可到省一級的地方政府，但最低的一級則未知。以山東省為例，該省於 2014 年 3 月 1 日起實施新的最低工資標準，包含月最低工資及小時最低工資兩部分。但無論是月最低工資還是小時最低工資標準，都不是全省統一，而是劃分為三個地區分別適用三個最低工資標準，其中月最低工資分別為 1500、1350、1200 元人民幣，時最低工資為 15、13.5、12 元人民幣<sup>229</sup>。就山東省的最低工資規定而言，對最低工資作規定的是省級政府，在適用上則是依地區適用不同的最低工資標準。這些地區並非中華人民共和國憲法第 30 條意義下的行政區劃，而是基於不同的經濟發展狀況而作的行政劃分。而跨地區勞務派遣中的「跨地區」，正是跨越勞動報酬和勞動條件標準不同的行政區域，非指跨越行政管轄權不同的行政區域。

綜上，勞動合同法第 61 條所謂的「跨地區」，應指跨越勞動報酬和勞動條件標準不同的行政區域。只要派遣單位所在地適用的勞動條件和勞動標準不同於用工單位所在地適用的標準，而派遣單位又向用工單位派遣勞動者的，此情形即屬「跨地區派遣」。

## 第二項 「勞動報酬」及「勞動條件」的認定

有關「勞動報酬」及「勞動條件」的內涵，前節內容已經有所解釋。但那只是勞動合同法起草小組人員做出的解讀，充其量只能說是立法者的思考，並非具有法律效力的「立法解釋」<sup>230</sup>。然而不管是中國大陸的「勞動法」還是勞動合同

<sup>229</sup> 山東省人民政府，山東省人民政府關於公佈全省最低工資標準的通知，濟南市人民政府公報，2014 年 05 期，頁 6-7。

<sup>230</sup> 所謂「立法解釋」，即享有立法權的國家機關或授權的國家機關在法定解釋權限或授權範圍內根據法定的程序，運用科學的解釋方法對法的含義或異議所做的說明活動。參見覃輝、羅昭，論立法解釋的概念及其特徵，邊疆經濟與文化，2007 年 04 期，頁 43。

法皆並未明確「勞動報酬」及「勞動條件」的定義，因此只要解釋合理、符合法的體系要求，亦足資為論證的依據。以下將分別就「勞動報酬」和「勞動條件」討論其定義，並且結合跨地區勞務派遣的實務問題來檢視這些定義的適用是否合理。

### 第一款 「勞動報酬」的部分

在勞動合同法起草小組的解釋中，勞動報酬為「用工單位依據國家的有關規定和集體合同、勞動合同約定的標準，根據勞動者提供的勞動數量和質量，以貨幣的形式直接支付給本單位的勞動者的工資等相關報酬」。比照原勞動部於1995年8月4日發佈的「關於貫徹執行『中華人民共和國勞動法』若干問題的意見」第53條<sup>231</sup>的內容，起草小組的解釋與該條文的內容有很多明顯重合的地方。儘管這個解釋有使用「工資等相關報酬」的字眼，但毋庸諱言的是，起草小組的解釋就是「意見」中所稱的「工資」。而「意見」第53條所稱的「勞動報酬」，其範圍又比「工資」更廣泛，包括獎金、稿費等；可見起草小組對「勞動報酬」的解釋略顯狹窄。最高人民法院於2013年1月16日發佈的「關於審理拒不支付勞動報酬刑事案件適用法律若干問題的解釋」，其中第1條規定：「勞動者依照『中華人民共和國勞動法』和『中華人民共和國勞動合同法』等法律的規定應得的勞動報酬，包括工資、獎金、津貼、補貼、延長工作時間的工資報酬及特殊情況下

<sup>231</sup> 關於貫徹執行「中華人民共和國勞動法」若干問題的意見第53條：「勞動法中的『工資』是指用人單位依據國家有關規定或勞動合同的約定，以貨幣形式直接支付給本單位勞動者的勞動報酬，一般包括計時工資、計件工資、獎金、津貼和補貼、延長工作時間的工資報酬以及特殊情況下支付的工資等。『工資』是勞動者勞動收入的主要組成部分。勞動者的以下勞動收入不屬於工資範圍：(1)單位支付給勞動者個人的社會保險福利費用，如喪葬撫恤救濟費、生活困難補助費、計劃生育補貼等；(2)勞動保護方面的費用，如用人單位支付給勞動者的工作服、解毒劑、清涼飲料費用等；(3)按規定未列入工資總額的各種勞動報酬及其他勞動收入，如根據國家規定發放的創造發明獎、國家星火獎、自然科學獎、科學技術進步獎、合理化建議和技術改進獎、中華技能大獎等，以及稿費、講課費、翻譯費等。」

支付的工資等，應當認定為刑法第二百七十六條之一第一款規定的『勞動者的勞動報酬』。顯然，勞動刑法領域中的「勞動報酬」並不局限於工資，還包含獎金、津貼、補貼等內容。勞動刑法的作用，即為貫徹勞動法規範的實現，此作用之發揮則由國家以刑法權為直接地介入勞動關係中。勞動刑法對於特定名詞的解釋應該與勞動法一般規範一致。因此該司法解釋下的「勞動報酬」，應同樣適用於勞動合同法。

結合前項的討論，勞動合同法第 61 條所稱的「勞動報酬」，其標準應為地方政府或者地方立法機關所訂定。從而跨地區勞務派遣制度中所謂的「勞動報酬」，其中有關「工資」的部分，應該為用工單位所在地的最低工資。這樣的解釋，並非意味著在有工作期間，被跨地區派遣的勞動者的工資必須為用工單位所在地的最低工資。基於誠實信用原則以及保護勞動者合法權益的立法目的，如果約定內容有利於勞動者，那麼勞動合同約定的標準可以高於但不能低於法定的標準。即便在沒有工作期間，只要約定的最低工資高於法定標準，那麼派遣單位仍需要按約定的內容向被派遣勞動者給付<sup>232</sup>。因此，只有在勞動者與派遣單位未有約定勞動報酬或者約定的勞動報酬比用工單位所在地的最低工資更低的時候，始為適用用工單位所在地的最低工資。

至於工資以外的「勞動報酬」，也是應當適用不低於用工單位所在地的標準，但限於篇幅關係本文就不再討論。

## 第二款 「勞動條件」的部分

至於「勞動條件」的部分，起草小組則認為是指「勞動者完成勞動任務的必要條件，如必要的勞動工具、工作場所、勞動經費、技術資料等必不可少的物質

<sup>232</sup> 見於北京朝陽區法院(2013)朝民初字第 22211 號、北京三中院(2014)三中民終字第 01107 號。

技術條件和其他工作條件」。就該定義而言，「勞動條件」應不包含社會保險的內容，然而實務上法院卻常常將之擴張解釋至包含社會保險的內容，在事涉跨地區勞務派遣的案例中尤其明顯。

目前收集到的事涉跨地區勞務派遣的案例，絕大部分都與工傷保險待遇有關，而法院在認定被派遣勞動者所享有的工傷保險待遇之適用標準時，往往會依據勞動合同法第 61 條的規定，認定被跨地區派遣勞動者享有的工傷保險待遇應適用用工單位所在地的標準。如 2011 年 10 月 18 日審結的永鐙科技（南京）有限公司等與何坤工傷保險待遇糾紛上訴案<sup>233</sup>中，法官認定該案的爭議焦點為「異地派遣員工遭受工傷按何地標準計發工傷保險待遇問題」，隨後法官援引勞動合同法第 61 條以及國務院勞動合同法實施條例第 14 條<sup>234</sup>，說明「被派遣勞動者的工傷待遇應當按照用工單位所在地的標準執行」。

此外，在勞動合同履行地與用工單位所在地一致的情況下，有法院僅用勞動合同法第 61 條即確定用工單位所在地的標準被派遣勞動者工傷待遇適用的標準<sup>235</sup>；而在勞動合同履行地與用工單位所在地不一致的情況，有法院則僅用國務院勞動合同法實施條例第 14 條確定勞動合同履行地的標準為被派遣勞動者工傷待遇適用的標準<sup>236</sup>。當勞動合同履行地與用工單位所在地不一致的時候，法院應當適用的是用工單位所在地的標準。因為勞動合同法是人大常委會立法，屬於法律，而「實施條例」只是國務院制訂的行政法規。依據中華人民共和國立法法第 79

<sup>233</sup> 見於江蘇南京中院(2011)寧民終字 2845 號。

<sup>234</sup> 中華人民共和國勞動合同法實施條例第 14 條：「勞動合同履行地與用人單位註冊地不一致的，有關勞動者的最低工資標準、勞動保護、勞動條件、職業危害防護和本地區上年度職工月平均工資標準等事項，按照勞動合同履行地的有關規定執行；用人單位註冊地的有關標準高於勞動合同履行地的有關標準，且用人單位與勞動者約定按照用人單位註冊地的有關規定執行的，從其約定。」

<sup>235</sup> 見於江蘇南京中院(2012)寧民終字第 245 號、廣東廣州中院(2012)穗中法民一終字第 190 號、安徽合肥中院(2014)合民一終字第 00075 號、山東青島中院(2014)青民一終字第 605 號。

<sup>236</sup> 見於新疆昌吉中院(2013)昌民一終字第 844 號。

條第一款的規定<sup>237</sup>，兩者在使用上出現衝突時應優先適用法律。因此法院僅適用「實施條例」來確定被派遣勞動者的工傷待遇標準恐怕難謂恰當。

不管是運用勞動合同法第 61 條還是「實施條例」第 14 條來解釋被派遣勞動者應適用的工傷待遇標準，必須滿足「勞動條件包括社會保險」這一條件。然而，就勞動合同法的內容而言，「勞動條件」確實是不包含「社會保險」的。勞動合同法第 17 條即規定：「勞動合同應當具備以下條款：……（七）社會保險；（八）勞動保護、勞動條件和職業危害防護；……」法院運用第 61 條來確定被派遣勞動者工傷待遇的標準，已經把「勞動條件」作了擴張解釋，有違背法律規定之嫌。

實際上，已有法院認為勞動合同法第 61 條所指的勞動條件并不包括工傷保險待遇。在胡玉波與無錫小天鵝股份有限公司等工傷保險待遇糾紛上訴案<sup>238</sup>中，法官即指出勞動合同法第 61 條「雖明確派遣勞動者的勞動報酬和勞動條件按照用工單位所在地標準執行，但並沒有包括工傷保險待遇」，同時法官認為「工傷保險關係與勞動關係不同，除勞資雙方外，還涉及到工傷保險基金，應當按照工傷保險統籌地區的標準確定工傷保險待遇，但并不影響勞動者享受相同勞動報酬和勞動條件的權利」，因而判令被派遣勞動者的工傷待遇按派遣單位所在地的標準執行。更有法院無視當事人主張適用勞動合同法第 61 條的請求，徑自按照「工傷保險條例」的相關規定，判令被跨地區派遣的勞動者的工傷保險待遇按派遣單位所在地執行<sup>239</sup>。這些判決嚴格遵循了現行法的相關規定，並沒有使「勞動條件」的適用逸脫於勞動合同法限定的範圍。

總的來說，勞動合同法所謂的「勞動條件」應非包含社會保險的內容，僅為

<sup>237</sup> 中華人民共和國立法法第 79 條：「法律的效力高於行政法規、地方性法規、規章。行政法規的效力高於地方性法規、規章。」

<sup>238</sup> 見於江蘇無錫中院(2012)錫民終字第 0400 號。

<sup>239</sup> 見於河南鄭州中院(2013)鄭民二終字第 888 號。



「勞動者為完成勞動任務所必須的條件」。勞動合同法第 61 條及「實施條例」第 14 條都沒有對被跨地區派遣的勞動者的社會保險待遇做出指引。在「勞務派遣暫行規定」適用之前，仍然是需要依據社會保險法的相關規定執行，被派遣勞動者享受的是派遣單位所在地的社會保險待遇。

### 第三項 「按照用工單位所在地的規定」的意義

上文已經談到，之所以被跨地區派遣的勞動者享受的勞動報酬和勞動條件，要按照用工單位所在地的標準執行，是因為當下多數的跨地區派遣是將勞動者由經濟不發達地區派遣到經濟較發達的地區，採用用工單位所在地的標準以求更有利於保護被派遣勞動者。而勞動合同法第 61 條未規範跨地區被派遣勞動者的社會保險問題，則是因為「尚需進一步總結實踐經驗」。然而現實中跨地區勞務派遣的爭議多集中於社會保險待遇標準問題，顯示出法律規定缺乏清晰的指引。這些爭議的重點則落在適用何地的標準。

如前項所言，從勞動合同法的內容中不能推導出「勞動條件」包含「社會保險」，意味著該法第 61 條不能適用於確定被派遣勞動者的社會保險待遇標準。不過「勞務派遣暫行規定」已經明確，跨地區派遣勞動者的派遣單位「应当在用工单位所在地为被派遣劳动者参加社会保险，按照用工单位所在地的规定缴纳社会保险费，被派遣劳动者按照国家规定享受社会保险待遇」。所謂「用工單位所在地的規定」，與「用工單位所在地的標準」僅為表述不同，意義是一致的，都是地方政府或地方立法機關所訂定的規範性文件。那麼何謂「用工單位所在地」？

「按照用工單位所在地的規定繳費」的意義又在哪裡？本項將詳細探討之。

## 第一款 用工單位所在地與社會保險統籌地區

社會保險法第 57 條規定：「用人單位應當自成立之日起三十日內憑營業執照、登記證書或者單位印章，向當地社會保險經辦機構申請辦理社會保險登記」。因此，社會保險的登記主體是用人單位，在跨地區勞務派遣中即為派遣單位。「暫行規定」第 18 條仍然是規定由派遣單位進行社會保險登記，至於繳費地點以及繳費標準，則明確為「用工單位所在地」。由於社會保險實施「屬地管理」原則，因此派遣單位的社會保險登記地點應為其住所地。但在跨地區勞務派遣中，派遣單位被要求在用工單位所在地進行社會保險登記，而派遣單位與用工單位又分屬不同地區，意味著只有兩種可能：其一，派遣單位在用工單位所在地開設分支機構，由分支機構辦理社會保險登記；其二，根據「社會保險登記管理暫行辦法」第 6 條的規定，派遣單位的社會保險登記地由相關地區協商確定，如出現意見不一致時，由上一級社會保險經辦機構確定登記地。現在「暫行規定」第 19 條明確了第二種情況由用工單位「代」派遣單位完成社會保險登記。

至於用工單位，可以是法人，也可以是非法人組織，其所在地即為其住所地，亦稱主要辦事機構所在地。「暫行規定」確定按用工單位所在地的規定繳費，被派遣勞動者按照國家規定享受社會保險待遇，是有其原因的。中國大陸的社會保險法規定了五大險種，分別為基本養老保險、基本醫療保險、工傷保險、失業保險以及生育保險。基本養老保險、工傷保險、失業保險以及生育保險都與勞動者密切相關，而基本醫療保險因為劃分為職工基本醫療保險、新型農村合作醫療和城鎮居民基本醫療保險，只有職工基本醫療保險的部分跟勞動者相關。又目前中國大陸的社會保險是採取國家立法、地方運作的模式，社會保險的繳費和待遇受到地域因素的強烈影響，不同的統籌地區有不同的社會保險繳費及給付標準。對

於被派遣的勞動者而言，選擇哪個統籌地區參加社會保險對其自身利益影響巨大。以下就基本養老保險、職工基本醫療保險、工傷保險、失業保險以及生育保險等部分，找出社會保險之繳費、待遇與地域因素相鏈接的內容進行論述。

## 第二款 社會保險繳費的地域性

就繳費的部分，只有基本養老保險費中的個人賬戶部分與地域因素相連接。社會保險費的繳費額，是以各險種的繳費基數乘以繳費費率進行計算。就基本養老保險費而言，分為社會統籌及個人賬戶部分<sup>240</sup>。社會統籌的部分由用人單位繳納，而個人賬戶的部分則由職工本人繳納。職工本人的繳費基數一般為本人上一年度月平均工資<sup>241</sup>，繳費比例則為8%<sup>242</sup>。當本人月平均工資低於當地職工平均工資60%時，應按當地職工月平均工資的60%繳費；當超過當地職工平均工資300%時，則按當地職工月平均工資的300%繳費，超過部分不記入繳費工資基數，也不記入計發養老金的基數。從而個人賬戶部分的繳費基數，其最低限額和最高限額都受到地域因素的影響。

## 第三款 社會保險待遇的地域性

待遇的部分，各險種則包含著顯著的地域因素。首先，就基本養老保險而言，勞動者所能享受的基本養老金由統籌養老金和個人賬戶組成<sup>243</sup>，其中統籌養老金是「以當地上年度在崗職工月平均工資和本人指數化月平均繳費工資的平均值為

<sup>240</sup> 中華人民共和國社會保險法第11條：「基本養老保險實行社會統籌與個人賬戶相結合。」

<sup>241</sup> 新招職工以起薪當月工資收入作為繳費工資基數；從第二年起，按上一年實發工資的月平均工資作為繳費工資基數。

<sup>242</sup> 「國務院關於完善企業職工基本養老保險制度的決定」第6條：「……為與做實個人賬戶相銜接，從2006年1月1日起，個人賬戶的規模統一由本人繳費工資的11%調整為8%，全部由個人繳費形成，單位繳費不再劃入個人賬戶。……」

<sup>243</sup> 中華人民共和國社會保險法第15條：「基本養老金由統籌養老金和個人賬戶養老金組成。」

基數，繳費每滿1年發給1%」<sup>244</sup>。

其次，在職工基本醫療保險中有起付標準和最高支付限額的規定，起付標準「原則上控制在當地職工年平均工資的10%左右」，最高支付限額「原則上控制在當地職工年平均工資的4倍左右」<sup>245</sup>。

此外，當勞動者遭遇工傷事故，根據社會保險法可從工傷保險基金與用人單位處獲得給付。工傷保險基金給付的項目中<sup>246</sup>，絕大部分項目都與社會保險統籌地區掛鉤。其中伙食補助費、到統籌地區以外就醫的交通食宿費，其具體支付標準由統籌地區人民政府規定。生活護理費則分為生活完全不能自理、生活大部分不能自理或者生活部分不能自理三個不同的登記，其支付標準為統籌地區上年度職工月平均工資的50%、40%、30%<sup>247</sup>。當勞動者因工致殘被鑒定為五級、六級傷殘，可以提出與用人單位解除或者終止勞動關係，由工傷保險基金支付一次性工傷醫療補助金；因工致殘被鑒定為七級至十級傷殘，可以等勞動、聘用合同期滿或者本人提出解除勞動、聘用合同，由工傷保險基金支付一次性工傷醫療補助

<sup>244</sup> 「國務院關於完善企業職工基本養老保險制度的決定」第6條：「……退休時的基礎養老金月標準以當地上年度在崗職工月平均工資和本人指數化月平均繳費工資的平均值為基數，繳費每滿1年發給1%。……」

<sup>245</sup> 「國務院關於建立城鎮職工基本醫療保險制度的決定」第3條：「……要確定統籌基金的起付標準和最高支付限額，起付標準原則上控制在當地職工年平均工資的10%左右，最高支付限額原則上控制在當地職工年平均工資的4倍左右。……」

<sup>246</sup> 中華人民共和國社會保險法第18條：「因工傷發生的下列費用，按照國家規定從工傷保險基金中支付：

- (一) 治療工傷的醫療費用和康復費用；
- (二) 住院膳食補助費；
- (三) 到統籌地區以外就醫的交通食宿費；
- (四) 安裝配置傷殘輔助器具所需費用；
- (五) 生活不能自理的，經勞動能力鑒定委員會確認的生活護理費；
- (六) 一次性傷殘補助金和一至四級傷殘職工按月領取的傷殘津貼；
- (七) 終止或者解除勞動合同時，應當享受的一次性醫療補助金；
- (八) 因工死亡的，其遺屬領取的喪葬補助金、供養親屬撫恤金和因工死亡補助金；
- (九) 勞動能力鑒定費。」

<sup>247</sup> 工傷保險條例第34條第二款：「生活護理費按照生活完全不能自理、生活大部分不能自理或者生活部分不能自理3個不同等級支付，其標準分別為統籌地區上年度職工月平均工資的50%、40%或者30%。」

金。此一次性工傷醫療補助金的具體標準由省、自治區、直轄市人民政府規定。如果勞動者因工死亡，可以從工傷保險基金中獲得喪葬補助金，喪葬補助金為6個月的統籌地區上年度職工月平均工資。至於用人單位支付的部分，如果勞動者滿足請求一次性工傷醫療補助金的條件，也可請求用人單位支付一次性傷殘就業補助金，其標準亦由省、自治區、直轄市人民政府規定。另外，工傷保險條例中的「本人工資」亦有所限制，高於統籌地區職工平均工資300%的，按統籌地區職工平均工資的300%計算；地域統籌地區職工平均工資60%的，按照統籌地區職工平均工資的60%計算<sup>248</sup>。毫無疑問，工傷保險待遇的給付內容與地域因素有非常強的連接。

最後談失業保險和生育保險的給付。失業人員符合相關條件可以從失業保險基金中領取失業保險金，失業保險金的標準由省、自治區、直轄市人民政府確定，不得低於城市居民最低生活保障標準<sup>249</sup>。至於勞動者所能享受的生育保險待遇，則包括生育醫療費和生育津貼兩部分<sup>250</sup>，這兩部分待遇標準基本上全中國大陸一致，僅在「其他項目費用」及「其他津貼」的部分有低於差異。

<sup>248</sup> 工傷保險條例第64條第二款：「本人工資高於統籌地區職工平均工資300%的，按照統籌地區職工平均工資的300%計算；本人工資低於統籌地區職工平均工資60%的，按照統籌地區職工平均工資的60%計算。」

<sup>249</sup> 中華人民共和國社會保險法第47條：「失業保險金的標準，由省、自治區、直轄市人民政府確定，不得低於城市居民最低生活保障標準。」

<sup>250</sup> 中華人民共和國社會保險法第55條：「生育醫療費用包括下列各項：

- (一) 生育的醫療費用；
- (二) 計劃生育的醫療費用；
- (三) 法律、法規規定的其他項目費用。」

「中華人民共和國社會保險法」第56條：「職工有下列情形之一的，可以按照國家規定享受生育津貼：

- (一) 女職工生育享受產假；
- (二) 享受計劃生育手術休假；
- (三) 法律、法規規定的其他情形。

生育津貼按照職工所在用人單位上年度職工月平均工資計發。」

#### 第四款 「按照用工單位所在地的規定」對被派遣勞動者的積極意義

從經驗判斷，經濟發展程度不同的地區，其勞動報酬、勞動條件、社會保險待遇標準亦會因此有所差別。一般而言，經濟較發達的地區，其勞動報酬、勞動條件、社會保險的待遇標準都會較高。而跨地區勞務派遣中，勞動者通常是從經濟較落後的地區被派遣到經濟較發達的地區，因此採用用工單位所在地的標準來確定被派遣勞動者的待遇，應當能起到更有利於被派遣勞動者的作用。又從社會保險之繳費、待遇與地域因素之聯結的考察來看，確實有為數眾多的給付項目與統籌地區（即為用工單位所在地）的標準掛鉤，從而「按照用工單位所在地的規定繳納社會保險費，被派遣勞動者按照國家規定享受社會保險待遇」的意義就在這裡：被派遣勞動可因之獲得更好的社會保險待遇。

#### 第四項 被跨地區派遣之勞動者的團結權問題

從集體勞動法的面向來看，跨地區勞務派遣制度並未特別考慮被派遣勞動者的團結權問題。勞動合同法第64條僅對被派遣勞動者的團結權作一般性的規定：「被派遣勞動者有權在勞務派遣單位或者用工單位依法參加或者組織工會，維護自身的合法權益。」從該條文看，不管是一般勞務派遣下的勞動者，還是跨地區勞務派遣下的勞動者，都可以選擇加入或組織勞務派遣單位的工會或用工單位的工會。

然而該條文在現實生活中卻窒礙難行，因為勞務派遣的三方主體都有各自的考量，中華全國總工會更發佈「關於組織勞務派遣工加入工會的規定」企圖規範被派遣勞動者加入工會的問題。究竟這三方主體的考量為何？而「關於組織勞務派遣工加入工會的規定」的執行是否會能保護被派遣勞動者的團結權？針對這些

問題，以下將分款論述之。

### 第一款 勞務派遣三方主體的考量

從被派遣勞動者的角度來說，派遣勞動屬於靈活就業的一種，勞務派遣人員的流動性較大<sup>251</sup>，因此就算是同一派遣單位的勞動者，也較難形成穩定的工會組織。此外，被派遣勞動者之間關係疏遠，在同一個派遣單位中，被派遣勞動者種類繁多，既可能有缺乏特殊技能的藍領勞工，也可能有專業的白領階層。這些被派遣勞動者之間的工作性質與種類差別很大，實際工作地點又多不相同，彼此之間往往沒有共同的利益<sup>252</sup>。再者，工會的重要作用之一是改善勞動者的工作條件和工作環境，由於勞務派遣單位自身的局限性，而且被派遣勞動者的工作條件和環境都是用工單位所提供。因此很多情況下，被派遣勞動者不願意參加勞務派遣單位的工會，他們更願意參加用工單位的工會<sup>253</sup>。

就派遣單位的角度而言，因為被派遣勞動者的勞動條件與勞動保護、勞動報酬以及是否有工可做，很大程度上是由用工單位決定，勞務派遣單位依據勞務派遣協議的一般規定很難對用工單位的內部事務進行干預。從而即便派遣單位組建了工會，工會的工作也很難開展<sup>254</sup>。此外，雖然派遣單位與被派遣勞動者簽訂勞動合同，但由於被派遣勞動者提供勞務的對象和地點並非派遣機構，他們與派遣機構之間的關係往往相當疏離<sup>255</sup>。派遣單位僅僅是被派遣勞動者「名義上的雇主」，它本身就缺乏把勞動者組織起來的動因；被派遣勞動者對於參與其工會組織、進

<sup>251</sup> 賀小平，關於勞務派遣工工會經費代收工作的研究與探討，中國工會財會，2010年10期，頁11。

<sup>252</sup> 王娜，試析工會在勞務派遣中的作用，法制博覽(中旬刊)，2012年07期，頁274。

<sup>253</sup> 同註152，頁69。

<sup>254</sup> 同前註。

<sup>255</sup> 同註252。

行團體協商的態度也並不積極。

至於用工單位，則有認為勞務派遣工沒有與本單位簽訂勞動合同，與本單位沒有勞動關係，不是正式職工，不應把被派遣勞動者納入本單位工會組織。再者，用工單位只發放派遣人員工資，涉及職工切身利益的養老、醫療、工傷等保險和社會統籌由派遣機構上繳，因此應該由派遣機構成立工會并組織他們入會<sup>256</sup>。此外，一些用工單位為了降低雇用成本、節省開支，不適當地擴大使用派遣員工的範圍，更進而把以前的正式員工轉為派遣員工。這種行為嚴重影響正式員工的就業穩定，導致正式員工對勞務派遣有很大的排斥心理，對派遣勞工往往持不友好的態度。從而，就算被派遣勞動者加入用工單位的工會，工會能否代表他們的利益仍存有疑問<sup>257</sup>。最後，用工單位要把被派遣勞動者納入其工會，在工會經費的提繳上也存在困難。由於勞務派遣工的勞動報酬是以勞務費的形式通過派遣單位進行發放，不納入用工單位的工資總額，因此無法計提勞務派遣工工會經費<sup>258</sup>。無法計提被派遣勞動者部分的工會經費所造成的後果是，用工單位在進行工會統一活動時，出現被派遣勞動者佔用職工的工會經費份額的情況。當工會經費額度不夠時則會造成職工對被派遣勞動者的不滿，不利於企業內部團結<sup>259</sup>。

## 第二款 對「關於組織勞務派遣工加入工會的規定」的檢討

針對被派遣勞動者應選擇參加哪個工會，以及工會經費的撥繳問題，中華全

<sup>256</sup> 湯娟，敞開勞務派遣工的入會之門，企業文明，2012年05期，頁93。

<sup>257</sup> 同註252。

<sup>258</sup> 根據中華人民共和國工會法第42條的規定，工會經費的來源有五大部分：其一為，工會會員繳納的會費；其二為，建立工會組織的企業、事業單位、機關按每月全部職工工資總額的百分之二向工會撥繳的經費；其三為，工會所屬的企業、事業單位上繳的收入；其四為，人民政府的補助；其五為，其他收入。這裡所稱「計提」的部分，即為工會經費來源的第二部分。

<sup>259</sup> 謝雨電，關於勞務派遣工工會經費會計核算的探討，中國商界(下半月)，2010年03期，頁63。



國總工會（以下簡稱「全總」）在 2009 年 4 月 30 日發佈「關於組織勞務派遣工加入工會的規定」提出了解決的方案。就被派遣勞動選擇入會問題，全總的規定為：「勞務派遣工應首先選擇參加勞務派遣單位工會，勞務派遣單位工會委員會中應有相應比例的勞務派遣工會會員作為委員會成員。勞務派遣單位沒有建立工會組織的，勞務派遣工直接參加用工單位工會。」而被派遣勞動者之工會經費撥繳問題，全總的文件也規定：「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托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。」這兩條規定呼應了現實中被派遣勞動者實現團結權的困難，但其本身也存在諸多缺陷。

首先，全總的「關於組織勞務派遣工加入工會的規定」缺乏法律意義上的強制約束力。依據「中國工會章程」規定，中國工會是「中國共產黨領導的職工自願結合的工人階級群眾組織」。即便是管理全中國大陸各級工會的機構，全總也僅為「群眾組織」，既非立法機關亦非行政機關。其發佈的規範性文件亦非「中華人民共和國立法法」中的法律、行政法規、地方性法規、自治條例、單行條例及規章，並不具有法律意義上的強制約束力，從而只能作為參考，提供指引之用。

就「勞務派遣工應首先參加勞務派遣單位工會」這一點來說，似與勞動合同法第 64 條所賦予被派遣勞動者的自由選擇權相衝突。勞動者組織和參加工會的權利有其憲法依據，即為「中華人民共和國憲法」第 35 條規定的「結社自由權」

<sup>260</sup>。從而勞動者是否參加工會，以及選擇參加哪個工會，應為憲法所保障的自由，

---

<sup>260</sup> 中華人民共和國憲法第 35 條：「中華人民共和國公民有言論、出版、集會、結社、遊行、示威的自由。」

而不應該受到人為的限制。此外，亦有論者稱在臨時性和替代性崗位上的被派遣勞動者，為避免因不斷變換用工單位帶來的工會關係不穩定，應選擇參加勞務派遣單位的工會<sup>261</sup>。此一見解似乎為被派遣勞動者的權益作相當的斟酌，但在仔細研究之下卻經不起推敲。蓋勞動者之所以組織工會，應為提升勞動條件和經濟條件之用，如果加入用工單位之工會亦可以實現如此目的，則應允許勞動者加入用工單位之工會，毋需再以被派遣勞動者的崗位作為加入何種工會的區分標準。而所謂工會關係不穩定之說法，只能是等而次之的考量。

至於被派遣勞動者的工會經費的計提問題，全總的規定可解釋為以下幾個方面：其一，工會經費的提取主體為用工單位；其二，工會經費提取的客體為被派遣勞動者的工資總額；其三，用工單位提取工會經費後應將其撥付給勞務派遣單位工會；其四，工會經費分為上繳上級工會的部分以及工會自己留用的部分；其五，用工單位工會接受委托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。有論者指出，該規定存在兩個漏洞。漏洞之一是用工單位不提取，或用工單位已提取并撥付勞務派遣單位，但勞務派遣單位不上繳，代收的稅務機關如何處理未做規定<sup>262</sup>。漏洞之二是工會經費的返還對象不明確，是返還給用工單位的工會還是勞務派遣單位的工會？整個流程給工會經費的稅務代收工作造成了障礙<sup>263</sup>。

就跨地區勞務派遣而言，被派遣勞動者的工會經費計提將是非常突出的問題。若不按照全總的規定執行，則應由派遣單位依據「中華人民共和國工會法」第

---

<sup>261</sup> 同註 197，頁 54。

<sup>262</sup> 在中國大陸，基層工會的工會經費之一部，其提繳一般是由用人單位繳付至各地方政府之稅務局。由地方稅務局根據相關規定撥給該基層工會之上級工會。上級工會又會留用一部分，而剩下一部則返還到提繳工會經費的基層工會。其規定見於由中華全國總工會、國家稅務總局於 2005 年 1 月 2 日發佈之「關於進一步加強工會經費稅前扣除管理的通知」。

<sup>263</sup> 顧軍明、張錦，對勞務派遣工會經費收繳情況的調查，中國工會財會，2011 年 02 期，頁 39。

42 條第一款第二項的規定，按每月全部職工工資總額的百分之二向工會撥付，而實際上這些費用將先由派遣單位所在地的稅務機關收繳後再在轉付給派遣單位工會的上級工會。在跨地區勞務派遣中，派遣單位不一定有工會，就算有工會也很難在被跨地區派遣的勞動者之間開展活動，因此工會經費的繳納對於被派遣勞動者而言毫無助益，徒增派遣單位工會或派遣單位所在地稅務機關之收入。縱然是按全總的規定執行，由用工單位提取工會經費撥付給派遣單位工會，亦會出現兩種尷尬的局面：第一，用工單位工會接受委托管理勞務派遣工會會員，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，一旦未能確認工會經費留用部分時被派遣勞動者作為工會會員的權益可能受損；第二，用工單位不接受委託管理勞務派遣工會會員，則被派遣勞動者仍需要返回派遣單位工會所在地參加工會活動。無論何種情形，其前提皆為被派遣勞動者加入派遣單位之工會，則跨地區勞務派遣中的被派遣勞動者的集體勞動權之實現都將因此陷入困難的境地。

#### **第四款 被派遣勞動者應自由行使其團結權**

其實，從繳納工會經費的困難來推導被派遣勞動者所應加入的工會，本身有因果顛倒的嫌疑。勞動合同法第 64 條既賦予被派遣勞動者選擇加入何者工會的權利，則應該由此出發，通過一系列的制度安排來破除被派遣勞動者加入工會的困難，而不應該以現實存在的困難，以「指引」為名限制被派遣勞動者的選擇。

如前所述，勞動者加入或組織工會，是實現其改善勞動條件和經濟條件的目的，不管是加入用工單位工會還是派遣單位工會，只要能實現如此目的，則應允許之。由當今集體勞動法的發展來觀察，工會法的「雇主」已不局限於與勞動者

具有勞動關係之相對人，當一事業主接受另一事業主派遣來的勞工，使其從事自己的業務，如其現實地、具體地支配、決定勞工之基本勞動條件時，也應解釋為相當於工會法上的雇主<sup>264</sup>。而在勞務派遣中，如果用工單位現實地、具體地支配、決定勞工之基本勞動條件時，被派遣勞動者當然可以與其他同樣被支配、決定基本勞動條件的勞動者一起，加入或組織相應的工會，來提升其勞動條件和經濟條件。從而，被派遣勞動者既可加入用工單位的工會，亦可參與派遣單位的工會，當無疑問。至於現實中存在的困難，則應該再作具體可行的制度設計來解決之。

## 第五項 無效派遣對跨地區勞務派遣的影響

勞務派遣中由兩份合同建立起三方關係，其一份為派遣單位和用工單位之間的派遣協議，另一份為派遣單位與勞動者之間的勞動合同。當這兩份合同都合法有效的情況之下，三方權利義務都由勞動合同法中的勞務派遣專章特定。然後，當這兩份合同皆為無效，三方權利義務又將如何安排？勞動合同法第 92 條僅規定，若用工單位給被派遣勞動者造成損害，則由勞務派遣單位與用工單位承擔連帶賠償責任。三方當事人所承擔的內容並不明確，從而在跨地區勞務派遣中，會出現何種異於一般勞務派遣的變動，則是本項需要探討的內容。

需要特別指出的是，本項所稱之「無效派遣」，僅指派遣單位未取得行政許可即從事派遣業務的情形。蓋在該情形下，無論是派遣單位與勞動者之間的勞動合同，派遣單位和用工單位之間的派遣協議，都因債之本旨無法實現而罹於無效。至於派遣協議或勞動合同各自無效的情形，並不能必然導致整個勞務派遣關係無效，因此就不再贅述。

---

<sup>264</sup> 同註 4，頁 366。

當派遣單位未取得從事派遣業務的行政許可時，其派遣行為即違反勞動合同法第 57 條而歸於無效。在此情形下，派遣單位並非被派遣勞動者的用人單位，而用工單位則可因勞動合同法第 7 條<sup>265</sup> 成為被派遣勞動者的用人單位。勞動合同法第 58 條雖稱「勞務派遣單位是本法所稱用人單位」，但它是勞動合同法中的特別規定，在勞務派遣合法有效的情況下，排除了一般規定第 7 條的適用。當勞務派遣無效，解釋上被派遣勞動者和用工單位的關係應適用勞動合同法的一般規定，即通過第 7 條來認定用工單位成為被派遣勞動者的用人單位。此時，用工單位即需承擔被派遣勞動者的勞動報酬、勞動條件以及社會保險方面的內容。在跨地區勞務派遣中，無效派遣與有效派遣的差異主要是社會保險的繳費問題。根據社會保險法的規定，各險種的社會保險費其統籌部分的繳費基數，清一色的為用人單位的職工工資總額<sup>266</sup>。而所謂「工資總額」，即為「各單位在一定時期內直接支付給本單位全部職工的勞動報酬總額」<sup>267</sup>。無效派遣中，用工單位根據勞動合同法第 7 條的規定成為被派遣勞動者的用人單位，被派遣勞動者的工資將納入到用工單位的工資總額之中，因此用工單位的社會保險金額將有所變動。

當然，因為勞動合同法對用人單位的資格有限制，如果用工單位為外國企業常駐代表機構、外國金融機構駐華代表機構、家庭自然人等等的非用人單位主體，則不能依據勞動合同法第 7 條的規定成為被派遣勞動者的用人單位。此時，如果勞動者因為無效派遣受有損害，而此損害由用工單位造成，則可根據勞動合同法 92 條<sup>268</sup> 向用工單位和派遣單位主張其負連帶損害賠償責任；若此損害並非由用工

<sup>265</sup> 中華人民共和國勞動合同法第 7 條：「用人單位自用工之日起即與勞動者建立勞動關係。」

<sup>266</sup> 石先廣編著，社會保險法深度釋解與企業應對，中國法制出版社，2011 年 1 月第 1 版，頁 23。

<sup>267</sup> 「關於工資總額組成的規定」第 3 條：「工資總額是指各單位在一定時期內直接支付給本單位全部職工的勞動報酬總額。」

<sup>268</sup> 中華人民共和國勞動合同法第 92 條：「……勞務派遣單位、用工單位違反本法有關勞務派遣規定的，由勞動行政部門責令限期改正；逾期不改正的，以每人五千元以上一萬元以下的標準處以罰款，對勞務派遣單位，吊銷其勞務派遣業務經營許可證。用工單位給被派遣勞動者造成損害

單位造成，則可依據勞動合同法 93 條<sup>269</sup>向派遣單位主張其負損害賠償責任。



---

的，勞務派遣單位與用工單位承擔連帶賠償責任。」

<sup>269</sup> 中華人民共和國勞動合同法第 93 條：「對不具備合法經營資格的用人單位的違法犯罪行為，依法追究法律責任；勞動者已經付出勞動的，該單位或者其出資人應當依照本法有關規定向勞動者支付勞動報酬、經濟補償、賠償金；給勞動者造成損害的，應當承擔賠償責任。」

## 第五章 結論

本文的主旨，在於介紹跨地區勞務派遣的形成根源、發展歷程以及其制度安排。而綜上所述，可以得出幾點結論：

其一，跨地區勞務派遣的出現以勞動市場的形成為條件，關鍵在於勞動力可以在地區間自由流動。在計劃經濟年代，中國大陸採用統包統配的就業制度，勞動力不可以在地區間自由流動，勞動市場缺乏存在的土壤。從而勞務派遣亦無從談起，更遑論跨地區勞務派遣。只有在勞動市場發展到一定階段，人員可以比較自由地流動，勞務派遣才能出現，隨之才有跨地區勞務派遣。中國大陸在1994年確立建設「社會主義市場經濟」的目標，從此之後勞動市場不再是禁忌，跨地區勞務派遣亦因此有出現及發展的可能。如果把時空回溯到二十年前的中國大陸，跨地區勞務派遣根本不會出現。

其二，跨地區勞務派遣從勞務輸出演變而來，其背景是勞動派遣在中國大陸的興起。就第三章的內容看，勞務派遣在中國大陸的出現並非由於市場的因素，而是基於用人單位資格限制所作的制度安排。其後因為在安排國企下崗工人再就業的過程中，被地方政府發現其制度價值，從而大為推廣。勞務派遣開始逐漸被人們所熟知，地方政府亦將之與勞務輸出結合，成為勞務輸出的一種新的形式，從而使得跨地區勞務派遣的出現。隨著中國大陸的勞動力市場逐漸市場化、法制化，跨地區勞務派遣成為了用工單位為減少人力費用支出的一種辦法而被使用，而被派遣勞動者因之權益受損的狀況，也逐漸被立法者所注意。

其三，跨地區勞務派遣中所謂「跨地區」，指的是跨越勞動報酬和勞動條件標準不同的行政區域，這些標準由地方政府或地方立法機關制定。勞動合同法第

61 條所稱之「跨地區」與同法第 49 條之「跨地區」，其立法背景、條文含義均不相同，不能以體系解釋的方法將其混同。

其四，跨地區勞務派遣中的「勞動報酬」和「勞動條件」有其特定的含義。其中，勞動合同法第 61 條所稱之「勞動報酬」中有關工資的部分應為用工單位所在地的最低工資。至於「勞動條件」的部分，雖然實務上有法院將之擴張解釋至包含社會保險的內容，但無論是從立法者的解釋還是條文本義去考察，跨地區勞務派遣中的「勞動條件」並不包含社會保險。

其五，勞務派遣暫行規定中之「按照用工單位所在地的規定」對被跨地區派遣之勞動者有積極的意義。通過研究社會保險各險種的繳費標準和待遇標準，可以發現基本養老保險費中的個人賬戶部分與地域因素相連接；而待遇的部分，各險種都包含顯著的地域因素，尤其是工傷保險的給付項目，大部分都由統籌地區的標準來決定。在跨地區勞務派遣中，勞務派遣單位通常是將勞動者從經濟較落後地區派遣到經濟較發達地區，而經濟較發達的地區社會保險的繳費標準和待遇標準又高於經濟較落後的地區，從而「按照用工單位所在地的規定繳納保險費，按照國家規定享受社會保險待遇」此一規定更有助於保障被派遣勞動者的利益。

其六，被跨地區派遣之勞動者應既可參加或組織派遣單位之工會，亦可參加或組織用工單位之工會。中華全國總工會發佈之「關於組織勞務派遣工加入工會的規定」雖然對被派遣勞動者選擇工會的問題提出具體指引，但其文件本身不但缺乏強制約束力，而且與勞動合同法第 64 條所賦予被派遣勞動者之自由選擇工會的權利相衝突。實務上存在的工會經費計提問題，不應該成為被跨地區派遣之勞動者選擇參加或組織工會時的障礙。

其六，當出現無效派遣的情形，用工單位將成為被派遣勞動者的用人單位，



并直接負擔原先由派遣單位所繳納的被派遣勞動者的社會保險費。無效派遣的情形下，用工單位可能因勞動合同法第7條的規定成為被派遣勞動者的用人單位。不過，如果用工單位為外國企業常駐代表機構、外國金融機構駐華代表機構、家庭自然人等的非用人單位主體，則不會出現勞動合同法第7條之適用。



## 參考文獻資料（依作者姓氏筆劃排列）

### （一）中文書目：

#### （大陸書籍）

「中華人民共和國勞動合同法」起草小組編，「中華人民共和國勞動合同法」理解與適用：最新版，法律出版社，2013年4月第1版。

丁薛祥主編，人才派遣理論規範與實務，法律出版社，2006年2月1日。

中國大陸國家統計局社會統計司編，中國勞動工資統計資料（1949-1985），中國統計出版社1987年版。

中國大陸國家統計局編，中國統計年鑒（1991），中國統計出版社出版，1991年8月第1版。

中國社會科學院農村發展研究所編，中國農村發展研究報告·2，社會科學文獻出版社，2001年5月1日第1版。

全國人大常委會法制工作委員會行政法室編著；童衛東主編，最新「中華人民共和國勞動合同法」解讀與案例，人民出版社，2013年6月第1版。

全國人大常委會法制工作委員會社會法室編著，勞務派遣制度解讀與法律適用，中國法制出版社，2013年3月第1版。

宋湛，中國勞動力市場動態調查研究，經濟科學出版社，2004年版。

李海明，勞動派遣法原論，清華大學出版社，2011年3月第1版。

周長征主編，勞務派遣的發展與法律規制，中國勞動社會保障出版社，2007年4月第1版。

侯增艷、周霄主編，人力資源服務機構管理及勞務派遣用工現狀研究，中國人事出版社，2013年8月第1版。

姚裕群，走向市場的中國就業，中國人民大學出版社，2005年4月第1版。

張大軍，中國勞務市場的培育和發展，中共中央黨校出版社，1993年3月第1版。

張國勝，中國農民工市民化：社會成本視角的研究，人民出版社，2008年8月第1版。

張皓若主編，輝煌的歷程：中國改革開放二十年，中國商業出版社，1998年5月第1版。

張暎碩，當代中國勞動制度變化與工會功能的轉變，河北大學出版社，2004年1月第1版。

張曉山、李周主編，新中國農村60年的發展與變遷，人民出版社，2009年10月第1版。

陸學藝主編，當代中國社會流動，社會科學文獻出版社2004年版。

程新征，中國農民工若干問題研究，中央編譯出版社，2007年7月第1版。

黃安余，經濟轉型中的中國勞動力市場，上海人民出版社，2010年6月第1版。

董保華主編，勞動力派遣，中國勞動社會保障出版社，2007年5月第1版。

趙曼、楊海文等編著，21世紀中國勞動就業與社會保障制度研究，人民出版社，2007年12月第1版。

劉淼白，勞務派遣法律規制研究，法律出版社，2012年6月第1版。

劉翠霄，中國農民社會保障制度研究，法律出版社，2006年5月第1版。

蔡昉、王德文、都陽等著，中國農村改革與變遷：30年歷程和經驗分析，2008

年11月第1版。

蔡昉主編，2002年：中國人口與勞動問題報告——城鄉就業問題與對策，社會科學文獻出版社，2002年版。

譚新民，企業內部勞動力市場：一個綜合分析框架及其在中國企業的應用，中國社會科學出版社，2006年版。

蘇樹厚、段玉恩、張福明等編，新中國勞動制度發展與創新研究，山東人民出版社出版發行，2006年1月第1版。

顧洪章主編，中國知識青年上山下鄉大事記，中國監察出版社，1997年1月第1版。

(台灣書籍)

黃德北，當代中國僱傭工人之研究，韋伯文化國際出版有限公司，2008年8月。

(二) 論文期刊：

(碩士論文)

沈巍靜，外企代表處勞動派遣的市場化研究，華東師範大學碩士論文，2012年02期。

董悠悠，從外商代表處用工看勞務派遣背后的制度沖突，華東政法大學碩士論文，2014年05期。

楊鄭君，中國勞務派遣制度的政治經濟學研究，中央民族大學碩士論文，2011年12期。

(大陸期刊)

人力資源市場司，我國人力資源市場發展大事記，中國人才，2009年12期。

人力資源社會保障部辦公廳，關於做好「勞務派遣暫行規定」貫徹實施工作的通知，四川勞動保障，2014年02期。

山東省人民政府，山東省人民政府關於公布全省最低工資標準的通知，濟南市人民政府公報，2014年05期。

中共中央、國務院，關於切實做好國有企業下崗職工基本生活保障和再就業工作的通知，中國勞動，1998年07期。

中共中央、國務院，關於進一步做好下崗失業人員再就業的通知，四川勞動保障，2003年01期。

中華人民共和國國務院，中華人民共和國國務院關於管理外國企業常駐代表機構的暫行規定，中華人民共和國國務院公報，1980年17期。

天驥，全國國有企業職工再就業工作會議在京召開，經濟工作通訊，1997年02期。

方舟、田一珊，「魯西人力」闖瓶頸，中國就業，2007年08期。

王娜，試析工會在勞務派遣中的作用，法制博覽(中旬刊)，2012年07期。

王振華，輸出剩餘勞力 開創致富新路——臺南鄉農村勞務輸出調查，農業經濟問題，1984年11期。

王進、王文悅，勞務派遣唱主角 形式靈活就業多 大連光彩就業服務有限公司5年幫助近2萬人再就業，中國勞動，2003年01期。

北京外企服務集團，中國人力資源服務行業30年發展報告，中國人才，2009年21期。

北京市勞動和社會保障局，完善政策 強化培訓 力促再就業，中國就業，2000年04期。

史寒冰，省級統籌：曠日持久的攻堅戰，中國社會保障，2009年05期。

左祥琦，用法律調整勞務派遣當事人的關係，中國就業，2002年02期。

全總勞務派遣問題課題組，當前我國勞務派遣用工現狀調查，中國勞動，2012年05期。

江立華，論城市農民工的平等競爭權問題，華中師範大學學報(人文社會科學版)，2002年04期。

江澤民，高舉鄧小平理論偉大旗幟，把建設有中國特色社會主義事業全面推向二十一世紀——在中國共產黨第十五次全國代表大會上的報告，政策，1997年10月。

牟文建、劉小娟，組織農民工有序流動的「手」在哪裡(上)，瞭望新聞周刊，1997年03期。

佚名，上調最低工資標準 福建24.5%幅度最大，2010年12期。

佚名，巴中市創新勞務派遣模式——提升勞務輸出組織化水平，四川勞動保障，2005年08期。

佚名，規範勞務派遣 維護勞動者權益——人社部勞動關係司負責人就「勞務派遣暫行規定」答記者問，中國職工教育，2014年07期。

佚名，勞務輸出大有可為——浙江省能工巧匠輸出情況調查，經濟工作通訊，1984年07期。

佚名，輝煌的歷程 錦繡的前景，對外大傳播，1999年12期。

吳衛明，四次物價大波動與政府應對措施，價格月刊，2013年10期。

宋豐景，專用性人力資源與勞務派遣——勞務派遣的新制度經濟學分析，北京社會科學，2005年01期。

李坤剛，我國勞務派遣法律規制的再思考，中州學刊，2013年02期。

李金華，關於下崗再就業方式的評析與思考，中南財經大學學報，2000年02期。

李暉，發展與隱憂——我國勞務派遣現狀之我見，勝利油田黨校學報，2005年05期。

李劍峰、莫茂雙，跨地區派遣的勞動者工資以當地為準，當代廣西，2010年22期。

李麗琴，勞務派遣：破解農村富餘勞動力轉移問題的新形式——以福建省為例，福州黨校學報，2008年03期。

汪繼福，失業、下崗的含義及其解決的對策，思想理論教育導刊，2000年07期。

沈琴琴、張艷華，中國勞動力市場多重分割的制度經濟學分析，西安交通大學學報(社會科學版)，2010年02期。

肖強、劉鋒、云鵬，民營勞務派遣的發展現狀——以武漢某民營勞務派遣機構為個案研究，科技創業月刊，2013年01期。

刻捷、劍驊，組建下崗職工勞務派遣公司探析，當代經濟，1998年05期。

周人社，周口市農村勞動力轉移就業的調查與思考，人力資源開發，2010年08期。

周永先、李偉，為職工再就業忙碌，今日新疆，2005年06期。

季秉一，如何推動勞務派遣工作，就業與保障，2004年12期。

況賢，中國社會主義改造的歷史經驗，科學諮詢(科技·管理)，2013年7期。

金和，勞務、勞務輸出與勞務合作，國際貿易，1983年03期。

胡挺，走近勞務派遣，中國社會保障，2006年07期。

徐曦華，大中專畢業生分配工作要交納城鎮增容費嗎？，湖南政報，1998年10期。

翁曉青，如何邁進外企的大門——從北京市外企服務總公司的人才結構看外商對人才的需求，1995年05期。

馬姪娥，逆向勞務派遣的法律規制分析，法制與社會，2013年30期。

國務院，國務院關於在若干城市試行國有企業兼并破產和職工再就業有關問題的補充通知，中華人民共和國國務院公報，1997年08期。

崔永卓，淺析跨地區勞務派遣，運輸經理世界，2011年07期。

常珍、顧雋、李路瑤、王翎、石先廣，異地用工，合理管控不簡單，人力資源，2013年09期。

常凱、李坤剛，必須嚴格規制勞動者派遣，中國勞動，2006年03期。

張弟容，論勞務派遣制度下的逆向派遣問題，宜賓學院學報，2008年11期。

張岫、喬小平，為勞務輸出開辟廣闊天地，實踐（黨的教育版），2004年09期。

張愛軍，異地勞務派遣員工工傷待遇芻議，中國勞動，2009年06期。

張馳，跨地區派遣，最低工資以何地為準，人力資源，2008年12期。

張衛國，灤縣立足農民增收 狠抓勞務輸出產業，中國勞動，2004年05期。

曹淑波，勞務派遣路在何方，人力資源管理，2014年05期。

梁阿玲，北京：再就業進入倒計時，中國民政，2000年02期。

畢景福、楊英菊，大力發展勞務派遣企業，山東勞動保障，2002年11期。

湯娟，敞開勞務派遣工的入會之門，企業文明，2012年05期。

覃輝、羅昭，論立法解釋的概念及其特征，邊疆經濟與文化，2007年04期。



貴州省人民政府駐廣州辦事處，駐外辦事處是勞務輸出的助推器，當代貴州，2007年12期。

賀小平，關於勞務派遣工工會經費代收工作的研究與探討，中國工會財會，2010年10期。

馮政、陳李翔、劉征爭，安置下崗職工的重要渠道——北京市勞務派遣企業調研報告，中國就業，2002年01期。

馮國林，積極促進農村勞動力轉移就業，四川勞動保障，2008年08期，頁13。

黃野，「山東大嫂」響當當，就業與保障，2010年07期。

黃樂平，跨地區用工的工傷處理宜採取差額補償原則，現代職業安全，2009年10期。

黃謨媛，跨省勞務派遣立法完善之我見——以廣西為例，欽州學院學報，2012年01期。

楊子春、顧光青，活躍在上海的一支社會勞動服務隊，社會科學，1984年08期。

楊生文，再就業的又一個重要渠道——走近北京勞務派遣企業，勞動保障通訊，2002年05期。

楊勝利、李燕生，發揮我國人力資源優勢 進一步擴大勞務輸出，1987年03期。

董軍，肯德基勞務派遣案引發的法學思考，上海交通大學法律碩士論文，2008年07期。

靳秉強、王淑惠，論社會主義市場經濟條件下勞動力的非商品性，石家莊經濟學院學報，1997年第2期。

福建省人民政府，福建省人民政府印發關於開展勞務派遣工作若干意見(試行)的通知，福建省人民政府公報，2005年04期。

福建省勞動保障廳信息中心，福建省勞務派遣工作成效顯著，2005年02期。

劉來平，我國物價“雙軌制”的制度演變啟示，中國物價，2011年10期。

劉根蘭，江西勞務輸出喜與憂，老區建設，1994年01期。

劉素華、蘇志霞，勞動就業制度改革三十年回顧與展望，河北師範大學學報(哲學社會科學版)，2009年02期。

厲以寧，FESCO與體制創新，中國對外服務，1999年S1期。

蔡躍進，勞務派遣中的問題與對策，勞動保障通訊，2004年07期。

蔡躍進、周靜，馴服就業路上的“野馬”——蘇州市勞務型公司勞務派遣情況調查，中國勞動保障，2005年05期。

蔣守福，王克益：從國企改革中誕生勞務派遣品牌，就業與保障，2009年10期。

衛興華，社會主義公有制經濟中的勞動力不應是商品，學習與研究，1994年第5期。

鄧樹林，河南：勞務輸出大省的渴求，今日中國(中文版)，2005年05期。

鄭榮華，打造品牌 壯大規模——揚州市勞務輸出推動農民奔小康，中國勞動，2004年01期。

鄭寶銀，社會主義國家為什麼還要搞勞務輸出？，學習與研究，1984年12期。

魯曉芹、方政，為外商服務的人們——北京外國企業服務總公司側記，瞭望周刊，1990年49期。

錢覺壽編輯，農民工七項收費今年二月底前必須取消，新農村，2002年01期。

矯學柏，加大勞務輸出力度 促進菏澤經濟發展，山東勞動保障，2004年04期。

謝雨電，關於勞務派遣工工會經費會計核算的探討，中國商界(下半月)，2010年03期。

藍海濤，改革開放以來我國城鄉二元結構的演變路徑，經濟研究參考，2005 年 17 期。

龐文，武漢市農民工的基本狀況及其權益保護調查，社會，2003 年 08 期。

鐘維平，發展勞務派遣 有效推進協作，四川勞動保障，2005 年 10 期。

顧軍、冉萬祥，勞務輸出是貧困山區治窮致富的捷徑——東鄉族自治縣的調查，理論學習，1987 年 04 期。

顧軍明、張錦，對勞務派遣工工會經費收繳情況的調查，中國工會財會，2011 年 02 期。

(台灣期刊)

鄭怡雯，誰來上崗：中國城市勞動力市場的不平等競爭，台灣社會研究，2002 年 12 期。

(三) 網路資料：

人民網，「知識青年到農村去」，網址：

<http://www.people.com.cn/GB/shizheng/252/7955/7958/20020422/714350.html>，最後瀏覽日期：2014 年 5 月 11 日。

上海市人民政府，上海市關於管理外國企業常駐代表機構的規定(試行)，網址：

<http://www.shanghai.gov.cn/shanghai/node2314/node3124/node3141/node3158/userobject6ai753.html>，最後瀏覽日期：2014 年 7 月 4 日。

上海市地方志辦公室，第五節 勞動服務公司工業，網址：

<http://www.shtong.gov.cn/node2/node4/node2249/xuhui/node38360/nod>

e38388/node63505/userobjectlai23557.html，最後瀏覽日期：2014 年 5 月 12 日。

中國共產黨新聞網，全國勞動就業工作會議(1980 年 8 月 2-7 日)，網址：  
<http://dangshi.people.com.cn/GB/151935/176588/176597/10556262.html>，最後瀏覽日期：2014 年 5 月 10 日。

北京外企服務集團有限責任公司，集團簡介，網址：  
[http://www.fescogroup.com.cn/fesco\\_jtjs.aspx](http://www.fescogroup.com.cn/fesco_jtjs.aspx)，最後瀏覽日期：2014 年 7 月 4 日。

南京市工商局，關於管理外國企業常駐代表機構有關事項的通告，網址：  
<http://law.lawtime.cn/d556812561906.html>，最後瀏覽時間：2014 年 7 月 6 日。

覓法網，中共中央关于转发全国劳动就业会议文件的通知，網址：  
[http://www.34law.com/lawfg/law/6/1189/law\\_251646092416.shtml](http://www.34law.com/lawfg/law/6/1189/law_251646092416.shtml)，最後  
瀏覽日期：2014 年 5 月 10 日。

張學兵，當代中國史上「糧油關係」的興替，中國共產黨歷史網，網址：  
<http://www.zgdsw.org.cn/BIG5/n/2012/0712/c218989-18502218-1.html>，  
最後瀏覽日期：2014 年 5 月 2 日。

鄧江波、劉洋，「外來妹」南下探路「打工第一鎮」引領「民工潮」，網址：  
<http://gcontent.oeeee.com/a/d3/ad3019b856147c17/Blog/caf/9ccf13.html?t=1365966729>，最後瀏覽日期：2014 年 5 月 10 日。

(四) 報紙：

(大陸報紙)

王瑋萱，為外出務工者「留住」社保金，焦作日報，2006年1月18日，第C01版。

沈朝暉、王銳，寧波與17城市開展人才派遣合作，寧波日報，2005年3月12日，版面不詳。

姜慧麗、董鵬，人才派遣異地「試水」——市南區人才交流中心與上海青啤華東銷售有限公司簽訂了人才派遣協議，青島日報，2006年11月14日，第007版。

孫興偉、任麗，走過希望的田野——回憶我國勞動服務公司的興起與發展軌跡，中國勞動保障報，2009年2月6日第005版。

張樹華、董曉兵、魏國英，異地打工 家鄉結算，石家莊日報，2006年2月10日，第007版。

賈代常、孫平伯，讓人才資源共享成為常態——山東省泰安市實施異地人才派遣的有效嘗試，中國人事報，2006年1月25日，第003版。

(五) 英文書籍：

Davin, Delia, *Internal Migration in Contemporary China*. New York: St. Martin's Press, 1999.

Mellee, Hein, 'China's Household Registration System under Reform', *Development and Change*, 26:1, 1995.

Xu, Feng. *Looking for work in post-socialist China : governance, active job seekers and the new Chinese labour market*. New York: Routledge, 2012.

(六) 相關判決：

山東青島中院(2014)青民一終字第 605 號。

北京三中院(2014)三中民終字第 01107 號。

北京朝陽區法院(2013)朝民初字第 22211 號。

江蘇南京中院(2011)寧民終字 2845 號。

江蘇南京中院(2012)寧民終字第 245 號。

江蘇無錫中院(2012)錫民終字第 0400 號。

安徽合肥中院(2014)合民一終字第 00075 號。

河南鄭州中院(2013)鄭民二終字第 888 號。

新疆昌吉中院(2013)昌民一終字第 844 號。

廣東廣州中院(2012)穗中法民一終字第 190 號。



## 附錄：相關法律法規、行政命令

（按法律文件在文中出現先後順序排序）

### 中華人民共和國勞動合同法

#### 第 7 條

用人單位自用工之日起即與勞動者建立勞動關係。用人單位應當建立職工名冊備查。

#### 第 36 條

用人單位與勞動者協商一致，可以解除勞動合同。

#### 第 38 條

用人單位有下列情形之一的，勞動者可以解除勞動合同：

- （一）未按照勞動合同約定提供勞動保護或者勞動條件的；
- （二）未及時足額支付勞動報酬的；
- （三）未依法為勞動者繳納社會保險費的；
- （四）用人單位的規章制度違反法律、法規的規定，損害勞動者權益的；
- （五）因本法第二十六條第一款規定的情形致使勞動合同無效的；
- （六）法律、行政法規規定勞動者可以解除勞動合同的其他情形。

用人單位以暴力、威脅或者非法限制人身自由的手段強迫勞動者勞動的，或者用人單位違章指揮、強令冒險作業危及勞動者人身安全的，勞動者可以立即解除勞動合同，不需事先告知用人單位。

#### 第 39 條

勞動者有下列情形之一的，用人單位可以解除勞動合同：

- (一) 在試用期間被證明不符合錄用條件的；
- (二) 嚴重違反用人單位的規章制度的；
- (三) 嚴重失職，營私舞弊，給用人單位造成重大損害的；
- (四) 勞動者同時與其他用人單位建立勞動關係，對完成本單位的工作任務造成嚴重影響，或者經用人單位提出，拒不改正的；
- (五) 因本法第二十六條第一款第一項規定的情形致使勞動合同無效的；
- (六) 被依法追究刑事責任的。

#### 第 40 條

有下列情形之一的，用人單位提前三十日以書面形式通知勞動者本人或者額外支付勞動者一個月工資後，可以解除勞動合同：

- (一) 勞動者患病或者非因工負傷，在規定的醫療期滿後不能從事原工作，也不能從事由用人單位另行安排的工作的；
- (二) 勞動者不能勝任工作，經過培訓或者調整工作崗位，仍不能勝任工作的；
- (三) 勞動合同訂立時所依據的客觀情況發生重大變化，致使勞動合同無法履行，經用人單位與勞動者協商，未能就變更勞動合同內容達成協議的。

#### 第 57 條

經營勞務派遣業務應當具備下列條件：

- (一) 註冊資本不得少於人民幣二百萬元；
- (二) 有與開展業務相適應的固定的經營場所和設施；
- (三) 有符合法律、行政法規規定的勞務派遣管理制度；
- (四) 法律、行政法規規定的其他條件。



經營勞務派遣業務，應當向勞動行政部門依法申請行政許可；經許可的，依法辦理相應的公司登記。未經許可，任何單位和個人不得經營勞務派遣業務。

#### 第 58 條

勞務派遣單位是本法所稱用人單位，應當履行用人單位對勞動者的義務。勞務派遣單位與被派遣勞動者訂立的勞動合同，除應當載明本法第十七條規定的事項外，還應當載明被派遣勞動者的用工單位以及派遣期限、工作崗位等情況。

勞務派遣單位應當與被派遣勞動者訂立二年以上的固定期限勞動合同，按月支付勞動報酬；被派遣勞動者在無工作期間，勞務派遣單位應當按照所在地人民政府規定的最低工資標準，向其按月支付報酬。

#### 第 59 條

勞務派遣單位派遣勞動者應當與接受以勞務派遣形式用工的單位（以下稱用工單位）訂立勞務派遣協議。勞務派遣協議應當約定派遣崗位和人員數量、派遣期限、勞動報酬和社會保險費的數額與支付方式以及違反協議的責任。

用工單位應當根據工作崗位的實際需要與勞務派遣單位確定派遣期限，不得將連續用工期限分割訂立數個短期勞務派遣協議。

#### 第 60 條

勞務派遣單位應當將勞務派遣協議的內容告知被派遣勞動者。

勞務派遣單位不得克扣用工單位按照勞務派遣協議支付給被派遣勞動者的勞動報酬。

勞務派遣單位和用工單位不得向被派遣勞動者收取費用。

#### 第 61 條

勞務派遣單位跨地區派遣勞動者的，被派遣勞動者享有的勞動報酬和勞動條件，

按照用工單位所在地的標準執行。

#### 第 62 條

用工單位應當履行下列義務：

- (一) 執行國家勞動標準，提供相應的勞動條件和勞動保護；
- (二) 告知被派遣勞動者的工作要求和勞動報酬；
- (三) 支付加班費、績效獎金，提供與工作崗位相關的福利待遇；
- (四) 對在崗被派遣勞動者進行工作崗位所必需的培訓；
- (五) 連續用工的，實行正常的工資調整機制。

用工單位不得將被派遣勞動者再派遣到其他用人單位。

#### 第 63 條

被派遣勞動者享有與用工單位的勞動者同工同酬的權利。用工單位應當按照同工同酬原則，對被派遣勞動者與本單位同類崗位的勞動者實行相同的勞動報酬分配辦法。用工單位無同類崗位勞動者的，參照用工單位所在地相同或者相近崗位勞動者的勞動報酬確定。

勞務派遣單位與被派遣勞動者訂立的勞動合同和與用工單位訂立的勞務派遣協定，載明或者約定的向被派遣勞動者支付的勞動報酬應當符合前款規定。

#### 第 64 條

被派遣勞動者有權在勞務派遣單位或者用工單位依法參加或者組織工會，維護自身的合法權益。

#### 第 65 條

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勞動合同。

被派遣勞動者有本法第三十九條和第四十條第一項、第二項規定情形的，用工單位可以將勞動者退回勞務派遣單位，勞務派遣單位依照本法有關規定，可以與勞動者解除勞動合同。

#### 第 66 條

勞動合同用工是我國的企業基本用工形式。勞務派遣用工是補充形式，只能在臨時性、輔助性或者替代性的工作崗位上實施。

前款規定的臨時性工作崗位是指存續時間不超過六個月的崗位；輔助性工作崗位是指為主營業務崗位提供服務的非主營業務崗位；替代性工作崗位是指用工單位的勞動者因脫產學習、休假等原因無法工作的一定期間內，可以由其他勞動者替代工作的崗位。

用工單位應當嚴格控制勞務派遣用工數量，不得超過其用工總量的一定比例，具體比例由國務院勞動行政部門規定。

#### 第 67 條

用人單位不得設立勞務派遣單位向本單位或者所屬單位派遣勞動者。

#### 第 92 條

違反本法規定，未經許可，擅自經營勞務派遣業務的，由勞動行政部門責令停止違法行為，沒收違法所得，並處違法所得一倍以上五倍以下的罰款；沒有違法所得的，可以處五萬元以下的罰款。

勞務派遣單位、用工單位違反本法有關勞務派遣規定的，由勞動行政部門責令限期改正；逾期不改正的，以每人五千元以上一萬元以下的標準處以罰款，對勞務派遣單位，吊銷其勞務派遣業務經營許可證。用工單位給被派遣勞動者造成損害的，勞務派遣單位與用工單位承擔連帶賠償責任。

## 第 93 條

對不具備合法經營資格的用人單位的違法犯罪行為，依法追究法律責任；勞動者已經付出勞動的，該單位或者其出資人應當依照本法有關規定向勞動者支付勞動報酬、經濟補償、賠償金；給勞動者造成損害的，應當承擔賠償責任。

## 勞務派遣暫行規定

### 第 18 條

勞務派遣單位跨地區派遣勞動者的，應當在用工單位所在地為被派遣勞動者參加社會保險，按照用工單位所在地的規定繳納社會保險費，被派遣勞動者按照國家規定享受社會保險待遇。

### 第 19 條

勞務派遣單位在用工單位所在地設立分支機構的，由分支機構為被派遣勞動者辦理參保手續，繳納社會保險費。

勞務派遣單位未在用工單位所在地設立分支機構的，由用工單位代勞務派遣單位為被派遣勞動者辦理參保手續，繳納社會保險費。

## 關於貫徹執行「中華人民共和國勞動法」若干問題的意見

### 第 53 條

勞動法中的「工資」是指用人單位依據國家有關規定或勞動合同的約定，以貨幣形式直接支付給本單位勞動者的勞動報酬，一般包括計時工資、計件工資、獎金、津貼和補貼、延長工作時間的工資報酬以及特殊情況下支付的工資等。『工資』是勞動者勞動收入的主要組成部分。勞動者的以下勞動收入不屬於工資範圍：(1) 單位支付給勞動者個人的社會保險福利費用，如喪葬撫恤救濟費、生活困難補助

費、計劃生育補貼等；(2)勞動保護方面的費用，如用人單位支付給勞動者的工作服、解毒劑、清涼飲料費用等；(3)按規定未列入工資總額的各種勞動報酬及其他勞動收入，如根據國家規定發放的創造發明獎、國家星火獎、自然科學獎、科學技術進步獎、合理化建議和技術改進獎、中華技能大獎等，以及稿費、講課費、翻譯費等。

### **中華人民共和國勞動合同法實施條例**

#### **第 14 條**

勞動合同履行地與用人單位註冊地不一致的，有關勞動者的最低工資標準、勞動保護、勞動條件、職業危害防護和本地區上年度職工月平均工資標準等事項，按照勞動合同履行地的有關規定執行；用人單位註冊地的有關標準高於勞動合同履行地的有關標準，且用人單位與勞動者約定按照用人單位註冊地的有關規定執行的，從其約定。

### **中華人民共和國立法法**

#### **第 79 條**

法律的效力高於行政法規、地方性法規、規章。

行政法規的效力高於地方性法規、規章。

### **中華人民共和國社會保險法**

#### **第 11 條**

基本養老保險實行社會統籌與個人賬戶相結合。

基本養老保險基金由用人單位和個人繳費以及政府補貼等組成。

#### 第 15 條

基本養老金由統籌養老金和個人賬戶養老金組成。

基本養老金根據個人累計繳費年限、繳費工資、當地職工平均工資、個人賬戶金額、城鎮人口平均預期壽命等因素確定。

#### 第 38 條

因工傷發生的下列費用，按照國家規定從工傷保險基金中支付：

- (一) 治療工傷的醫療費用和康復費用；
- (二) 住院夥食補助費；
- (三) 到統籌地區以外就醫的交通食宿費；
- (四) 安裝配置傷殘輔助器具所需費用；
- (五) 生活不能自理的，經勞動能力鑒定委員會確認的生活護理費；
- (六) 一次性傷殘補助金和一至四級傷殘職工按月領取的傷殘津貼；
- (七) 終止或者解除勞動合同時，應當享受的一次性醫療補助金；
- (八) 因工死亡的，其遺屬領取的喪葬補助金、供養親屬撫恤金和因工死亡補助金；
- (九) 勞動能力鑒定費。

#### 第 47 條

失業保險金的標準，由省、自治區、直轄市人民政府確定，不得低於城市居民最低生活保障標準。

#### 第 55 條

生育醫療費用包括下列各項：

- (一) 生育的醫療費用；
- (二) 計劃生育的醫療費用；
- (三) 法律、法規規定的其他項目費用。

#### 第 56 條

職工有下列情形之一的，可以按照國家規定享受生育津貼：

- (一) 女職工生育享受產假；
- (二) 享受計劃生育手術休假；
- (三) 法律、法規規定的其他情形。

生育津貼按照職工所在用人單位上年度職工月平均工資計發。

### 國務院關於完善企業職工基本養老保險制度的決定

#### 第 6 條

改革基本養老金計發辦法。為與做實個人賬戶相銜接，從 2006 年 1 月 1 日起，個人賬戶的規模統一由本人繳費工資的 11% 調整為 8%，全部由個人繳費形成，單位繳費不再劃入個人賬戶。同時，進一步完善鼓勵職工參保繳費的激勵約束機制，相應調整基本養老金計發辦法。

「國務院關於建立統一的企業職工基本養老保險制度的決定」(國發〔1997〕26 號)實施後參加工作、繳費年限(含視同繳費年限，下同)累計滿 15 年的人員，退休後按月發給基本養老金。基本養老金由基礎養老金和個人賬戶養老金組成。退休時的基礎養老金月標準以當地上年度在崗職工月平均工資和本人指數化月平均繳費工資的平均值為基數，繳費每滿 1 年發給 1%。個人賬戶養老金月標準為個人賬戶儲存額除以計發月數，計發月數根據職工退休時城鎮人口平均預期壽

命、本人退休年齡、利息等因素確定。(詳見附件)

國發〔1997〕26 號文件實施前參加工作，本決定實施後退休且繳費年限累計滿 15 年的人員，在發給基礎養老金和個人賬戶養老金的基礎上，再發給過渡性養老金。各省、自治區、直轄市人民政府要按照待遇水平合理銜接、新老政策平穩過渡的原則，在認真測算的基礎上，制訂具體的過渡辦法，並報勞動保障部、財政部備案。

本決定實施後到達退休年齡但繳費年限累計不滿 15 年的人員，不發給基礎養老金；個人賬戶儲存額一次性支付給本人，終止基本養老保險關係。

本決定實施前已經離退休的人員，仍按國家原來的規定發給基本養老金，同時執行基本養老金調整辦法。

### **國務院關於建立城鎮職工基本醫療保險制度的決定**

#### **第 3 條**

要建立基本醫療保險統籌基金和個人帳戶。基本醫療保險基金由統籌基金和個人帳戶構成。職工個人繳納的基本醫療保險費，全部計入個人帳戶。用人單位繳納的基本醫療保險費分為兩部分，一部分用於建立統籌基金，一部分劃入個人帳戶。

劃入個人帳戶的比例一般為用人單位繳費的 30% 左右，具體比例由統籌地區根據個人帳戶的支付範圍和職工年齡等因素確定。

統籌基金和個人帳戶要劃定各自的支付範圍，分別核算，不得互相擠佔。要確定統籌基金的起付標準和最高支付限額，起付標準原則上控制在當地職工年平均工資的 10% 左右，最高支付限額原則上控制在當地職工年平均工資的 4 倍左右。

起付標準以下的醫療費用，從個人帳戶中支付或由個人自付。起付標準以上、最



高支付限額以下的醫療費用，主要從統籌基金中支付，個人也要負擔一定比例。超過最高支付限額的醫療費用，可以通過商業醫療保險等途徑解決。統籌基金的具體起付標準、最高支付限額以及在起付標準以上和最高支付限額以下醫療費用的個人負擔比例，由統籌地區根據以收定支、收支平衡的原則確定。

## 工傷保險條例

### 第 34 條

工傷職工已經評定傷殘等級並經勞動能力鑑定委員會確認需要生活護理的，從工傷保險基金按月支付生活護理費。

生活護理費按照生活完全不能自理、生活大部分不能自理或者生活部分不能自理 3 個不同等級支付，其標準分別為統籌地區上年度職工月平均工資的 50%、40% 或者 30%。

### 第 64 條

本條例所稱工資總額，是指用人單位直接支付給本單位全部職工的勞動報酬總額。

本條例所稱本人工資，是指工傷職工因工作遭受事故傷害或者患職業病前 12 個月平均月繳費工資。本人工資高於統籌地區職工平均工資 300% 的，按照統籌地區職工平均工資的 300% 計算；本人工資低於統籌地區職工平均工資 60% 的，按照統籌地區職工平均工資的 60% 計算。

## 中華人民共和國工會法

### 第 42 條

工會經費的來源：

(一) 工會會員繳納的會費；

(二) 建立工會組織的企業、事業單位、機關按每月全部職工工資總額的百分之二向工會撥繳的經費；

(三) 工會所屬的企業、事業單位上繳的收入；

(四) 人民政府的補助；

(五) 其他收入。

前款第二項規定的企業、事業單位撥繳的經費在稅前列支。

工會經費主要用於為職工服務和工會活動。經費使用的具體辦法由中華全國總工會制定。

### 中華人民共和國憲法

#### 第 35 條

中華人民共和國公民有言論、出版、集會、結社、游行、示威的自由。

### 關於工資總額組成的規定

#### 第 3 條

工资总额是指各单位在一定时期内直接支付给本单位全部职工的劳动报酬总额。

工资总额的计算应以直接支付给职工的全部劳动报酬为根据。