

行政院國家科學委員會專題研究計畫 期末報告

中國大陸的社經變遷與法制發展--總計畫暨子計畫三：政 經社體制變遷與勞動保護子計畫(第2年)

計畫類別：整合型
計畫編號：NSC 100-2420-H-004-022-MY2
執行期間：101年01月01日至101年12月31日
執行單位：國立政治大學法律學系

計畫主持人：黃程貫
共同主持人：成之約、林佳和
計畫參與人員：碩士班研究生-兼任助理人員：陳俐吟
碩士班研究生-兼任助理人員：李照華
碩士班研究生-兼任助理人員：陳瑞元
碩士班研究生-兼任助理人員：李偉銘
碩士班研究生-兼任助理人員：葉永山

報告附件：移地研究心得報告

公開資訊：本計畫可公開查詢

中華民國 102 年 05 月 27 日

中文摘要：在有關中國經社變遷與法制發展的整合研究中，本子計畫聚焦於勞動法制領域，探索在中國經濟發展過程中，以保護、但同時一定程度控制勞動為目的之勞動法制，如何與時俱進，與經濟社會發展呈現何等之交互影響。

中文關鍵詞：勞動法制、勞動法、勞動法發展模式、勞動合同法、社會主義

英文摘要：

英文關鍵詞：

「中國大陸的社經變遷與法制發展-總計畫暨子計畫三：政經社體制變遷與勞動保護子計畫」

計畫主持人：國立政治大學法律系黃程貫教授

協同主持人：國立政治大學勞工研究所成之約教授

協同主持人：國立政治大學法律系林佳和助理教授

報告目錄

一、報告內容

(一) 前言

(二) 研究目的

(三) 文獻探討

(四) 研究方法

(五) 結果與討論

A. 概論

B. 次領域研究心得 (一)：以企業併購勞動關係移轉為例

C. 次領域研究心得 (二)：以勞動關係消滅為例

D. 次領域研究心得 (三)：以勞資爭議處理為例

E. 次領域研究心得 (四)：以勞動合同法之整體觀察為例

二、參考文獻

三、計畫成果自評

四、中文關鍵字、中文摘要、英文關鍵字、英文摘要

一、報告內容

(一) 前言

本計畫係整合型研究計畫《中國大陸的社經變遷與法制發展》中之子計畫：「政經社體制變遷與勞動保護」，亦即在整體中國大陸社經體制變遷與其對法治法制發展之交互影響的研究工作中，專責有關勞動領域、亦即直接處理有關以勞動保護為核心之「本於保護目的之勞動管制」之部分。本整合型研究計畫為期計兩年，在本子計畫的第一年部分，主要處理文獻整理、第一年境外訪談與調查、初步分析架構建立等問題。本子計畫的第二年，則透過兩岸勞動法專業研討會之舉辦（非本研究計畫經費支應），以及文獻之專研探討，疏理出對於研究主題之研究心得與結論。誠然，在非常有限的時間內，欲處理範圍如此龐大與複雜之研究範圍，本即力有未逮，是以團隊亦逐漸聚焦於諸如勞動合同法、勞資爭議處理等較具體之問題關聯，做法制內容、法釋義學、乃至於中國勞動社會實踐等之平

行暨交叉觀察，暫且針對後述之勞資爭議處理機制、勞動合同之消滅、企業併購勞動關係移轉，乃至於整體勞動合同法之觀察作為選擇與出發點，希望能在宏觀的視野下，從具體角度切入，拼湊出更深入深刻的中國勞動法制理解。研究團隊希望能在兩年內出版專書，抱歉，亦可惜的未能直接在計畫執行期間內即完成這項成果，但請國科會能惠予諒解並支持，耐心等待研究成果之最終產出。

(二) 研究目的

中國經濟開放已逾20年，不論如何試圖簡單或複雜的描述與理解整體政治社會體制的變遷，至少在經濟發展的領域，相當程度的「資本主義化」- 不論冠以中國特色、儒家主義或社會主義傾向之何等形容詞 -，應是一可以印證無疑之觀察。從經濟體制開放、特別是引進外資企業的甫始，歷史上所形成與建構之「作為資本主義與社會主義涇渭分野」的不二指涉 - 勞動者處境，時至今日，特別在經濟全球化的同步衝擊下，終將無可逃避的成為中國所即將、或事實上早已面臨的嚴厲挑戰。一個馬克思所警示的資本主義幽靈（共產黨宣言，1848），如何在鄧小平所說的中國社會主義特殊氛圍與體制中得到緩解或甚至消滅，早不是理論與空談之爭，而是當代中國所面臨之嚴峻難題；如果容許先觀察法制上的發展軌跡：1994年7月5日公布的《中華人民共和國勞動法》，第一個具有整體性重大政策意涵的勞動保護法，立法宗旨清楚的說「為了保護勞動者的合法權益，調整勞動關係，建立和維護適應社會主義市場經濟的勞動制度，促進經濟發展和社會進步」，對比2008年1月1日起正式施行之《勞動合同法》，改弦易幟，「構建和發展和諧穩定的勞動關係」成為最主要的立法宗旨。是否確如觀察者所言，「和諧穩定取代了經濟發展」，「調節契約當事人權利義務狀態」取代「勞動保護+經濟同步發展」之作為核心政策方向呢？事實上，如此的語意雙關，一定程度突顯了作為經濟全球化後進國家的中國，在奇特與歷史僅見之「資本主義與社會主義並存」、「勞動保護與資本積累緊張」、「全球化與在地化衝突」、「成長與摧毀同步並進」的數波複雜交互影響下，不斷呈現之矛盾與猶疑：要經濟成長，就不能不呼應資本利用需索；要勞動保護，就不能逃避挑戰跨國企業高權；要社會穩定，必須擔保內國成員社會再生產能力之持續上揚，如果同時也要經濟持續壯大，則一樣無法自外於國際資本分工與資本積累之侷限與要脅。觀察經濟開放以降，如果容許以勞動法制的演變作為指向，吾人一方面可看到一個作為經濟發展與社會保障之後進國家，如何在舉步游移、朝令夕改、政治高壓控制之情狀下，在看似混亂與盲動中，達成令人矚目的成就與進展，但卻又在另一方面，無法明確指出一線性式的、決然的往前發展之正向軌跡，不，「經濟發展一定帶來民主思維」之邏輯，不但在中國呈現相當的反證，政治封閉與威權之強度控制下，我們甚至難以梳理出一可預測的、清晰可見的勞動暨社會保障演化路線：處於資本主義幽靈與社會主義理想衝突下的中國，「勞動保護」成為其經常尷尬與難以脫身的試金石，時代的往前進，不代表同樣明白的主軸，不同的政經社條件與環境之變化，

與法制的建構、實踐、質量變暨再演化，呈現出一極其微妙與奇特的交互關係。站在學術研究之角度與向度，去觀察與分析它，就是本子計畫之目的與企圖。看似以勞動法制為研究對象，卻毋寧將之作為一起點與平台；理解當代中國社會，剖析「大環境與大結構下」之巨大且細微之變異，體檢經濟全球化與急速成長下的中國，如何看待無疑攸關統治正當性之「勞動者處境」，在此極其複雜與多樣的時代，「勞動保護法制」，無論開始於早期重在傳統公法式管制的勞動法，還是近期側重當事人利益狀態調整、卻又揮不去政治威權介入色彩，成為眾矢之的之勞動合同法，應是一不但豐富、而且充滿挑戰性與實踐意涵的議題。

（三）文獻探討

從一般論述中可清楚的發現，中國的勞動法制發展，有數個不同的重要脈絡，各以不同時期的特定重要立法作為其階段性的成果。以時距最近的於2007年中制定，而於2008年1月日正式實施之中國勞動合同法為例，在中國立法史上堪稱乃是引起社會各界關注之最者，於草案出台並請求社會各界提供意見時，竟收到全國各界提供意見共19萬多條，在中國立國以來，其意見之多僅次於憲法而已。可知此一法案引起社會各界關注之大。而其中外商反彈動作之大亦屬不尋常，可謂中國改革開放以來最大之立法地震。中國自1994年制定「勞動法」法典之後，勞動法之立法其實一直是備受冷落的，此自是與中國在改革開放政策上，全心努力提升經濟發展，而暫時忽視各種社會成本之付出的必然結果。因此，在經濟發展似乎已達到一定水平且看似基礎穩定後，中國政府便轉回頭企圖提供勞工較多之保障，以改變先前為了經濟快速發展而犧牲勞工基本權益之保護的現象，同時藉由勞動力成本的提升，將可在勞動力市場上達到汰換素質較差的勞工，因為企業基於成本之增加，定然對勞動力的素質要求更高，素質與技術低的勞工自是在遭淘汰之列，故提升勞工保護，增加勞動力成本應有利於全面提升市場上勞動力素質。此外，勞動力成本的提升，也可起到清除引起嚴重勞資衝突的血汗工廠之目的，而不斷的勞資衝突也已經逐漸使社會之不安慢慢沸騰。在此等考量下，勞動合同法的出台自是可以理解的必然發展。當然在制定過程中，自是有勞資雙方及其利益代表人的猛烈攻防，19萬條修法意見也就是可以想像的。另外，在所謂勞動力成本大幅增加的論述上，若平心靜氣來看勞動合同法及後來之該法實施條例，其實對企業來說，立即而明顯的成本付出並不多，未來之法律上的風險則是有可能較大幅提高，但總體來看，成本的增加應不算嚴重。不過，要注意的是中國政府採政之政策並非只有制定勞動合同法而已，而是就業促進法、勞工爭議調解仲裁法，尤其是社會保險法一連串的立法，這些後續的立法才是可能較大幅度增加企業成本的主要原因，特別是社會保險。因此，企業界之反彈其實並非只是針對勞動合同法，而是由勞動合同法起帶頭作用之後續一連串勞動與社會立法。中國政府在面對這些反彈時，在立法的強度與密度上有時亦只得採取較為迴避的立法方式。勞動合同法及其實施條例施行後，時機上正好又遇上全球

金融危機，幸好中國因其經濟體制之特殊性，似未加深危機之衝擊，而影響該法之施行。不過，作為中央立法之勞動合同法，體制上卻容許在一定範圍內，地方政府可以有因地制宜的立法，在某種程度上也使得勞動合同法的權威降低或使該法之施行打了折扣，尤其更有地方政府迴避立法的方式，而採取一些軟性手段，如上海市的22條，更進一步使得該法之施行受到侵蝕。不過，若單由該法之內容觀之，這一部綜合我們勞動法上之基準法與契約法兩種性質為一體的勞動合同法，在許多方面其實做了許多台灣未有之嘗試，例如將派遣、部分工時、試用期間、競業禁止、最低服務年限等明文化。同時亦使工作規則需要與工會或者職工代表協商確定，不再由雇主片面制定。

另一在探討中國勞動法制發展的一項值得注意的特徵，即是學者侯玲玲所稱之：通過地方“先行先試”帶動全國制度創新。¹所謂“先行先試”，即某些地方先行一步，進行各種立法嘗試和制度實驗，為其他地方提供創新的範本，並未全國範圍內的深層次改革摸索、積累經驗，進而推動整個國家改革開放進程。²改革開放推進的基本方法是在特區和沿海“先行先試”，取得經驗後從沿海向內地、老少邊窮地區梯次推進³。是以在探索中國經濟發展、乃至於其中的勞動法制體制變遷的過程時，不可忽視這種「本於發展所需、容許特定區域先行與偏離」之制度特徵，此亦屬從文獻分析、以及透過實證調查皆可看到之核心主軸，進而呈現與其他國家社會不同之發展軌跡。同時，學者劉士豪亦正確的指出：中國目前強調社會的和諧發展，其中最主要的成分即在於強調穩定的社會關係，而社會關係中占重要地位的就是勞資關係。過去在強調經濟發展效率的目標下，雖然有1994年制訂的「勞動法」規範，但終究「上有政策、下有對策」，個別地區對待企業的方式與態度的不同，勞工權益的保護始終無法達到中央要求⁴；其次勞動法適用範圍過於狹隘，許多勞工都不能適用勞動法，勞工對其權益保護的聲浪也不斷出現。著眼於現實的需要，擴大勞動法的適用範圍應是必然的趨勢，但考慮修改勞動法是一複雜而漫長的過程，訂定一部勞動合同法擴大勞動合同法的適用以解決，是比較實際的作法⁵。當然，勞動合同法不僅具有保護勞工的亦意義，相對地，它也是中共對於國加整個發展策略方針下的產物，也是體現和諧社會政策中

¹ 侯玲玲，我國勞動者集體爭議行動地方法制化之研究，國立政治大學法學院主辦：第三屆兩岸勞動法學術研討會，勞動契約、非典型勞動與爭議處理—兩岸重要勞動法問題之比較觀察，2012年6月1-2日。

² 封麗霞：《地方“先行先試”的法制困境》，載于《法律方法与法律思维》，葛洪義主編，法律出版社2010年版，第14頁。

³ 同註1。

⁴ 常凱主編，勞動合同法立法—理論難點解析，中國社會保障出版社，2008年2月，頁4-5。

⁵ 姜穎，勞動合同法論，法律出版社(大陸)，2006年7月，頁40；謝德成，勞動合同法的立法特色，收錄於，林嘉主編，社會法評論，第三卷，中國人民大學出版社(大陸)，2008年9月，頁183。

最重要的一環⁶。

吾人可從諸多的文獻論述脈絡中發現，中國的勞動法制非常具有其「中國色彩」，無法以單純的「法治後進國家繼受與移植先進國家法秩序內涵」加以理解，再者，「法的普遍性」這項現代法治國家的核心特徵，也在一切以發展為前提的中國框架環境下，有著相當程度的變異，例如地方型的特殊待遇，容許相當程度的偏離與特殊化。這些都是研究相關問題時所必須特別關注的。

(四) 研究方法

本整合型研究計畫主要採取文獻暨實證調查研究法，除中國與台灣就相關議題的學理論述外，研究團隊並出發前往中國大陸作相關社會行動者(學者、工會、勞資爭議處理機關機構等)之現場訪談，希望在文獻的堆砌之外，能夠更進一步理解與參透中國特殊的發展軌跡。

(五) 結果與討論

A. 概論

本子計畫原先第一年之主題設定如下：蒐集並整理分析中國勞動保護法制之重要發展軌跡，除業已完成外，並進行兩度之中國實地訪查，主要包括西安、北京、上海與杭州，蒐集並整理相關社會行動者之觀察資料。第二年繼續以深圳特區之訪查為主，透過包括法院法官、勞動仲裁員、調解員、勞動專業律師等之深入訪談與討論，進一步深化之前所建立之實證觀察基礎，配合文獻方面之探討，準備撰寫研究專論與專書，基本上符合原先之計畫設定，惟，如前所述，專論專書之寫作尚待更多之時間準備與醞釀，需持續努力。

在兩年的短暫實地田野訪查中，團隊獲取許多寶貴之經驗，除散見在不同段落與研究議題之呈現外，亦有下列之普遍看法值得一提：

1. 中國勞動法制之發展上，「特殊地方因地制宜」為其特徵，必須有實地調查參訪之經驗，方得確實掌握。
2. 中國有關勞資爭議處理上，有極為特別之調解、仲裁、司法審判之多重複雜關係，除制度內涵之理解分析上，同樣必須搭配實地調查與參訪，方得有更深刻

⁶ 劉士豪，兩岸勞動契約法律發展的初步觀察，國立政治大學法學院主辦，第二屆兩岸勞動法研討會：勞動契約法律化 - 台灣勞動基準法與大陸勞動合同法之同步觀察，2010年5月26-27日。

與不偏離之正確觀察。

3. 中國勞動法學界，與實務界有非常緊密的合作關係，與台灣之一定程度或多僅限於點線、無面之相互交往關係不同，可資參酌借鏡。

4. 中國有非常豐富而詳盡的實地調查資料，且更新之速度極快，使其相關之政府機關構與社會行動者有非常頻繁的檢討與改革，值得吾人效法。

這些都是在兩年觀察中所得之寶貴經驗，也應是爾後繼續深化研究之基礎與出發點，彌足珍貴。

B. 次領域研究心得（一）：以企業併購勞動關係移轉為例

如同前述，由於勞動保護法制領域過於廣泛，因此團隊亦選擇了幾項議題，作為具體的觀察選擇，首先是有關企業併購營業移轉之部分。由於中國也出現許多企業併購之發展，是以，其相關之法律適用與活動，亦成為本研究兩年期間的一項焦點。大陸勞動合同法第33條規定：「用人單位變更名稱、法定代表人、主要負責人或者投資人等事項，不影響勞動合同的履行」，第34條則明文：「用人單位發生合併或者分立等情況，原勞動合同繼續有效，勞動合同由承繼其權利和義務的用人單位繼續履行」。如果暫且容許研究者跳過「用人單位變更名稱、法定代表人或主要負責人」之相對脫脈絡（diskontextuell）的個別問題的話 - 之後我們會再重新回到這個問題點上 - ；無疑的，勞動合同法藉由此等條文，針對企業併購中勞動關係之處理問題，清楚的設定兩個指向：

- 如所涉及者為投資人變更，則不影響勞動合同之履行，易言之，站在勞動合同關係基本上不受影響牽動的出發點；
- 如所涉及者為合併與分立，則必須產生「原勞動合同繼續有效」之規範性作用，雖然勞動合同關係已明確的受到影響與牽動。

作為台灣的勞動法學者，個人對於此文字相對簡單、體系上卻顯然清晰、法律效力則毫不含糊的條文內容設計，深感興趣，特別是比較在這三方面都呈現明顯對比的台灣勞動基準法與企業併購法規定時⁷，更可看出其特殊性。基本上，

⁷ 台灣勞動基準法第20條規定：「事業單位改組或轉讓時，除新舊雇主商定留用之勞工外，其餘勞工應依第十六條規定期間預告終止契約，並應依第十七條規定發給勞工資遣費。其留用勞工之工作年資，應由新雇主繼續予以承認」，如這裡的事業單位、亦即勞動契約關係中之雇主，係屬公司組織，則直接適用2002年2月6日公布施行之企業併購法第16條與第17條：「併購後存續公司、新設公司或受讓公司應於併購基準日三十日前，以書面載明勞動條件通知新舊雇主商定留用之勞工。該受通知之勞工，應於受通知日起十日內，以書面通知新雇主是否同意留用，屆期未為通知者，視為同意留用。前項同意留用之勞工，因個人因素不願留任時，不得請求雇主給予資遣費。留用勞工於併購前在消滅公司、讓與公司或被分割公司之工作年資，併購後存續公

研究者有以下的幾點問題意識：

- 勞動合同法此等條文是否明確的關照到不同類型的企業併購？中間有無模糊或重疊的空間？
- 何謂精準的合併與分立概念？
- 所謂原勞動合同繼續有效之理解？
- 最後，勞動合同之繼續履行，是否當然解釋為「權利義務內容之當然承受」，沒有用人單位之變更空間與可能？

由於研究者對大陸之相關討論並不非常熟悉，除了藉由有限之參考資料與法院實務見解外，主要還是希望從一歐陸法體系之基本思維出發，以德國法相關形成為一參考比較之線索，不是要說著「外國的月亮圓」，而是企圖篩檢出一相對清楚的軌跡：在顯然受德國法影響之大陸一般私法體系與特別是勞動合同法之中，從認識論以及尤其是法政策論的角度，究竟吾人可以如何更精確的掌握勞動合同法第33、34條的內涵，別無其他。

2. 勞動合同法第33、34條之體系前提：企業併購概念

《當日X公司、Y、Z公司三方又簽訂勞動合同補充協定，在該補充協定中，注明了X公司正在進行資產重組，擬將相關經營業務轉入新成立的Z公司，並明確約定了X公司全部權利義務自動無責概括轉移給Z公司，原勞動合同其它內容不變，由此本院應確認系用人單位發生了分立情況。依據《中華人民共和國勞動合同法》第三十四條的規定：“用人單位發生合併或者分立等情況，原勞動合同繼續有效，勞動合同由繼承其權利和義務的用人單位繼續履行”。根據該條之規定，X公司與Y於2007年4月3日續簽的勞動合同繼續有效，其權利和義務由新成立的Z公司繼續履行...》⁸

第一個毋寧十分關鍵、論述上卻相當有趣的問題是：究竟何謂企業併購？特別是商法學理論所理解之企業併購，得以與勞動法領域為相當之理解，甚至毫無障礙的鑲嵌（Einbettung）入勞動合同法第33、34條嗎？或說：立法者在此已清楚且有意的對不同之企業併購行為，設下明白之法律效力連結了嗎？

或許我們可以中國勞動法學界知名的姜俊祿律師/博士之論述為開端：氏以為，企業併購是兼併收購的簡稱，意即英美法之Merger & Acquisition之意涵，前者則兩家公司依法合併為一家，不論採取吸收或新設合併之形式，後者則又分為

司、新設公司或受讓公司應予以承認」（第16條）、「公司進行併購，未留用或不同意留用之勞工，應由併購前之雇主終止勞動契約，並依勞動基準法第十六條規定期間預告終止或支付預告期間工資，並依同法規定發給勞工退休金或資遣費」（第17條）。

⁸ 北京市某縣人民法院2008年民事判決書。

所謂的股份收購 (stock acquisition) 與資產收購 (asset acquisition)，前一為在證券市場上以現金、證券或股票購買他家公司股份，進而成為該目標公司股東，以該股份為限負有限責任，而後一則屬以目標公司之主要資產、重大資產、全部資產或實質性資產為標的之收購，性質上為買賣、而非投資行為，無承擔目標公司責任問題，則是相關資產所有權之移轉⁹。接下來，姜律師有一很精準的推論：「對於股份收購中勞動關係的處理，大陸法律規定得非常明確，2008年施行的勞動合同法第33條規定，”用人單位變更投資人或者名稱，不影響勞動合同的履行”」¹⁰。然而，同樣是屬於收購之下位類型之一的資產收購，姜律師卻筆鋒一轉，在同文中有著引發研究者興趣的引申¹¹：

- 「大陸現行法律對企業資產收購時勞動關係如何處理規定較少，根據1994年出台的《勞動法》第26條第3項有關客觀情況發生重大變化時勞動合同處理方式的規定，以及勞動部1994年出台的《關於〈勞動法〉若干條文的說明》第26條對“客觀情況”的解釋，在“企業資產轉移”情況下，企業（資產收購中的目標企業）可以和勞動者協商變更勞動合同的內容；若協商不成，可以依法解除勞動合同」¹²；
- 「資產收購是企業將全部或部分資產移轉給其他企業，企業的法人人格未因此發生變動，一般認為也就不產生勞動合同權利義務的法定概括承受。因此，資產收購時勞動關係如何接續可以由轉讓企業、受讓企業以及員工自由約定」。

也就是說，在如此的理解下，由於股份收購可以毫無障礙的涵攝入勞動合同法第33條「投資人變更」，因此其勞動合同關係當繼續履行而不受影響，但顯然 —

⁹ 姜俊祿，論企業併購中的員工安置和相關勞動法問題，政治大學法學院主辦：「兩岸勞動法學術暨實務界交流—勞動者之個別保障與集體形成」學術研討會，2006年5月4、5日，頁2；姜俊祿，企業併購中勞動關係研究，政治大學法學院主辦：「兩岸勞動法學術研討會：勞動契約法律化—台灣勞動基準法與大陸勞動合同法之同步觀察」，2010年5月26、27日，頁2。

¹⁰ 前揭註，2010，頁3。

¹¹ 同前註，2010，頁5、6。

¹² 類似見解亦參見林嘉主編，21世紀法學系列教材：勞動法和社會保障法，中國人民大學出版社，2009年5月，頁152，其中寫道：「...客觀情況發生變化，是指發生不可抗力或出現導致使勞動合同全部或部分條款無法履行的情況，如企業遷移、被兼併、被上級主管部門撤銷等致使勞動合同無法履行或無法完全履行的情況」，進而認為當然可以協商變更勞動合同，在雙方無法達成一致意見的情形下，「用人單位可以解除勞動合同」〈底線乃本文研究者所加〉；同樣論述的又如紀冠男，解雇保護制度，收錄於：董保華主編，勞動合同研究，中國勞動社會保障出版社，2005年10月，頁259。關於對《勞動法》原有勞動合同內容變更與解除，特別在「客觀情況發生重大變化」的脈絡上之討論，亦請見關懷、林嘉主編，勞動法，中國人民大學出版社，2006年3月，頁159、162。同樣討論此所謂重大變化，但卻完全沒有提到兼併樣態的，例如鄭尚元主編，勞動法學，中國政法大學出版社，2004年9月，頁129。

至少在文義上 – 非屬「投資人變更」或同條所列其他事由之「資產收購」，似乎就處於姜律師所言「規定較少」的情形下，那麼，為何就得以理解為「得以協商變更勞動合同內容或甚至解除契約之客觀情況發生重大變更」(勞動法第26條第3項)？法政策上或解釋論上是否得當，即不無討論空間；甚者，既然資產收購不會引起法人格之變動，進而「不產生勞動合同權利義務的法定概括承受」，則為何又須言及「可以由轉讓企業、受讓企業以及員工自由約定勞動關係如何接續」呢？邏輯上，勞動合同關係既不因資產收購而生變動，則所謂勞動關係接續是否就根本沒有被「議題化」(Thematisierung)的必要？因為員工與用人單位之關係根本未變動，在法律關係形式上，目標企業之員工根本與收購企業無關，當然，員工確實可能有隨著資產移轉而改由收購企業僱用的誘因或甚至必要性，但是，有必要三方約定嗎？不啻員工與受讓企業之間的法律行為去處理即可嗎？

一個更有趣的角度也許是：為何勞動合同法之立法者有意排除資產收購的併購類型？既不讓之適用第33條的「繼續原則」，又無第34條「隨同移轉原則」之拘束？請原諒不熟悉大陸法制之研究者可能膚淺的提問：立法者確實有意如此嗎？從論理視角觀之，對於目標企業勞工顯然衝擊最鉅的合併/兼併，勞動合同法顯然採取了類似歐洲經濟共同體於1977年2月14日頒布所謂《均衡會員國關於營業之企業或廠場全部一部移轉時勞工權益保障相關法律條文指令》(俗稱所謂營業移轉指令)(Richtlinie zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Wahrung von Ansprüchen der Arbeitnehmer beim Übergang von Unternehmen, Betrieben oder Betriebsteilen, Betriebsübergangsrichtlinie)(RI 77/187/EWG)中¹³，所標示之「勞動關係當然隨同移轉」原則；舉重明輕，連整個用人單位/雇主之地位都完全發生變更之時，新的用人單位/雇主都要當然承接既有之勞動合同關係，則為何程度顯然較輕的資產收購，卻可能毋庸適用「勞動關係繼續存續」原則 – 別忘了前述姜律師所提醒之「企業的法人人格未因此發生變動」 -，卻容有「協商變更合同內容或依法解除」之空間，甚至連「勞動關係當然移轉」原則亦無從發揮拘束力呢？在研究者的理解中，前述姜律師之論述要無邏輯上的矛盾，只有下面這種可能性：

- 資產收購時，勞動合同關係完全不受影響，沒有移轉與承受問題，當然繼續存在於原勞雇之間；
- 如員工有隨資產收購而移轉予收購企業之必要，則此為事實上必要，係屬事實上問題，相關當事人自得任意以法律行為形成新的法律關係，前所提到之「自由約定」，性質上確實是自由的任意行為；
- 是以，大陸勞動部1994年《關於〈勞動法〉若干條文的說明》中第26條之「客觀情況」解釋，本於前兩點意旨，應屬錯誤，用人單位不得以收購為由而要求協商變更合同內容，或甚至於協商不成時逕予解除契約。

¹³ 該指令全稱為《均衡會員國關於營業之全部或一部移轉時勞工權益保障相關法律條文指令》；siehe ABl. EG v. 5.3.1977 Nr. L 61/26 = RdA 1977, 162。

為什麼要細膩的思考這一段論述呢？重點在於，吾人究竟該如何正確的理解「企業併購與勞動關係命運」之問題關聯，進而找出在不同類型之企業併購下，一個適當的與勞動關係處理模式之連結，如此一來，便不會產生諸如勞動部不必要的誤會。在此，也許我們可以觀察一下德國法與台灣法之相關討論：所謂的「企業併購」，亦即一個類似台灣「企業併購法」規範中的法律概念，在德國法中並無內容絕對近似的相對名詞；在德國法學的處理中，比較可以類比的，應是所謂之「企業形式改變」(Unternehmensumstrukturierungen)：姑且讓我們如此說：「企業形式改變」是一內涵比較廣的、涵括之範圍及態樣比較多的概念，而台灣「企業併購法」中所稱之包括合併、收購及分割三種類型的企業併購，無疑僅是其下位概念，僅包含其中數種企業法律形式的變化。

台灣企業併購法第4條第2款規定，所謂的併購，係指「公司之合併、收購及分割」，某個程度上就是指德國法所稱之Verschmelzung(合併)、Spaltung(分割)，所涉及的都可能是整體營業之「移轉」(Übergang)，換言之，德國法中所討論的所謂「營業移轉」、「營業讓與」(Übertragung)、「存在於讓與人與受讓人之間(Veräußerer und Erwerber)的營業移轉暨營業所有人的變更改移轉」，隨其法律形式的不同，就有合併及分割兩種類型，而包括了台灣企業併購的主要兩種樣態。而收購，依同法第4條第4款的規定，是指公司依法取得他公司之股份、營業或財產，並以股份、現金或其他財產作為對價之行為，亦即類似德國法中的所謂Vermögensübertragung，似乎應理解為：

- (1) 如果不涉及合併及分割，則是一種不涉及企業法律形式變更的「財產移轉行為」，雖然會相當程度的影響企業經營，但某個程度上，與勞動合同關係沒有太多的關聯性；
- (2) 如果涉及合併及分割，也就是說，其收購行為的強度已經到達合併及分割的法律形式變更，則應歸類入合併及分割來處理，因為無疑的，它將會對所涉及之勞工產生權益方面的相當影響；
- (3) 一個比較正確的理解是：收購本身並不涉及相關企業法律形式或法律人格的變更，而只是讓不同的企業間，因「一方對他方的收購行為」，進而形成某種程度的所有與控制關係。以台灣企業併購法第29條所規範的所謂「被他公司收購為其百分之百控股子公司」為例，既使是被他公司百分之百的收購，他公司成為該公司的一人股東，該公司仍然沒有涉及本身法律人格的變更，亦無任何企業法律形式的改變，也就是說，這裡的收購並無法律形式上的轉讓與改組，該公司之法人格仍維持同一，而無合併(新設或既存)或分割時之法人格全部或一部的移轉。

基於如此的考量，企業併購法中所列舉之「收購」的態樣，重點似在描繪一現實財產層次上之移轉行為，而非涉及真正之「營業移轉」行為

(Betriebsübergang)。易言之，任何台灣法所指稱的企業併購或營業移轉，所要處理的勞工勞動關係之變動問題，焦點都是在「營業所有人的變更」(Wechsel des Betriebsinhabers)上，挺多有全部或一部變更之差異而已。不論企業選擇的組織變動之法律形式為何，只要涉及所有人的變更，就會牽動到勞動契約關係的變動，因為道理很簡單：契約當事人既然改變，特別是以提供勞務之勞工的角度來看，一方面是債權讓與(勞務債權的移轉、工資請求權的移轉)，一方面也是債務人之變更(工資債務或其他主從給付義務)，則自然會連動到員工，更毋庸說營業所有人變更後的企業組織上之重組權，例如裁員、廠場全部或一部的歇業、遷廠、團體協約拘束力的消滅等，這些都將相當程度的影響到企業勞工的權益。將之抽象來看：問題的核心都是「僱傭契約當事人的變更」、特別是「僱傭契約僱用人的變更」，因此德國立法者方將之拉回到民法的規範體系中去處理(德國民法第613a條)，而非委之於如台灣企業併購法一般之個別特別商法中。

這個規範關係必須加以特別釐清：因為參考德國法制，體例及內容上都極為類似台灣企業併購法的德國《企業改組法》(Gesetz zur Bereinigung des Umwandlungsrechts, UmwG)¹⁴，制定伊始，除了企圖整合散見於各特別法中的混亂規定外，主要之立法目的，是希望提供企業界，特別是整體範圍內可能的行動者，包括股東、投資人、經營者，更多樣的、更彈性的變更企業法律形式之手段選擇，不論是合併、分割、財產移轉(即台灣法之收購)。換言之，1995年起廣受注意的德國企業改組法，基本上並未改變或動搖德國民法第613a條所建立之僱傭契約當事人變更的法律結構¹⁵，該條仍然繼續發揮它原有的規範作用，法律只是一方面提供了更多的法律形式及手段選擇，另一方面，相對於民法所著重之「個別層次」的債權讓與、債務移轉，也就是德國法所謂的「個別法律移轉」(Einzelrechtsnachfolge)，企業改組法提供了更周詳的「概括法律移轉」(Gesamtrechtsnachfolge)¹⁶，直接規範營業移轉的概括承受問題。整體來說，德國民法第613a條扮演著兩個層次的作用：首先，它是作為一般營業移轉、營業所有人變更時之「原則性」的處理規定，而在當事人捨民法之此途徑，寧願選擇企業改組法所提供之不同手段時，它繼續發揮普通法層次的功能，明確標示一清晰的「既存勞動關係」處理原則，除非立法者在該特別法有清楚的排除規定。雖然德國聯邦勞動法院承認當事人有選擇權，可以自由的選擇何等形式－民法第

¹⁴ 德國企業改組法於1994年10月28日制定通過，隔年1月1日起正式施行；dazu siehe BGB I 1994, 3210。

¹⁵ Überblick siehe etwa Staudinger/Richardi (1999) § 613a Rn. 1ff.

¹⁶ 此即類似台灣民法第305、306條的「概括承受」：「就他人之財產或營業，概括承受其資產及負債者，因對於債權人為承受之通知或公告，而生承擔債務之效力。前項情形，債務人關於到期之債權，自通知或公告時起，未到期之債權，自到期時起，二年以內，與承擔人連帶負其責任」、「營業與他營業合併，而互相承受其資產及負債者，與前條之概括承受同，其合併之新營業，對於各營業之債務，負其責任」。

613a條或企業改組法 -，但是，這一層的法律規範關係仍應辨識清楚¹⁷。

從德國企業改組法的相關規定，也可以清楚的看到這項原則：該法第324條規定，進行移轉改組行為之企業的登記，不論是合併、收購或分割，對於民法第613a條第1及第4項均不生影響。換句話說，針對「企業改組之勞動法效果」，立法者有意將之與「以法律行為為營業移轉之勞動法效果」，完全等量齊觀，不做差別處理，結果就使得民法第613a條的規定，某種程度上變成企業改組法的特別法（事實上應解讀為沒有特別法排除規定下的普通法）：只要依企業改組法所進行的企業全部或一部的改組，產生了勞動法上的變動效果，就必須適用民法第613a條的明文，除非該企業改組行為本身不涉及勞動法上的影響，最明顯的當然就是收購，亦或個別勞動關係、而非廠場營業一部的移轉¹⁸。

走到這裡應該相當清楚了：會涉及勞動關係的可能移轉、勞動關係主體之變更，是應有法律特別規範之必要者，其實僅限於營業所有人變更。依德國聯邦勞動法院的見解，所謂營業所有人的變更，係指營業全部或一部之所有人本人的事實上變更而言，也就是說，讓與人必須「事實上停止」在營業之全部或一部所為之所有經濟活動，而受讓人「事實上接手」該營業全部或一部的組織權及指揮權，但並不以存在指揮權之「特別移轉文件」、「權利讓渡證明書」為要件¹⁹。相對而言，受讓營業之重要部份，但存在原讓與人繼續經營之「可能性」，或是受讓人根本未實際經營，則均不足當之所謂營業所有人的變更。也就是說，在學者的解讀中，民法第613a條所稱之「法律行為」，應是指讓與人與受讓人雙方對於「移轉事實上組織權的合意」，亦即「事實上同意予受讓人營業所有人的地位」。這顯然與一般民法所明文之某些債法上的移轉，例如租賃關係，收益租賃關係，占有關係，亦或公司設立之透過認股而移轉所有權等，有著截然的差異。當然，對於這裡的「成立事實上營業所有人地位的合意」，不應以過於嚴苛的標準來檢視之，特別是企圖努力探求其相關當事人的主觀意圖，依司法實務見解，只要有接續的數個法律行為，就其整體觀之，足認有移轉事實上組織權力的客觀現象，就足以當之，特別是「主要勞工的合意繼續工作」、「作為營業主體的主要勞工之繼續僱用」²⁰。後者特別重要，因為曾有學者以為，只有主要勞工經營業受讓人繼續僱

¹⁷ BAG Urteil v. 18.9.1997 = NZA 1998, 210；事實上，實務上亦可能出現兩者的混用模式，例如兩家企業的合併，不適用企業改組法的規定，而選擇簽訂合作契約來進行概括承受的問題，這顯然屬於民法的範疇。

¹⁸ 這個說法已是德國學界的通說，請參閱Bachner in Kittner/Zwanziger, Arbeitsrecht, Ffm. 2001, Rdnr. 44 zu § 114。

¹⁹ BAG 12.11.1998 = AP Nr. 186 zu § 613a BGB.

²⁰ BAG 11.12.1997 = AP Nr. 171, 172 zu § 613a BGB。在另一案例中，聯邦勞動法院清楚的舉出如此之認定。一家清潔公司，承包一清潔工程，新的受讓人與該工程的定作人，在完全不變的清潔承攬內容下，雙方合意由其變為承攬人，只要受讓人繼續僱用原有的勞工，就足以認定有

用，則讓與人是否與受讓人就繼續僱用事項有任何的協商，並非認定是否真正構成營業移轉的重點²¹。

一個可能比較是法政策上的提問，就是公部門是否亦應有此適用之疑義：大陸勞動合同法第2條第2項規定：「國家機關、事業單位、社會團體和與其建立勞動關係的勞動者，訂立、履行、變更、解除或者終止勞動合同，依照本法執行」，已經很清楚的回答這個問題，個人認為相當值得稱道，特別是相較於台灣政府部門「公部門隨心所欲逕予排除勞動關係存續保障」的經常做法。歐體與德國法層次則稍有些差異：例如在德國，諸如公共服務的民營化，例如將公法上的機構或公營事業移轉予非公共的私所有人，則當然有類似勞動合同法第34條規定之德國民法第613a條之適用，因為該等事業或機構既然亦從事某種經濟活動，則不論是否有營利之目的 – 顯然此非民法613a條所規範之營業移轉所問 –，均不得排除相關規定的適用。但至於行政機關組織改造時之行政任務的移轉，行政任務於行政機關相互間之移轉，則依據歐體指令（第1條第1項c第2句），則均非民法第613a條所稱之移轉²²。不論之前在德國法的解釋上有無疑義，關於民法相關法條的適用，在歐體指令於2001年頒行後，對於公營事業之適用、公行政任務之不適用，已有清楚之定論。

如果以上的討論有意義，我們便可發現幾個重要的啟發：

- a. 只有發生合併/兼併，方有營業所有人、亦即用人單位/雇主主體之變更問題，換言之，方有勞動合同關係移轉之問題，也才有勞動合同法第34條「繼續有效、當然承繼」之規定必要；
- b. 如果未採取合併/兼併，而僅為收購 – 不論是股份或資產，則既無用人單位/雇主主體之變更問題，則當勞動關係毫無動搖的繼續存在於原用人單位間，完全無移轉問題；
- c. 從體例選擇上來說，德國民法與企業改組法之分流，與大陸法制相當，相關併購之商法與勞動法涇渭分明，互不影響，應屬正確之立法方式，相形之下，

營業所有人變更之事實。在此案例中，原有勞工，特別是所謂的主要勞工的同意，佔有關鍵的角色，因為，法院以為，由此便足以推定受讓人事實上已經接手營業的組織權力。Dazu vgl. BAG 10.12.1998 = AP Nr. 187 zu § 613a BGB.。

²¹ Müller/Glöge, Bestandsschutz beim Betriebsübergang nach § 613a BGB, NZA 1999, 450.

²² 有數類特殊的高權行為，雖法律形式上亦涉及移轉，但並無民法第613a條營業移轉之適用，例如這裡所謂公法上之功能移轉（öffentlichrechtliche Funktionsnachfolge）：依據法律，公法上之任務及機構，由一高權主體移轉至另一高權主體者，雖涉及移轉，但應各依其所本之移轉相關公法的規定 – 解釋上亦應包括公法上之職務法及公部門受僱者之團體協約法 –，處理相關的受僱人移轉問題。以此觀點來看，台灣法制中極為類似的公營事業移轉民營條例，其中第8條規定有關原從業人員的移轉問題，不論其內容為何，基本上都已優先而排除作為普通法之民法第305、306條及勞動基準法第20條之適用，性質上即為德國法之所謂公法上之功能移轉。

台灣模式「既有勞動基準法、又有內容差異不小之企業併購法關於勞動關係之規定」，顯然是許多問題的根源所在；

- d. 大陸勞動部對於〈勞動法〉第26條有關「客觀情況重大變化」之解釋，應屬誤植；
- e. 一個得以思考的法律解釋選擇，是將勞動合同法第33條解為包括資產收購之情形，而使之當然適用「勞動合同關係繼續有效存在」的法律效力原則。

這是一個有趣的發展軌跡：雖然在法律規範的文義上看來，有關企業併購勞動關係移轉，中國勞動法制並未與其他國家有著明顯差距，但卻在實踐上，至少難以避免的看到某些突兀、甚至有法體系內部衝突疑慮的呈現，揆其緣由，法釋義學上細膩度不足或許是一主因，然而，特定的社會需求，所謂「對於勞動關係因企業主之某種形式變動而生影響之焦慮與需求」，應該是不可忽略的一項結構性因素，進而利用某些法規「工具」，不無踰越文義範疇與體系局限的，做了更多的「符合社會期待之回應」；這樣的觀察，也在研究者兩次的實地訪談中，得到相當的印證：相關的中國司法實務工作者，在商談之過程中，都提及前述之焦慮與需求，也都經常將理論上或許不應歸諸於此脈絡的問題，透過勞動合同法第33條的操作，將之導入這個體系內的處理。這種現象在台灣也非少見，毋寧是法規體系回應社會需求的一種常見方式，在法社會學之「法的動員、運用」（Mobilisierung des Rechts）中，早有軌跡可尋²³。這類現象不見得完全是法治、法制後進國家的特徵，也未必完全是社會文化因素之故，毋寧是一相對複雜與交互作用的問題，在「解決路徑」的思考上，堅持法律體系的純粹性—如果容許套用Hans Kelsen的純粹法學（Reine Rechtslehre）之用語的話，可能不是最好的選擇，這確實需要相關社會行動者與法律適用者更多的思考與努力。當然，如上的一些觀察與研究心得，都必須透過更多的中國勞動法理論暨實務的觀察，方能得

²³ 有關此法的動員與使用，特別在中國相關發展可以看到的，是如下的法社會學觀察結果：法社會學的許多研究告訴我們，一項法律制度的設計，確實可能影響某些、甚至大多數社會行動者的行為模式，進而逐漸「侵入」而內化成為人民的法律意識，再反過來成為理解或建構該法律制度的基礎，使該法律制度發揮其相當程度制約社會行為的功能與目的；然而，至少當代系統理論（Systemtheorie）也告訴我們，法律系統在自我與外來指涉過程中，「規範上的封閉」（normative Geschlossenheit）與「認知上的開放」（kognitive Öffnung）是其關鍵，一方面，法律系統內存在著相對程度穩定的規範性內涵，沒有在此範圍內找到基礎，將無法在系統中順暢運行，另一方面，面對法律系統外其他社會功能系統（「環境」）所傳遞過來之訊息，法律系統在認知與觀察上是開放的，然而，如果沒有融入系統邏輯而進入自我指涉過程，這些外來訊息並不會被系統所處理，例如：不會變成新的法律規範性內容，從另一角度言之，如果還是促成法律變更，則將可能無法在法律系統內得到順暢的運行；如此一來，來自其他社會功能系統的期待與要求，往往就可能在法律系統中產生奇異的面貌，不論吾人稱之為「法律失靈」、「法律的拘束力羸弱」或「規範與現實的落差」；相關討論請參見Raiser, *Das lebende Recht*, 3 Aufl., Baden-Baden 1999, S. 243ff.; Luhmann, *Das Recht der Gesellschaft*, Ffm. 1995, S. 83, 85。

到更多的佐證與心得。

C. 次領域研究心得（二）：以勞動關係消滅為例

在本子計畫執行中的一個重要主題，便是常見之勞動爭議類型：勞動關係消滅，包括不同之消滅形式、要件，乃至於雇主之經濟補償義務處理等之議題。雖然中國的經濟呈現人類歷史上少見的快速發展，連帶的也活絡了勞動市場，不論勞動力的供給與需求雙重面向，然而，相對的，雇主有關勞動力之「調整需求」，也必須在法律上加以一定的對待與處理。究竟中國勞動法制，對於此所謂勞動關係存續保障（Bestandsschutz des Arbeitsverhältnisses）的重要權利²⁴，做了如何之因應呢？從歷史觀察的角度看來，這是個有趣的問題：從社會主義作為「勞動者天堂國度」的政經社體制，勞動者可以被解僱嗎？隨著資本主義體系的「融入」，這似乎不再是障礙與困境，只是，在存續保障作為一「法權要求」（Rechtsforderungen－康德語）的法規範前提下，在發展－保障、資本積累－勞動管制之拉扯與衝突下²⁵，中國勞動法制如何選擇面對呢？從規範角度出發，中

²⁴ 勞動關係的存續保障（Bestandsschutz），主要包括工作權的間接實現，以及法院裁判實務所擴大之解僱保護，例如定期契約的限制，經營事由解僱的社會選擇，解僱保護法上的繼續僱用請求權，變更終止的限制，解僱最後手段原則的擴大至企業、而非廠場層級的適用，勞工個人或個人行為事由解僱時之雇主舉證責任等，向來被德國許多經濟學者認為不當的提高雇主之再僱用成本－所謂「企業勞動力替代行為成本、也就是固定成本的增加」－，使企業難以因應外在的結構變遷，同時加速勞動市場上的所謂區隔分裂效果，換言之，過當的解僱保護忽略總體經濟上的影響，阻礙了失業者進入勞動市場的機會，亦即惡化了失業問題。主張勞動關係之存續保障應予鬆動者，要求應廢除不必要的解僱保護措施，例如將前述之法律義務加以廢止（如社會選擇義務之拘束、繼續僱用請求權、企業變更大量裁員之社會計畫義務），或至少應考量將此存續保障之成本轉嫁予國家來負擔，或尋求某些特別受保障之勞工族群，能讓企業得以團體協約最低工資以下之金額加以僱用，甚至完全廢除對於問題族群勞工的解僱保護，使雇主擁有終止契約的完全自由。 Göbel, Flexibilisierung aus Arbeitgebersicht, in: A. Oppolzer/H. Wegener/U. Zachert(Hrsg.), Flexibilisierung, Deregulierung – Arbeits- politik in der Wende, Hamburg 1986, S. 49f.; Wagner/Jahn, Neue Arbeitsmarkttheorien, 2 Aufl., Stuttgart 2004, S. 168ff.。

²⁵ 管制理論起源於法國的阿圖塞學派，它企圖要對抗二次大戰後盛行的凱因斯主義理論、新古典經濟理論（所謂均勢理論Gleichgewichtstheorie）、新自由主義的市場激進主義、現代化理論等，更企圖對馬克思主義理論作一革命性的理論發展：因為歷史證明馬克思的理論出了問題，既沒有一個所謂歷史發展上線性不變的資本主義邏輯及發展，也沒有一個馬克思自詡的所謂抽象導出的價值規律或歷史定律，馬克思的結構主義出了差錯，這個理論進路過於忽略人的社會行為面，因此管制理論學派認為，必須結合結構主義與行為主義的雙重論點，研究出一相對穩定的資本主義發展階段的秘密究竟何在。長久以來，我們不斷的知道，其實資本主義有它嚴重的內在矛盾，馬克思及許多左派理論家也不斷的告訴我們，其實這樣的矛盾是會帶來資本主義的

國似乎選擇了類似歐陸國家的路徑。

2008年1月1日施行的中華人民共和國勞動合同法，搭配同年9月18日出台並同時施行的中華人民共和國勞動合同法實施條例，均就勞動關係之消滅，有著相較於台灣勞動基準法、甚至其他國家類似法令等，尤為詳盡與周延之規範。整體而言，其將勞動契約之消滅，區分為無效、解除與終止三項不同的形式，體例上雖類似德國法體系上之定位與坐落，得以與台灣之相關概念範疇相銜接與理解，但其實仍有相當的差異。有關其內容如下簡述。

依勞動合同法（下同）第二十六條之規定，勞動合同有下列情形之一者，全部或部分無效：

- （1）以欺詐、脅迫的手段或者乘人之危，使對方在違背真實意思的情況下訂立或者變更勞動合同者；
- （2）用人單位免除自己的法定責任、排除勞動者權利者；
- （3）違反法律、行政法規強制性規定者；

對於勞動合同有效無效的爭議，應由勞動爭議仲裁機構或者人民法院確認。

滅亡的，可是，從資本主義的發展階段來看，個人、團體或階級的對立或衝突行為，總是能被整合進資本主義社會的條件及資本的積累利用關係之中，結構上不穩定的資本主義，總是能夠藉著某些政治及社會形式來協助處理矛盾，甚而創造一穩定的社會化關係，最明顯的，莫過於民主的選舉制度，以及社會的勞動保護法令。顯然，關鍵在於，在資本積累的過程中，有某些資本內含的、或是存在於社會及政治制度中作為能夠促使資本再生產的力量，就是這些力量，使得資本產生得以再生產的穩定條件，也就是透過這一類的社會及政治上的管制機制，例如社會及政治上的制度，以及一切將衝突及對立的階級關係整合進某種管制模式的所有規範網絡，使得資本得到了得以穩定再生產所需要的必要條件，這一些扮演著管制或規範性質的力量，把資本主義宿命中最危險的所謂社會階級及團體的對立利益，加以處理、引導與整合，使得社會的存續不但得以維繫，同時還使社會行為符合這個資本利用（Kapitalverwertung）的需要，間接造成資本積累的順暢。在管制理論者的眼中，這就是資本主義得以順利積累的秘密所在，由於提出的問題是：「某一相對穩定階段的資本主義如何穩定的從事積累？」，找到的答案是「因為有管制的存在」，也就是重點在於管制的形成與面貌，因此通稱之為所謂的管制學派，而兩個管制學派最重要的概念，便是「積累模式」（Akkumulationsregime），指某一時期資本積累的形式總稱，以及「管制方式」（Regulationsweise），意指使資本得以穩定積累、符合資本積累模式的所有國家或非國家的規範、制度、組織形式、社會網絡與行為模式的總稱。相關文獻請參見 Hirsch, *Der nationale Wettbewerbsstaat. Staat, Demokratie und Politik im globalen Kapitalismus*, Berlin, 1996, S. 46ff.; Röttger, *Neoliberale Globalisierung und eurokapitalistische Regulation*, Münster, 1997, S. 92f.; Jessop, *Regulation und Politik. Integrale Ökonomie und integraler Staat*, in: Demirovič/Krebs/Sablowski, *Hegemonie und Staat. Kapitalistische Regulation als Projekt und Prozeß*, Münster, 1992, S. 238。

非經前述兩者程序，效力並無法被確定。這一點非常重要，尤其突顯行政權介入其合法性判斷的重要性。依第二十七條之規定，勞動合同的部分無效，並不影響其他部分之效力。在勞動合同全部被確認為無效的情形，勞動者已付出勞動者，用人單位應向勞動者支付報酬。至於報酬的數額，參照本單位相同或者相近崗位勞動者的報酬確定（第二十八條）。應予注意者，依第八十六條之規定，勞動合同依照第二十六條被確認無效時，若對他造造成損害，有過錯的一方應當承擔賠償責任，亦屬一種後契約的清算義務。

在勞動合同的解除部分，包括由雙方合意或由勞方、資方單方發動之三種不同型態：

（1）協商解除

協商解除之規定，見於勞動合同法第三十六條，分辨協商解除是由勞動者或用人單位發動有其重要性，依第四十六條之規定，若協商解除是由用人單位發動者，用人單位需給付勞動者經濟補償；反之，勞動者發動時，用人單位不需給付勞動者經濟補償。

（2）勞動者之解除

依照第三十七條、第三十八條之規定，勞動者之解除又可分為預告解除、告知解除和立即解除。預告解除的情形，勞動者需於解除之日前三十日以書面形式通知用人單位，惟在試用期間，僅需於解除前三日通知即可。勞動者依第三十七條預告解除時，用人單位依法不需給付經濟補償。告知解除，即勞動者不需提前三十日以書面形式通知用人單位，僅需告知用人單位即可解除契約，而告知解除之事由如下：

- a. 用人單位未按照勞動合同約定提供勞動保護或者勞動條件；
- b. 用人單位未及時足額支付勞動報酬；
- c. 用人單位未依法為勞動者繳納社會保險費；
- d. 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；
- e. 用人單位以欺詐、脅迫的手段或者乘人之危，使勞動者在違背真實意思的情況下訂立或者變更勞動合同，致使勞動合同無效；
- f. 法律、行政法規規定勞動者可以解除勞動合同的其他情形。

至於立即解除，則是指諸如用人單位以暴力、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。此是勞動者解除勞動合同最直接者。另在告知解除與立即解除的情形，用人單位依照第四十六條之規定，應給付勞動者經濟補償。

（3）用人單位之解除

依照第三十九條、第四十條之規定，用人單位之解除亦可分為預告解除與

告知解除。在預告解除的情形，依第四十六條，用人單位應予經濟補償。預告解除，與勞動者之預告解除相同，皆要求在三十日前以書面形式通知勞動者本人，若用人單位未在三十日前通知時，可以用額外支付勞動者一個月工資的方式²⁶，解除勞動合同，其事由如下：

- a. 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研究者；
- b. 勞動者不能勝任工作，經過培訓或者調整工作崗位，仍不能勝任工研究者；
- c. 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。

至於告知解除，指勞動者有過錯的情形，此際用人單位不須支付經濟補償，其事由如下：

- a. 勞動者嚴重違反用人單位的規章制度；
- b. 勞動者嚴重失職，營私舞弊，給用人單位造成重大損害；
- c. 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；
- d. 勞動者以欺詐、脅迫的手段或者乘人之危，使用人單位在違背真實意思的情況下訂立或者變更勞動合同，致使勞動合同無效；
- e. 勞動者被依法追究刑事責任。

應予注意者，並非符合上述情形時，用人單位即當然可以解除勞動合同，其還受到第四十二條事由及時的限制，該限制如下：

- a. 勞動者從事接觸職業病危害作業的勞動者未進行離崗前職業健康檢查，或者疑似職業病病人在診斷或者醫學觀察期間；
- b. 勞動者在本單位患職業病或者因工負傷並被確認喪失或者部分喪失勞動能力；
- c. 勞動者患病或者非因工負傷，在規定的醫療期內；
- d. 女職工在孕期、產期、哺乳期；
- e. 勞動者在本單位連續工作滿十五年，且距法定退休年齡不足五年；
- f. 法律、行政法規規定的其他情形；

最後在勞動合同之終止，依第四十四條有下列事由：

- (1) 勞動合同期滿；
- (2) 勞動者開始依法享受基本養老保險待遇；
- (3) 勞動者死亡，或者被人民法院宣告死亡或者宣告失蹤；
- (4) 用人單位被依法宣告破產；
- (5) 用人單位被吊銷營業執照、責令關閉、撤銷或者用人單位決定提前解散；
- (6) 法律、行政法規規定的其他情形。

²⁶ 依勞動合同法實施條例第二十條，額外支付的工資應當按照該勞動者上一個月的工資標準確定。

勞動合同期滿只有於固定期限和完成一定工作任務為期限之勞動合同始有此情形。依第四十五條之規定，勞動合同期滿，但有第四十二條用人單位禁止解除事由時，勞動合同依法延續至該事由之結束。另在上述第四、第五種事由之情形，依第四十六條用人單位應給付經濟補償。

最後尚有其他附帶之規定：用人單位違反上述規定解除或終止勞動合同者，勞動者依第四十八條享有選擇權。勞動者得要求繼續履行勞動合同時，用人單位不得拒絕其繼續履行；勞動者不要求繼續履行，或者勞動合同不能繼續履行時，用人單位應當依第八十七條之規定，給付勞動者經濟補償標準二倍的賠償金。用人單位依法應給付經濟補償，但未依照規定向勞動者給付，勞動行政部門責令限期支付經濟補償，逾期仍不支付，勞動行政部門責令用人單位按應付金額百分之五十以上、一百以下的標準，向勞動者加付賠償金。（第八十五條）

勞動合同法亦針對我國所謂的大量解僱情事，做有特殊之規定：第四十一條之裁減人員是勞動合同法針對企業經營的特別規定，不需要有上述解除、終止事由，即可裁減人員，但須符合下列情形，且用人單位需要裁減人員二十人以上，或者裁減不足二十人但佔企業職工總數百分之十以上：

- (1) 依照企業破產法規定進行重整；
- (2) 生產經營發生嚴重困難；
- (3) 企業轉產、重大技術革新或者經營方式調整，經變更勞動合同後，仍需裁減人員；
- (4) 其他因勞動合同訂立時所依據的客觀經濟情況發生重大變化，致使勞動合同無法履行。

所謂法定裁減人員程序，是指用人單位在裁減人員三十日以前，必須向工會或者全體職工說明情況，聽取工會或者職工之意見，惟工會或職工表示反對之意見，不影響裁減人員的合法性，僅程序上須聽取工會或者職工之意見而已。並於聽取工會或者職工之意見後，提出裁減人員方案向勞動行政部門報告，進行人員裁減。惟此對於勞動行政部門之報告，勞動行政部門並不享有否決權，有效與否，決定於是否對工會或全體職工說明、上開事由之發生以及將裁減方案向勞動行政部門報告²⁷。此外，勞動合同法在第四十一條第二項亦規定了裁減人員對象的選擇，應優先留用下列人員：

- (1) 與本單位訂立較長期限的固定期限勞動合同；
- (2) 與本單位訂立無固定期限勞動合同；
- (3) 家庭無其他就業人員，有需要扶養的老人或者未成年人；

²⁷ 高富平、張旻浩、衛芷言合著，勞動合同法，頁192。

又依第四十一條第三項之規定，用人單位依照第四十一條第一項裁減人員，在六個月內重新招用人員時，應當通知被裁減的人員，並在同等條件下優先招用被裁減的人員。另，除依照企業破產法規定進行重整者，其他情形進行裁減人員並不需要給付勞動者經濟補償。

勞動合同法亦整理所有應予支付經濟補償之依據，整併為單一條文：依第四十六條之規定，下列情形用人單位應支付經濟補償：

- (1) 勞動者依照本法第三十八條規定，告知、立即解除勞動合同；
- (2) 用人單位依照本法第三十六條規定向勞動者提出解除勞動合同並與勞動者協商一致解除勞動合同；
- (3) 用人單位依照本法第四十條規定，預告解除勞動合同；
- (4) 用人單位依照本法第四十一條第一款規定，裁減人員解除勞動合同；
- (5) 除用人單位維持或者提高勞動合同約定條件續訂勞動合同，勞動者不同意續訂的情形外，依照本法第四十四條第一項規定，勞動合同屆期，終止固定期限勞動合同；
- (6) 依照本法第四十四條第四項（用人單位被依法宣告破產）、第五項（用人單位被吊銷營業執照、責令關閉、撤銷或者用人單位決定提前解散）規定終止勞動合同；
- (7) 法律、行政法規規定的其他情形；

至於經濟補償的計算方式，依第四十七條規定應為「勞動者在本單位工作的年限，每滿一年支付一個月工資的標準向勞動者支付。六個月以上不滿一年的，按一年計算；不滿六個月的，向勞動者支付半個月工資的經濟補償」，依此觀之，並沒有上限的規定。但若是「勞動者月工資高於用人單位所在直轄市、設區的市級人民政府公布的本地區上年度職工月平均工資三倍時，向其支付經濟補償的標準按職工月平均工資三倍的數額支付，向其支付經濟補償的年限最高不超過十二年。」又所謂的月工資，是指勞動合同解除或終止前十二個月的平均工資。

由這些相對複雜、本於學者董保華所謂「以加強解僱保護、限制解僱自由」為目標設定的勞動合同法²⁸，移植並全面進入了當代歐陸法之解僱保護制度（Kündigungsschutz），採取解僱實質要件原則、經濟性解僱應有經濟補償義務原則、大量解僱特殊處理原則，乃至區分懲戒性解僱、合意終止、以及勞工自請離職之處理原則，體系上相當完整，透過勞動合同法暨其實施條例相對鉅細靡遺的條文設計，也讓相關的社會行動者有更多的考察依據。當然，2007年中制定，而於2008年1月日正式實施之此中國勞動合同法，在中國立法史上堪稱乃是引起社會各界關注之最者，於草案出台並請求社會各界提供意見時，竟收到全國各界提

²⁸ 董保華，勞動合同立法的爭鳴與思考，上海人民出版社，2011年4月，頁572。類似觀察亦請見鄭尚元，勞動法與社會法理論探索，中國政法大學出版社，2008年10月，頁26以下。

供意見共19萬多條，在中國立國以來，其意見之多僅次於憲法而已。可知此一法案引起社會各界關注之大。而其中外商反彈動作之大亦屬不尋常，可謂中國改革開放以來最大之立法地震，其中，所謂相當程度限制用人單位勞動力運用彈性的前開規定，無疑亦屬爭論焦點所在。

事實上，中國自1994年制定「勞動法」法典之後，勞動法之立法其實一直是備受冷落的，此自是與中國在改革開放政策上，全心努力提升經濟發展，而暫時忽視各種社會成本之付出的必然結果。因此，在經濟發展似乎已達到一定水平且看似基礎穩定後，中國政府便轉回頭企圖提供勞工較多之保障，以改變先前為了經濟快速發展而犧牲勞工基本權益之保護的現象，同時藉由勞動力成本的提升，將可在勞動力市場上達到汰換素質較差的勞工，因為企業基於成本之增加，定然對勞動力的素質要求更高，素質與技術低的勞工自是在遭淘汰之列，故提升勞工保護，增加勞動力成本應有利於全面提升市場上勞動力素質。此外，勞動力成本的提升，也可起到清除引起嚴重勞資衝突的血汗工廠之目的，而不斷的勞資衝突也已經逐漸使社會之不安慢慢沸騰。在此等考量下，勞動合同的出台自是可以理解的必然發展。當然在制定過程中，自是有勞資雙方及其利益代表人的猛烈攻防，19萬條修法意見也就是可以想像的。另外，在所謂勞動力成本大幅增加的論述上，若平心靜氣來看勞動合同及後來之該法實施條例，其實對企業來說，立即而明顯的成本付出並不多，未來之法律上的風險則是有可能較大幅提高，但總體來看，成本的增加應不算嚴重。不過，要注意的是中國政府採政之政策並非只有制定勞動合同而已，而是就業促進法、勞工爭議調解仲裁法，尤其是社會保險法一連串的立法，這些後續的立法才是可能較大幅度增加企業成本的主要原因，特別是社會保險。因此，企業界之反彈其實並非只是針對勞動合同法，而是由勞動合同法起帶頭作用之後續一連串勞動與社會立法。中國政府在面對這些反彈時，在立法的強度與密度上有時亦只得採取較為迴避的立法方式。也因此，觀察有關勞動契約關係消滅之相關規定時，斷不可文本主義式的做單純之比較，而是必須有整體之式也，方得窺其全貌。

D. 次領域研究心得（三）：以勞資爭議處理為例

本子計畫的另一個觀察與研究重點，係著眼於勞資爭議處理之議題，眾所周知，在中國開放改革的數十年來，隨著勞動權利之肯定與法律化，攸關權利貫徹之爭議處理問題，亦隨之一併發展。如同董保華教授所言，隨著1993年的《企業勞動爭議處理條例》和1994年《勞動法》的相繼頒佈實施，中國大陸建立起了一套以協商、調解、仲裁、訴訟為主要環節的勞動爭議處理制度，這套爭議處理程式可以用四個字來概括，那就是「協調裁審」，當然必須再加上類似台灣勞動檢查制度之所謂勞動監察，作為主管機關發動行政制裁處罰、乃至於間接作為權利

貫徹輔助機制的一環，形成中國勞動法的爭議處理制度之全貌。在其中，“協”即協商，中國大陸勞動爭議的協商分為個別協商和集體協商，個別協商為勞動者就個人勞動爭議與用人單位的協商，集體協商是由工會代表勞動者與用人單位就集體勞動爭議進行的協商；“調”即調解，是指在企業內部由職工代表、用人單位代表、工會代表等組成的勞動爭議調解委員會來對勞動爭議進行調解，工會在其間主要扮演著中立第三方的角色；“裁”即仲裁，即由勞動行政部門代表、同級工會代表、用人單位方面代表共同組成勞動爭議仲裁委員會來對勞動爭議進行裁決，其中勞動行政部門是主導力量；“審”即審判，由人民法院對不服仲裁而提起的訴訟進行判決。在中國大陸，協商和調解作為任意性程式供當事人自由選擇適用。勞動仲裁程式作為處理勞動爭議的核心環節，同時也是勞動爭議訴訟的前置程式。依中國大陸先裁後審的規定，勞動者只有先通過仲裁這個必經程式才能向人民法院提起訴訟，進入二審終審的普通訴訟程式²⁹。從理論上看，中國大陸勞動爭議處理制度的四個程式——協商、調解、仲裁和訴訟的制度設置反映出了現代糾紛處理、特別是在勞動領域中之紛爭解決的一些發展，不論是訴訟上或訴訟外的處理機制。

然而，基於不同的政策決定與目的、也隨著不同區域之經濟發展程度，即便是本於一套「監協調裁審」，各地仍然可能基於中央之明確授權、允許，亦或地方某種程度之制宜，而有不同之規定與作法，無法從單純之中央勞動法令、特別是本於台灣本地勞動法體系之理解出發，去窺見中國大陸各地實施之全貌。以珠三角為例，學者侯玲玲便清楚的指出，地方特區即頒佈出台一些有別於中央法令的作法，諸如³⁰：

(1) 廣州市通過《廣州市勞動關係三方協商規定》構建了集體協商爭議處理的三方協商會議調停制度。第17條規定，勞動關係集體協商過程中出現集體停工、怠工的，爭議雙方均可以向三方協商會議辦公室提出調停申請；當事人未提出調停申請的，用人單位所在地的區、縣級市三方協商會議應當主動進行調停。所謂的三方會議協商會議由同級勞動行政主管部門、總工會和企業代表組織派出相同數目的人員組成。企業代表組織由企業聯合會和工商聯共同出任，區、縣級市沒有企業聯合會的，由區、縣級市工商聯作為企業代表組織參加會議（第4條）。勞動行政主管部門負責三方協商會議制度的組織實施，承擔三方協商會議的籌備、召集、主持等工作。三方協商會議辦公室設在勞動行政主管部門，負責日常事務工作（第5條）。在調停期間，參加集體協商爭議調停的勞動者的合法權益受法律保護，無正當理由，用人單位不得調整其工作崗位、免除其職務、降低其職級或者工資福利待遇、解除其勞動合同（第26條）。並且，

²⁹ 董保華，論中國大陸勞動爭議處理立法的基本定位，國立政治大學法學院主辦：第一屆兩岸勞動法研討會，2006年5月4-5日。

³⁰ 以下內容請詳見侯玲玲，我國勞動者集體爭議行動地方法制化之研究，國立政治大學法學院主辦：第三屆兩岸勞動法研討會，2012年6月1-2日。

用人單位或者勞動者不得在採用暴力、脅迫或者其他非法手段，擾亂所在單位秩序致使工作、生產不能正常進行或者擾亂公共秩序（29條）。

（2）《廣東省企業民主管理條例》確立了勞動爭議協調處理機制。其47條規定，企業發生停工、怠工，人力資源和社會保障主管部門應當及時協調處理。出現以下情形的，應當及時報當地人民政府：堵塞、阻礙或封鎖企業的出入通道的；擾亂社會秩序或妨礙社會管理的；存在其他導致協調無法正常進行的過激行為的。對於利益爭議，該條例亦確定了協商解決之原則。第49條規定，對於企業侵權，屬違反勞動法律法規的，由人力資源和社會保障主管部門依法予以處理；違反其他法律法規的，由具有管理許可權的主管部門依法予以處理。對因其他因素引發的爭議，各級地方總工會、各級人民政府有關部門應引導依法、理性表達訴求，促成雙方以協商方式解決爭議。協調處理期間，企業不得有本條例第41條所列行為，勞動者不得有本條例第42條之行為。

（3）《深圳經濟特區集體協商條例》對集體爭議行動之處理為：（a）促成集體協商解決。第28條規定，用人單位發生停工、怠工等爭議行動，上級工會可以指導用人單位的工會組織推選協商代表，依法開展集體協商。因情況緊急不能及時產生協商代表的，由本單位工會指派協商代表進行集體協商；未建立工會的，由上級工會指派協商代表進行集體協商。（b）協調處理。在集體協商之前發生的用人單位停工、怠工等爭議行動，勞動行政部門應當及時參與指導和協調處理爭議行動。集體協商過程中發生停工、怠工、閉廠等爭議行動，雙方均可以以書面形式提請所在地勞動關係協調委員會進行調解處理。勞動關係協調委員會接到爭議行動調解處理申請後，應當在三日內組成斡旋調解小組，負責爭議行動的調解處理。集體協商爭議、爭議行動，經勞動關係協調委員會調解處理達成一致意見並簽訂調解協定的，雙方應當全面執行調解協定的各項約定。

（4）《廣東省工資集體協商條例》規定，勞動者在集體協商期間採取集體爭議行動的，地方總工會應當在兩小時內介入協調、指導職工協商。協商不成的，一方可以書面向人力資源社會行政部門提出協調處理申請。人力資源社會保障部門認為必要時也可以進行協調處理。人力資源和社會保障部門介入處理至作出的《協調處理建議書》有效期屆滿期間屬於冷靜期，企業和職工應當恢復正常生產秩序繼續協商，不得採取計畫矛盾的行為。人力資源和社會保障部門作出的《協調處理建議書》有效期屆滿，集體協商雙方仍未達成一致意見的，應當按照本條例規定繼續協商。

（5）另亦有特別針對工資問題做規定者，例如《廣東省工資集體協商條例

第22條規定，參與停工、怠工未提供勞動期間，企業可以不支付勞動報酬。但其第30條亦明確規定因部分職工停工、怠工造成企業停工、停產的，企業應按照《廣東省工資支付條例》相關規定發放未參與停工、怠工職工的工資或生活費。

由上之分析可以發現，在程序法性質的爭議處理之外，中國大陸在制度上也頗多加上實體權利保障的設計，尤見其特殊性。當然，此一鄭尚元教授所謂之「具有中國特色的勞動爭議審判制度」³¹，在實踐上並非毫無窒礙或受到批評之處，特別是許多學者所提出之「勞動仲裁前置卻不具有終局性的制度設計，成為勞動者及時尋求法律保護的最大障礙」³²，亦即並不賦予仲裁判斷諸如法院確定判決般的終局性效力，致仍得仍須尋求司法訴訟之救濟功能與程序，是否形成時間拖延與程序負荷浪費，或是應如何加以銜接³³，在大陸學界與實務界均有極多的辯論，而各地區如何一定程度的因應此問題，即無法從單純的制度文本比較上，一窺其堂奧，需要較多之實證研究與訪查。以團隊2012年在上海市與深圳特區之短暫調研經驗所得，即可看出一些值得關注的線索：

- 勞動爭議仲裁事實上經常兼採職權主義與當事人進行主義，仲裁員有蠻多的空間；
- 仲裁決定在程序法上的拘束力，特別是在判斷終局性是否具備的問題上—所謂的「一裁終局」，常有爭論，現實上經常逕以「未具終局性」視，如當事人間存在爭議，則此作法常帶來程序上的浪費；
- 約30%針對仲裁決定的上訴率、榮譽職仲裁員帶來的影響等，都有許多值得觀察的線索與發展；
- 各地的仲裁機關在組織上常有特殊之作法與調整，有時會帶仲裁實務帶來一定的影響；
- 「一裁終局」、「司法以審判監督程序」、「或裁或審」、「一裁二審」等制度調和與銜接，均需更多的思考與研究；
- 集體性勞動爭議是否應採強制調解制度？是否應思考以有效率的集體協商，以取代罷工？都是值得探討的制度問題；
- 勞動爭議仲裁的程序規則仍不穩定，例如證據規則等。是否應完全導向司法審判程序，值得研究；
- 調解之運用非常廣泛，不論是在司法訴訟前、司法訴訟中，甚至在強制執行程序中，都仍然容許調解的進行，且廣被視為是正面的發展，亦值通盤檢

³¹ 鄭尚元，勞動法與社會法理論初探，中國政法大學出版社，2008年10月，頁78以下。

³² 例如丁海湖，從契約到身分—勞動者合法權益保護論綱，全國部分城市勞動爭議審判實務研討會參會論文匯編，2005年6月。

³³ 這方面的討論例如章群/牛忠江，勞動爭議仲裁與司法制度銜接的考察分析—從公平與效率的關係展開，收錄於：北京市勞動和社會保障法學會編，用人單位勞動爭議前沿問題與實踐，法律出版社，2010年3月，頁458以下。

視。

以調解為例，這項廣為各國運用之勞資爭議處理機制，經常融合某種公權力性質與當事人自主形成色彩，在中國亦當見其重要性。簡言之，勞動世界中的許多爭端，特別是諸如法律所強制規定之最低基準性質的保障權利，對當事人而言，基本上是「裁判」(Rechtsprechung)，而非調解(Schlichten)或和解(Vergleich)之問題時，一個全面滲透的勞資爭議調解制度，是否反而會遭受社會行動者某種程度的排斥，因為它並非標榜著行動者們所需要操作的「法與不法之符碼」(Recht und Unrecht-Code)³⁴，進而混亂了整套勞資爭議處理制度的功能邏輯順序？在中國大陸有關勞動爭議之處理，也慢慢受到理論與實踐面的雙重重視之際，類似勞動爭議調解制度的改革之聲，某個程度的亦呼應台灣的類似經驗。當然，由於兩岸原本調解制度之設計即分道揚鑣，存在著相當的差異－台灣基本上設置於地方政府的勞工行政主管機關，而大陸則依《勞動法》與《企業勞動處理條例》之規定而設置於企業之內³⁵－，是以所面臨之問題不盡相同，然而，依作者之見，改革之需求恐怕是相同的。無可否認的是，「和解」性質的任何爭端處理方式，不論是當事人親為，亦或在第三人的主持下進行，基本上都是無庸置疑的：它當然得以扮演一定的社會功能。然而，如果忽略了制度本質，如果錯置了觀察與解決問題的核心關鍵，例如使本文所討論之調解制度走錯了方向，那麼，一個原本應毫無問題的制度設計，反而將帶來急欲處理與改革的社會需求。就此而言，恐怕兩岸的問題脈絡是相近的。由前述之中國相關發展的現實觀察可見，在勞動實體權利之貫徹與保障上，中國大陸除中央統一之勞動法令外，不但常在實體法上容許一定程度的偏離或深化，程序制度上相對繁複的設計與搭配，間接使得整個勞動法制度的觀察相對複雜，除不同層級法規的理解與研究外，尚須針對此政治學上所稱的「多層級」(Mehrebenen)權利貫徹機制，有更多的實證考察，方能窺其全貌。

E. 次領域研究心得(四)：以勞動合同法之整體觀察為例

觀諸世界各國對於勞動契約問題之處理方式，就勞動契約之立法形式而言，其立法型態可分為四種：(1)以民法僱傭契約之規定為唯一依據，未另頒行勞動契約之單行特別法者，如日本、德國屬之。(2)保留民法上僱傭契約之規定，但另頒行有單行的勞動契約法者，比利時、奧國為其例。(3)保留民法上僱傭契約之規定，但頒有勞動法典將勞動契約有關規範納入勞工法典為一章節者，採此作

³⁴ 例如：雇主不依照台灣勞動基準法第17條規定給付特定數額之資遣費，應為「不法」(Unrecht)，而一個名為解決勞資爭議之制度，應該做此「不法」的裁判性質評價。

³⁵ 相關討論可見孫德強，中國勞動爭議處理制度研究，北京：中國法制出版社，2005年6月，頁68以下。

法者如法國。(4) 將民法上僱傭契約有關之規定全部改以勞動契約之規定取代者，如瑞士。我國民國二十五年時二月二十五日公布勞動契約法，似有意走向第二類型的立法型態，但該法卻未施行。但嗣後勞工行政主管當局又曾提出草擬勞動法典的構想，惟仍是未能實現。最後則僅在勞動基準法留下勞動契約章，我國未來如何在既有的法制基礎上發展勞動契約法之立法，值得進一步思考。我國現行規範勞動關係的法律可分為集體勞動法及個別勞動法，而個別勞動法的主要內容可以分成勞動契約法與勞動條件法兩大領域，我國制定法對於勞動契約法與勞動條件法這兩領域的規範密度有別。勞動條件法領域主要涉及工資、勞動時間、工作與家庭生活兼顧保障、安全衛生、勞動補償等，主要由勞動基準法及勞工安全衛生法構成，其特徵係得透過法律以具體數量界定勞資利益範圍的問題，故我國勞基法對其設定之規範相對較多。至於勞動契約法領域則包含雇用、解雇、勞動契約期間、調職、競業禁止約定等，由於我國沒有勞動契約法，僅得依民法僱傭一節及勞動基準法中勞動契約一章等法規構成，處理規則較為抽象之勞動契約上之權利義務規則，由於缺乏勞動契約的統一立法，所以勞動契約法領域的諸議題，遂停留在司法論之狀態，由司法實務透過誠信原則、權利濫用等概括條款進行利益衡量的方式逐案判斷處理，以建構我國的勞動契約法制。對於這種現象，學界及實務界均有呼聲，應制定勞動契約法，特別是大陸於2007年公布勞動合同法後，對於這樣的想法，有了更多的呼應。這是個有趣的觀察軌跡：相較於資本主義發展顯然較早的台灣，經濟發展上急起直追的中國，卻針對「勞動力管制」上最核心之勞動契約—中國稱之為勞動合同—的問題，採取了其他國家非常少見的高度法律管制的選擇，這在整個政經社發展的考察上尤具重要性：到底基於何等之社會需求與政治決定，中國決定制度無論密度與廣度都極為顯著之高的法制結果？許多觀察都從政治力的控制出發，來自於勞動者自身的壓力恐怕亦屬重要因素，相關聯的，究竟可否得出一社會自主力量—甚至是勞動者團結組織開始自主蓬勃的發展線索，進而得出同為催生勞動合同法重要原因的結論？這些都必須更進一步的加以追索。

先讓吾人從法規範基礎出發：中國勞動合同法在2007年6月29日第十屆全國人民代表大會常務委員會第二十八次會議通過，並於2008年1月1日起開始實施。其特別之處，如在該法中規定了試用期、競業限制、集體合同、勞務派遣、非全日制用工等制度。以下將就勞動合同法與勞動法律體系的關係、勞動合同法的適用範圍、勞動關係的成立、勞動關係的內容、勞動合同的無效、解除和終止、試用期、服務期、競業限制、規章制度與集體合同、勞務派遣、非全日制用工等介紹中國勞動合同法，一窺其究竟。

- 勞動合同法與勞動法律體系的關係

勞動合同法施行之後，和先前所存在之勞動法的關係是後法優於前法，亦即勞動合同法與勞動法有衝突的部分，將優先適用勞動合同法，對於未有衝突的部

分，勞動法則繼續適用。因為勞動合同法並非勞動法的替代法，所以勞動合同法之頒布與施行，並沒有停止勞動法繼續適用的效力。

- 勞動合同法的適用範圍

勞動合同法適法主體範圍包括三個方面：其一為應當適用法律的勞動者範圍，其二為應當適用法律的用人單位（相當於我國勞基法上的雇主）的範圍，其三為應當適用法律的其他主體的範圍。勞動者是指依照法律規定能夠參與勞動法律關係的自然人，應當依法具有權利能力和行為能力。上述能力，應當依據民法通則、勞動合同法等法律判斷³⁶。惟應予注意者，並非所有具有權利能力與行為能力的自然人皆可作為勞動者而受勞動合同法之保護。仍應視其合同之對象是否屬於勞動合同法之用人單位以為斷。申言之，倘該自然人合同對象非屬勞動合同法之用人單位，該人並不受勞動合同法之保護。適用法律的用人單位面，依照勞動合同法第二條之規定，所謂用人單位如下：

(1) 企業

所謂企業是指從事各類經營或服務性活動的，其經濟核算是獨立進行的，並且以營利性為目的的單位。企業包括以營利為目的之法人，亦包括以營利為目的之非法人組織。

(2) 個體經濟組織

勞動合同法所指的企業與個體經濟組織有所區別。根據「勞動部關於貫徹執行『中華人民共和國勞動法』若干問題的意見」規定，個體經濟組織是指「一般雇工在七人以下的個體工商戶」。

(3) 民辦非企業單位

民辦非企業單位是指，利用非國有資產設立並運行的從事非營利性活動的組織。依據「民辦非企業單位登記管理暫行條例」第二條：「本條例所稱民辦非企業單位，是指企業事業單位社會團體和其他社會力量以及公民個人利用非國有資產舉辦的，從事非營利性社會服務活動的社會組織。」

(4) 除上述範疇範圍外的其他組織

勞動合同法規定的「其他組織」主要指勞動合同法頒布實施以前尚未納入勞動法適用範圍的用人單位，但是這些用人單位與勞動者之間的法律關係具有勞動關係特點，應當作為勞動關係處理。例如會計師事務所、律師事務所等合夥組織和基金會³⁷。

³⁶ 高富平、張旻浩、衛芷言合著，勞動合同法，台北：新學林，2009年4月，一版，頁20。

³⁷ 高富平、張旻浩、衛芷言合著，勞動合同法，頁27。

(5) 國家機關、事業單位和社會團體

國家機關是指行使國家管理職能，僅以國家財政預算作為其運作的經費的各級機關。根據公務員法，國家機關中從事國家管理職能的人員適用公務員法，而不適用勞動合同法。僅國家機關不行使國家管理職能、從事國家管理工作的勞動者，不適用公務員法，而適用勞動合同法。

事業單位是指，國家機關設立或由非國家機關利用國有資產設立的，以社會公益為目的之社會服務型主體。其與勞動者之法律關係受到政府財政補貼多寡分別在適用公務員法與勞動合同法中調整³⁸。

社會團體是指根據社團登記有關法律規定登記成立的社會組織。除適用公務員法有關規定的工作人員外，社會組織與其聘用的其他勞動者建立勞動關係，適用勞動合同法。

- 不適用勞動合同法的情形

(1) 非正規就業組織

在部分地區，依據當地有關規定成立的非正規就業組織不適用勞動合同法。非正規就業組織是指依國家有關政策設立，旨在幫助就業困難群體開展生產自救的，幫助其獲得一定收入和基本社會保障的社會勞動組織。

(2) 在校學生

在校學生是指尚未畢業，人事檔案仍然存留於就讀學校等教育機構的學生。在此有兩種情形，一種為實習，另一種為假期兼職³⁹。

(3) 其他

如民事代理、承包經營以及狹義僱傭法律。狹義的僱傭如鐘點工或家庭保姆為雇主提供家政服務，雇主向保姆支付相應報酬之關係⁴⁰。

- 勞動關係的成立

依照勞動合同法第三條：「訂立勞動合同，應當遵循合法、公平、平等自願、協商一致、誠實信用的原則。」合法原則是指勞動合同的主體、內容、過程、形式等皆應當符合現行的法律、法規；公平原則是指雙方應以符合社會上公認之公平觀念確定雙方的權利和義務；平等自願指勞動者與用人單位在法律地位上平等，且雙方皆是出於自己的自由意願訂立勞動合同；協商一致原則指勞動合同成立以雙方就合同內容達成一致為前提；誠實信用原則指用人單位與勞動者在訂立

³⁸ 高富平、張旻浩、衛芷言合著，勞動合同法，頁27。

³⁹ 高富平、張旻浩、衛芷言合著，勞動合同法，頁29。

⁴⁰ 高富平、張旻浩、衛芷言合著，勞動合同法，頁33。

勞動合同時必須誠實、善意，不得有欺詐行為⁴¹。

依照同法第十條的規定，勞動合同應當訂立書面，然其非一要式合同，未有書面不影響合同之效力，此觀乎第十條第三項即可得知⁴²，但仍有書面化之義務，又依八十二條之規定，若用人單位自用工之日起超過一個月不滿一年未與勞動者訂立書面勞動合同的，應向勞動者每月支付二倍的工資。另以口頭方式即可成立契約者，僅非全日制用工⁴³（即無需書面化）。

勞動合同法第八條規定：「用人單位招用勞動者時，應當如實告知勞動者工作內容、工作條件、工作地點、職業危害、安全生產狀況、勞動報酬，以及勞動者要求了解的其他情況；用人單位有權了解勞動者與勞動合同直接相關的基本情況，勞動者應當如實說明。」此課以用人單位主動告知的義務，不因勞動者有無要求而受到影響，而勞工也有回答用人單位直接相關基本情況的義務。違反時可能構成第二十六條之欺詐。

另在第九條規定：「用人單位招用勞動者，不得扣押勞動者的居民身份證和其他證件，不得要求勞動者提供擔保或者以其他名義向勞動者收取財物。」用人單位違反者，將受到第八十四條之行政罰，且對於勞動者造成損害者，負賠償責任⁴⁴。

除非全日制用工以外，所有勞動合同應有書面契約已如前述，惟在未定有書面契約且報酬不明確時，新招用的勞動者報酬應依集體合同規定的標準執行，未有集體合同或集體合同未規定者，實行同工同酬（勞動合同法第十條）。

- 勞動關係的內容

依勞動合同法第十二條之規定，可分為固定期限、無固定期限以及完成一定工作任務為期限的勞動合同。結合第十三條、第十四條以觀，原則上固定期限與無固定期限皆容任雙方當事人以協商一致的方式成立。惟在例外的情形，除勞動

⁴¹ 高富平、張旻浩、衛芷言合著，勞動合同法，頁55-57。

⁴² 勞動合同法第十條第三項：「用人單位與勞動者在用工前訂立勞動合同的，勞動關係自用工之日起建立。」另中國的法條順序是條、款、項，為方便理解，順序的稱法皆使用條、項、款。

⁴³ 勞動合同法第六十九條：「非全日制用工雙方當事人可以訂立口頭協議。」

⁴⁴ 勞動合同法第八十四條：「用人單位違反本法規定，扣押勞動者居民身份證等證件的，由勞動行政部門責令限期退還勞動者本人，並依照有關法律規定給予處罰。（第一項）用人單位違反本法規定，以擔保或者其他名義向勞動者收取財物的，由勞動行政部門責令限期退還勞動者本人，並以每人五百元以上二千元以下的標準處以罰款；給勞動者造成損害的，應當承擔賠償責任。（第二項）」

者提出訂立固定期限勞動合同外，僅得成立無固定期限之勞動合同：

- (1) 勞動者在該用人單位連續工作滿十年者；
- (2) 用人單位初次實行勞動合同制度或者國有企業改制重新訂立勞動合同時，勞動者在該用人單位連續工作滿十年且距法定退休年齡不足十年者；
- (3) 連續訂立二次固定期限勞動合同，且勞動者沒有以下七種情形，續訂勞動合同者：

- a. 嚴重違反用人單位的規章制度者；
- b. 嚴重失職，營私舞弊，給用人單位造成重大損害者；
- c. 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，拒不改正者；
- d. 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者；
- e. 被依法追究刑事責任者；
- f. 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研究者；
- g. 勞動者不能勝任工作，經過培訓或者調整工作崗位，仍不能勝任工研究者。

以完成一定工作任務為期限的勞動合同，亦是用人單位與勞動者協商一致即可，惟依第十九條第三項之規定，以完成一定工作任務為期限的勞動合同不得約定試用期。

此外應予注意者，乃勞動合同未以書面訂定的問題，依第十條第三項之規定，若用人單位自用工之日起滿一年，仍未與勞動者訂立書面勞動合同時，視為用人單位與勞動者已訂立無固定期限之勞動合同。

- 必備條款與得約定條款、不得約定條款

依勞動合同法第十六條，必備之條款有以下九點：

- (1) 用人單位的名稱、住所和法定代表人或者主要負責人；
- (2) 勞動者的姓名、住址和居民身份證或者其他有效身份證件號碼；
- (3) 勞動合同期限；
- (4) 工作內容和工作地點；
- (5) 工作時間和休息休假；
- (6) 勞動報酬；
- (7) 社會保險；
- (8) 勞動保護、勞動條件和職業危害防護；
- (9) 法律、法規規定應當納入勞動合同的其他事項

必備條款所衍生之法律問題有必備條款約定不明的情形與必備條款無效的情形。在前者，並不會影響勞動合同本身之有效性。依第十八條之規定，當對勞動合同引發爭議時，用人單位與勞動者可以重新協商；協商不成的，適用集體合同規定；沒有集體合同或者集體合同未規定勞動報酬的，實行同工同酬；沒有集體合同或者集體合同未規定勞動條件等標準的，適用國家有關規定。即引發爭議時的第一順位為「重新協商」，第二順位為「集體合同」，第三順位是「國家有關規定」。在後者的情形，依第二十六條至第二十八條之規定，勞動合同有無效之爭議，應由勞動爭議仲裁機構或人民法院確認。經確認為部分無效後，對於其他部分之效力並不影響，其他部分仍有效存在。惟勞動合同被全部確認為無效時，對於勞動者已付出勞動的情形，用人單位應當向勞動者支付勞動報酬。其數額參照本單位相同或相近崗位勞動者的報酬。

得約定之條款依第十七條第二項為約定試用期、培訓、保守秘密、補充保險和福利待遇等其他事項。其中培訓指為開發、提高勞動者職業技能或應職業或崗位要求，對勞動者進行教育、訓練的過程。補充保險指除了基本社會保險外，用人單位另外為勞動者投保、購買的其他保險產品，例如補充醫療保險⁴⁵。

不得約定之條款，除法律規定外，在第二十五條另有除服務期、競業限制外，其他情形，用人單位不得與勞動者約定由勞動者承擔違約金。違反的效果依第二十六條、第二十七條一併觀之，違反之部分為無效，其他部分繼續有效。

- 履行及變更

勞動合同訂立後，雙方有按合同履行之義務。(第二十九條)在用人單位拖欠或未足額支付勞動報酬的情形，勞動者可以向當地人民法院申請支付令，人民法院不得拒絕此項申請，應向用人單位發出支付令。(第三十條)如用人單位違章指揮、強令勞動者冒險作業時，勞動者並無服務之義務。(第三十一條)用人單位被合併或者分立時，並不影響勞動合同之繼續履行，由承繼其權利和義務的用人單位繼續履行。(第三十四條)在變更勞動合同時，除協商一致外，應當採用書面形式。(第三十五條)

- 勞動合同的無效、解除和終止

依第二十六條之規定，勞動合同有下列情形之一者，全部或部分無效：

(1) 以欺詐、脅迫的手段或者乘人之危，使對方在違背真實意思的情況下訂立或者變更勞動合同者；

⁴⁵高富平、張旻浩、衛芷言合著，勞動合同法，頁91-93。

- (2) 用人單位免除自己的法定責任、排除勞動者權利者；
- (3) 違反法律、行政法規強制性規定者；

對於勞動合同有效無效的爭議，應由勞動爭議仲裁機構或者人民法院確認。非經前述兩者程序，效力並無法被確定。依第二十七條之規定，勞動合同的部分無效，並不影響其他部分之效力。在勞動合同全部被確認為無效的情形，勞動者已付出勞動者，用人單位應向勞動者支付報酬。至於報酬的數額，參照本單位相同或者相近崗位勞動者的報酬確定（第二十八條）。應予注意者，依第八十六條之規定，勞動合同依照第二十六條被確認無效時，若對他造造成損害，有過錯的一方應當承擔賠償責任。

- 勞動合同的解除

(1) 協商解除

協商解除之規定，見於勞動合同法第三十六條，分辨協商解除是由勞動者或用人單位發動有其重要性，依第四十六條之規定，若協商解除是由用人單位發動者，用人單位需給付勞動者經濟補償；反之，勞動者發動時，用人單位不需給付勞動者經濟補償。

(2) 勞動者之解除

依照第三十七條、第三十八條之規定，勞動者之解除又可分為預告解除、告知解除和立即解除。

預告解除的情形，勞動者需於解除之日前三十日以書面形式通知用人單位，惟在試用期間，僅需於解除前三日通知即可。勞動者依第三十七條預告解除時，用人單位依法不需給付經濟補償。

告知解除，即勞動者不需提前三十日以書面形式通知用人單位，僅需告知用人單位即可解除契約，告知解除之事由如下：

- a. 用人單位未按照勞動合同約定提供勞動保護或者勞動條件；
- b. 用人單位未及時足額支付勞動報酬；
- c. 用人單位未依法為勞動者繳納社會保險費；
- d. 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；
- e. 用人單位以欺詐、脅迫的手段或者乘人之危，使勞動者在違背真實意思的情況下訂立或者變更勞動合同，致使勞動合同無效；
- f. 法律、行政法規規定勞動者可以解除勞動合同的其他情形。

立即解除，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。此是勞動者解除勞動合同最直接者。在告知解除與立即解除的情形，用人單位依照第四十六條之規定，應給付勞動者經濟補償。

(3) 用人單位之解除

依照第三十九條、第四十條之規定，用人單位之解除亦可分為預告解除與告知解除。在預告解除的情形，依第四十六條，用人單位應予經濟補償。預告解除，與勞動者之預告解除相同，皆要求在三十日前以書面形式通知勞動者本人，若用人單位未在三十日前通知時，可以用額外支付勞動者一個月工資的方式⁴⁶，解除勞動合同，其事由如下：

- a. 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研究者；
- b. 勞動者不能勝任工作，經過培訓或者調整工作崗位，仍不能勝任工研究者；
- c. 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。

告知解除，指勞動者有過錯的情形，此際用人單位不須支付經濟補償，其事由如下：

- a. 勞動者嚴重違反用人單位的規章制度；
- b. 勞動者嚴重失職，營私舞弊，給用人單位造成重大損害；
- c. 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；
- d. 勞動者以欺詐、脅迫的手段或者乘人之危，使用人單位在違背真實意思的情況下訂立或者變更勞動合同，致使勞動合同無效；
- e. 勞動者被依法追究刑事責任。

應予注意者，並非符合上述情形時，用人單位即當然可以解除勞動合同，其還受到第四十二條事由及時的限制，該限制如下：

- a. 勞動者從事接觸職業病危害作業的勞動者未進行離崗前職業健康檢查，或者疑似職業病病人在診斷或者醫學觀察期間；
- b. 勞動者在本單位患職業病或者因工負傷並被確認喪失或者部分喪失勞動能力；
- c. 勞動者患病或者非因工負傷，在規定的醫療期內；
- d. 女職工在孕期、產期、哺乳期；

⁴⁶ 依勞動合同法實施條例第二十條，額外支付的工資應當按照該勞動者上一個月的工資標準確定。

- e.勞動者在本單位連續工作滿十五年，且距法定退休年齡不足五年；
- f.法律、行政法規規定的其他情形；

- 勞動合同的終止

勞動合同之終止，依第四十四條有下列事由：

- (1) 勞動合同期滿；
- (2) 勞動者開始依法享受基本養老保險待遇；
- (3) 勞動者死亡，或者被人民法院宣告死亡或者宣告失蹤；
- (4) 用人單位被依法宣告破產；
- (5) 用人單位被吊銷營業執照、責令關閉、撤銷或者用人單位決定提前解散；
- (6) 法律、行政法規規定的其他情形。

勞動合同期滿只有於固定期限和完成一定工作任務為期限之勞動合同始有此情形。依第四十五條之規定，勞動合同期滿，但有第四十二條用人單位禁止解除事由時，勞動合同依法延續至該事由之結束。另在上述第四、第五種事由之情形，依第四十六條用人單位應給付經濟補償。

- 其他的法律責任

用人單位違反上述規定解除或終止勞動合同者，勞動者依第四十八條享有選擇權。勞動者得要求繼續履行勞動合同時，用人單位不得拒絕其繼續履行；勞動者不要求繼續履行，或者勞動合同不能繼續履行時，用人單位應當依第八十七條之規定，給付勞動者經濟補償標準二倍的賠償金。用人單位依法應給付經濟補償，但未依照規定向勞動者給付，勞動行政部門責令限期支付經濟補償，逾期仍不支付，勞動行政部門責令用人單位按應付金額百分之五十以上、一百以下的標準，向勞動者加付賠償金。(第八十五條)

- 裁減人員

第四十一條之裁減人員是勞動合同法針對企業經營的特別規定，不需要有上述解除、終止事由，即可裁減人員，但須符合下列情形，且用人單位需要裁減人員二十人以上，或者裁減不足二十人但佔企業職工總數百分之十以上：

- (1) 依照企業破產法規定進行重整；
- (2) 生產經營發生嚴重困難；
- (3) 企業轉產、重大技術革新或者經營方式調整，經變更勞動合同後，仍需裁減人員；
- (4) 其他因勞動合同訂立時所依據的客觀經濟情況發生重大變化，致使勞動合

同無法履行。

所謂法定裁減人員程序，是指用人單位在裁減人員三十日以前，必須向工會或者全體職工說明情況，聽取工會或者職工之意見，惟工會或職工表示反對之意見，不影響裁減人員的合法性，僅程序上須聽取工會或者職工之意見而已。並於聽取工會或者職工之意見後，提出裁減人員方案向勞動行政部門報告，進行人員裁減。惟此對於勞動行政部門之報告，勞動行政部門並不享有否決權，有效與否，決定於是否對工會或全體職工說明、上開事由之發生以及將裁減方案向勞動行政部門報告⁴⁷。

此外，勞動合同法在第四十一條第二項亦規定了裁減人員對象的選擇，應優先留用下列人員：

- (1) 與本單位訂立較長期限的固定期限勞動合同；
- (2) 與本單位訂立無固定期限勞動合同；
- (3) 家庭無其他就業人員，有需要扶養的老人或者未成年人；

又依第四十一條第三項之規定，用人單位依照第四十一條第一項裁減人員，在六個月內重新招用人員時，應當通知被裁減的人員，並在同等條件下優先招用被裁減的人員。另，除依照企業破產法規定進行重整者，其他情形進行裁減人員並不需要給付勞動者經濟補償。

六、經濟補償

依第四十六條之規定，下列情形用人單位應支付經濟補償：

- (1) 勞動者依照本法第三十八條規定，告知、立即解除勞動合同；
- (2) 用人單位依照本法第三十六條規定向勞動者提出解除勞動合同並與勞動者協商一致解除勞動合同；
- (3) 用人單位依照本法第四十條規定，預告解除勞動合同；
- (4) 用人單位依照本法第四十一條第一款規定，裁減人員解除勞動合同；
- (5) 除用人單位維持或者提高勞動合同約定條件續訂勞動合同，勞動者不同意續訂的情形外，依照本法第四十四條第一項規定，勞動合同屆期，終止固定期限勞動合同；
- (6) 依照本法第四十四條第四項（用人單位被依法宣告破產）、第五項（用人單位被吊銷營業執照、責令關閉、撤銷或者用人單位決定提前解散）規定終止勞動合同；
- (7) 法律、行政法規規定的其他情形；

經濟補償的計算方式依第四十七條為「勞動者在本單位工作的年限，每滿一

⁴⁷ 高富平、張旻浩、衛芷言合著，勞動合同法，頁192。

年支付一個月工資的標準向勞動者支付。六個月以上不滿一年的，按一年計算；不滿六個月的，向勞動者支付半個月工資的經濟補償」，依此觀之，並沒有上限的規定。但若是「勞動者月工資高於用人單位所在直轄市、設區的市級人民政府公布的本地區上年度職工月平均工資三倍時，向其支付經濟補償的標準按職工月平均工資三倍的數額支付，向其支付經濟補償的年限最高不超過十二年。」又所謂的月工資，是指勞動合同解除或終止前十二個月的平均工資。

- 試用期

勞動合同法關於試用期的規定，見於第十九條至第二十一條。勞動合同期限必須有三個月以上的期限，包括固定期限與無固定期限，始得約定試用期。又以完成一定工作任務為期限之勞動合同，不得約定試用期。第十九條並針對得約定試用期的長短做詳細的規定：

勞動合同期限三個月以上未滿一年者，試用期不得超過一個月；

勞動合同期限一年以上未滿三年者，試用期不得超過兩個月；

三年以上固定期限和無固定期限的勞動合同，試用期不得超過六個月。

除試用期約定之期限限制外，試用期限另有次數之限制，此可見於第十九條第二項「同一用人單位與同一勞動者只能約定一次試用期」。有疑義者，乃用人單位發生主體變更之情形，例如用人單位被其他用人單位所合併或成立新用人單位之情形，對此，學者認為因為用人單位主體發生變化，並非勞動者所能掌握，若舊的用人單位已和勞動者約定過一次試用期，新的用人單位即不得與勞動者再次約定試用期。亦即與勞動者建立勞動關係之主體變化並非因勞動者原因而起時，則原用人單位與新用人單位應當被視作「同一用人單位」⁴⁸。

第十九條第四項明定試用期包含在勞動合同期限內，且勞動合同不能僅約定試用期，若僅約定試用期，該試用期不成立，直接視為勞動合同期限。申言之，僅約定試用期之勞動合同，該試用期就被視為是勞動合同本身，而該試用期的期限就是勞動合同的期限。以此觀之，試用期皆是勞動合同之一部或全部，用人單位應當為勞動者依法繳納社會保險金。如果用人單位沒有依法繳納社會保險金時，勞動者依第三十八條第一項第三款，得解除勞動合同。

- 試用期之工資

關於試用期中工資的問題，依第二十條規定，不得低於本單位相同崗位最低工資或勞動合同約定工資的百分之八十，並不得低於用人單位所在地的最低工資標準。申言之，在此有三個工資標準，其一，本單位相同崗位最低的工資；其二，

⁴⁸ 高富平、張旻浩、衛芷言合著，勞動合同法，頁104。

勞動合同約定工資的百分之八十；其三，用人單位所在地的最低工資。用人單位設置的試用期工資不得低於上述三項中的任意一項，否則即屬違法。

- 試用期間之解除勞動合同

用人單位在試用期間內依第二十一條有解除勞動合同之事由。用人單位在試用期解除勞動合同者，應向勞動者說明理由。解除勞動合同之事由如下：

- (1) 在試用期間被證明不符合錄用條件者；
- (2) 嚴重違反用人單位的規章制度者；
- (3) 嚴重失職，營私舞弊，給用人單位造成重大損害者；
- (4) 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，拒不改正者；
- (5) 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者；
- (6) 被依法追究刑事責任者；
- (7) 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研究者；
- (8) 勞動者不能勝任工作，經過培訓或者調整工作崗位，仍不能勝任工研究者。

在試用期間被證明不符合錄用條件的情形，解除勞動合同必須是在試用期之中，用人單位倘未在試用期之中解除勞動合同，即為違法之解除。又用人單位應舉證說明勞動者不符合錄用條件，關於錄用條件之爭執，除用人單位應舉證勞動者不符合法律和公司制度的方式制定的錄用條件，而此錄用條件之內容，必須是勞動者試用之前已經確定並且為勞動者所知悉⁴⁹。

勞動者的解除部分，依第三十七條第二項，在試用期內解除勞動合同僅需提前三日通知用人單位，不需要書面，對於勞動者相當簡便。

- 試用期違法之責任

試用期違法主要有：試用期限超過法定期限、同一用人單位與同一勞動者多次約定試用期、對禁止設定試用期的勞動合同設定試用期、無勞動合同且單獨約定試用期、試用期違法解除勞動合同。在此等情形，依八十三條之規定，由勞動行政部門責令改正；違法約定的試用期已經履行的，由用人單位以勞動者試用期滿月工資為標準，按已經履行的超過法定試用期的期間向勞動者支付賠償金。應予注意者，用人單位支付賠償金後，並不影響勞動合同的繼續履行⁵⁰。

⁴⁹高富平、張旻浩、衛芷言合著，勞動合同法，頁107。

⁵⁰高富平、張旻浩、衛芷言合著，勞動合同法，頁111。

- 服務期、競業限制

勞動合同法對於服務期的長短並未做限制，只要用人單位有為勞動者提供專項的培訓費用，對勞動者進行專業技術培訓者，即可與該勞動者訂立協議，約定服務期。如約定服務期超過勞動合同之期限，依勞動合同法實施條例第十七條，勞動合同應當續延至服務期，但雙方另有約定的，從其約定。但服務期究不能代替勞動合同，若勞動合同屆滿，服務期仍繼續時，仍會適用第八十二條兩倍工資、第十四條第三項視為無固定期限之規定。

依第二十二條，用人單位得與勞動者約定違約金，故勞動者違反服務期約定者，應向用人單位支付違約金。但此違約金並未任由用人單位隨意約定，需受第二十二條第二項兩種限制。其一為違約金不得超過用人單位提供的培訓費用，其二為不得超過服務期尚未履行部分所應分攤的培訓費用。又依第二十二條第三項，不影響按照正常的工資調整機制提高勞動者在服務期間的勞動報酬。

關於勞動合同解除的問題，勞動者需支付違約金之情形有：

- (1) 依第三十七條勞動者單方面解除勞動合同，除應三十日前以書面通知用人單位，另須支付違約金；
- (2) 依第三十九條第二款到第六款之情形被用人單位解除勞動合同者⁵¹。

除上述情形外，勞動者照勞動合同法第三十八條的規定解除勞動合同者，不屬於違反服務期的約定，用人單位不得要求勞動者支付違約金，勞動合同法實施條例第二十六條可資參照。

- 競業限制

用人單位與勞動者約定競業限制，首先要有商業秘密存在。商業秘密必須符合「秘密性」、「利益性」以及「被保護性」。有商業秘密之存在，用人單位不必要與勞動者約定競業限制不可，用人單位可視其情形，不約定保密義務、約定保密義務，以及競業限制等三種情形調整。在競業限制的情形，用人單位必須與勞動者約定在競業限制的期限內按月給予勞動者經濟補償（第二十三條）。

對於用人單位約定競業限制對象的選擇，依第二十四條第一項，競業限制的對象選擇，僅限於高級管理人員、高級技術人員和其他負有保密義務的人員。關

⁵¹ 勞動者嚴重違反用人單位的規章制度的；勞動者嚴重失職，營私舞弊，給用人單位造成重大損害的；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；勞動者以欺詐、脅迫的手段或者乘人之危，使用人單位在違背真實意思的情況下訂立或者變更勞動合同的；勞動者被依法追究刑事責任的。

於競業限制之時的限制，依第二十四條第二項，不得超過兩年。競業限制的範圍、地域、期限由用人單位與勞動者自行約定，惟時之限制已如上述，其他約定，亦不得違反法律、法規（第二十四條第一項後段）。另依第二十三條之規定，勞動者若有違約之情形，應支付用人單位違約金。此外，在勞動者違反勞動合同中約定的保密義務或者競業限制的情形，若造成用人單位的損失，勞動者應當承擔賠償責任。（第九十條）

- 規章制度與集體合同

用人單位依法建立的規章制度，得以影響勞動者的權利義務。故第四條規定，用人單位在制定、修改時，應當經過職工代表大會或者全體職工討論，與工會或者職工代表平等協商確定。其中，職工代表大會和全體職工，對於規章制度只有表達意見的權利，並非與用人單位協商之合法代表。與用人單位協商之合法代表，只有工會和職工代表而已。在程序上用人單位規章制度，應先經過職工代表大會或全體職工之討論，匯整大家的意見後，再經由工會或者職工代表與用人單位協商，訂立規章制度。在規章制度和重大事項決定實施的過程中，工會或者職工認為不適當者，工會和職工有權向用人單位提出，再通過協商修改之。另用人單位應將直接涉及勞動者切身利益的規章制度和重大事項決定公示，或者告知勞動者。亦即勞動者有知的權利。未經公開或不為勞動者所知的規章制度不能作為用人單位行使管理行為的依據⁵²。又規章制度除不得牴觸法律規定外，其與個別勞動合同有所衝突時，應優先適用勞動合同之規定。規章制度與集體合同牴觸時，優先適用集體合同之規定⁵³。

- 集體合同

集體合同，主要規定於第五十一條到第五十六條。集體合同，可分為用人單位內的集體合同、縣級以下區域內的行業性集體合同，以及區域性集體合同。其制定程序為企業職工與用人單位平等協商，協商後之草案，經過職工代表大會或全體職工討論通過後，再由工會代表企業職工與用人單位訂立集體合同。若無工會時，由上級工會指導勞動者推舉代表與用人單位訂立。

集體合同的內容，依據第五十一條和第五十二條，可以成立較為廣泛的集體合同，包括勞動報酬、工作時間、休息休假、勞動安全衛生、保險福利等事項，亦可就專項成立集體合同，如就勞動安全衛生、女職工權益保護、工資調整機制等。此外，集體合同的內容，如勞動報酬等條件，不得低於當地人民政府規定的最低標準；用人單位與勞動者訂立的勞動合同中勞動報酬與勞動條件不得低於集

⁵²高富平、張旻浩、衛芷言合著，勞動合同法，頁204。

⁵³高富平、張旻浩、衛芷言合著，勞動合同法，頁208。

體合同的標準。在集體合同與勞動合同有衝突時，應適用「勞動者利益優先」原則⁵⁴。

集體合同制定後，並非立即生效，依第五十四條，其效力須俟呈報勞動行政部門，且勞動行政部門自收到集體合同文本之日起十五日內未提出異議，集體合同才其效力。集體合同生效後，在用人單位內的集體合同，拘束勞動者和用人單位；在行業性、區域性的集體合同，對當地的行業、區域的勞動者和用人單位有拘束力。在用人單位違反集體合同的情形，工會可依法要求用人單位承擔責任。若在履行上有所爭議，經協商解決不成時，工會可依法申請仲裁、提起訴訟。

- 勞務派遣

並非所有的企業都能夠適法的成為勞動合同法上的勞務派遣單位，依第五十七條之規定，勞務派遣單位除照公司法有關規定設立外，其註冊資本不得少於五十萬元人民幣（約236萬新台幣）。另在勞動合同法實施條例第三十條，派遣單位必須是全日制用工形式，才得以招用派遣勞動者。

勞務派遣單位亦是勞動合同法上的用人單位，故所有用人單位對勞動者的義務，勞務派遣單位皆適用之。此外，派遣單位應當將勞務派遣協議的內容告知被派遣勞動者。依第五十八條，勞務派遣單位必須和被派遣的勞動者訂立勞動合同，內容除第十七條勞動合同必備條款外，應載明「被派遣勞動者的用工單位、派遣期限、被派遣的工作崗位」。

派遣單位與被派遣勞動者，至少要訂立二年以上的固定期限勞動合同，按月支付勞動報酬。在被派遣勞動者沒有被派遣的期間，派遣單位應當按照所在地人民政府規定的最低工資標準，向被派遣勞動者按月支付報酬，且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。此外，派遣單位不得向被派遣勞工收取費用。（第六十條）另應注意者，用人單位設立勞務派遣單位，再向本單位或者所屬單位派遣勞動，是法律所禁止的。（第六十七條）同時，在勞動合同法實施條例第二十八條亦有規定，用人單位所屬單位出資或者合夥設立的勞務派遣單位，亦屬於禁止範圍。

派遣單位與接受以勞務派遣形式用工的單位（亦稱為用工單位），訂立勞務派遣協議。協議之內容應有「派遣崗位、人員數量、派遣期限、勞動報酬和社會保險費之數額與支付之式，以及違反協議之責任」。其中關於派遣期限部分，應符合實際需要，不得將連續用工期限分割成數個短期的勞務派遣協議。

⁵⁴高富平、張旻浩、衛芷言合著，勞動合同法，頁210。在台灣稱為「有利勞工原則」。

用工單位對於勞動者的義務依第六十二條如下：

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

此外，用工單位不得為再派遣的行為。(第六十七條)用工單位不得向被派遣勞動者收取費用。(第六十條)用工單位在下列情形時，得將勞動者退回勞務派遣單位，在退回之後，勞務派遣單位得與勞動者解除勞動合同：

- (1) 被派遣勞動者在試用期間被證明不符合錄用條件；
- (2) 被派遣勞動者嚴重違反用人單位的規章制度；
- (3) 被派遣勞動者嚴重失職，營私舞弊，給用人單位造成重大損害；
- (4) 被派遣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，或者經用工單位提出，拒不改正；
- (5) 被派遣勞動者以欺詐、脅迫的手段或者乘人之危，使勞務派遣有關的勞動合同、勞務派遣協定無效；
- (6) 被派遣勞動者被依法追究刑事責任；
- (7) 被派遣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，也不能從事由用工單位另行安排的工作；
- (8) 被派遣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。

依第六十三條，被派遣勞動者享有與用工單位勞動者同工同酬的權利。用工單位若無同類崗位勞動者時，參照用工單位所在地相同或相近崗位勞動者的勞動報酬。依第六十四條，被派遣勞動者有在派遣單位或用工單位參加或組織工會的權利。依第六十五條，被派遣勞動者得與派遣單位協商解除勞動契約(第三十六條)，亦可基於派遣單位的過錯告知解除勞動合同(第三十八條)。另在六十七條，有派遣工作範圍的限制，其限制為臨時性、輔助性或替代性的工作。惟亦有認為其並非派遣範圍的限制者⁵⁵。

- 非全日制用工

非全日制用工，依第六十八條之規定，是指以小時計酬為主，勞動者在同一用人單位一般平均每日工作時間不超過四小時，每周工作時間累計不超過二十四小時的用工形式。關於非全日制用工有幾個值得注意之處：其一，非全日制用工是所有用工形式中惟一可以僅用口頭約定，而不需要書面契約的。其二，非全日

⁵⁵高富平、張旻浩、衛芷言合著，勞動合同法，頁232。

制用工之勞動者，在不影響前合同的履行下，得與一個以上的用人單位訂立勞動合同。其三，考量到非全日制用工工時已少的特性，以及試用期解除合同較為簡便的保護目的，用人單位不得與勞動者約定試用期，其他諸如無固定期限、固定期限、派遣勞動合同皆得約定試用期⁵⁶。其四，非全日制用工雙方都有隨時終止用工權利，終止時，用人單位並不須向勞動者支付經濟補償。其五，最低工資不得低於用人單位所在地人民政府規定的最低小時工資，並須在十五日內結算一次。

- 小結

關於法律之適用，近年來有一越發值得重視之角度：所謂法律的影響評估，特別是在立法準備階段中。從法社會學觀點來看，也就是所謂社會學上的規範適用（soziologische Normgeltung），主要在探索法之適用與有效性（Geltung und Wirksamkeit des Rechts），不論是所謂的效度（Effektivitätsquote）亦或適用機會（Geltungschance）⁵⁷。當然，如此方法之運用時點，可能在法律適用、亦即法律制定之前，亦可能在法律開始適用之後；前者姑且可稱之為立法預測，而後者即為適用評估。其實，不論係於立法前或後之時間點，關鍵都在於「立法者眼中未來可能出現的規範狀態」，吾人可以從許多理論觀點上看出此面向。例如學理與實務上俱稱之「立法者的改善義務」（Nachbesserungspflicht des Gesetzgebers）⁵⁸ - 立法者必須時時注意所公佈之法律與現實社會變動之關係，隨時努力使其與規範目的、特別是憲法所期待者相符，相應的，立法者自然有Stefan Huster所謂的「觀察義務」：觀察社會的變動實況，考量法律的社會影響效果，以決定是否進行事後的改善與修正⁵⁹，此某個程度上即德國傳統立法學所稱之「有效性控制」或「結果控制」的問題⁶⁰。從這些學理角度出發，以中國勞動合同法為例，我們正可看出「社會—政治體系對於法律影響之施力」，不論採取的是前述任一方式與手段，其相互間之微妙關係。在中國勞動生活之法律關係的規制上，勞動合同法的影響評估，乃至於之後接續的檢討與修正動作，成為最值得吾人關注的現象。

⁵⁶ 應予注意者，完成一定工作任務為期限之勞動合同，不得約定試用期。前已述及。

⁵⁷ Raiser, Das lebends Recht. Rechtssoziologie in Deutschland, 3 Aufl., Baden-Baden 1999, S. 243ff.

⁵⁸ 學理上的總結性討論，請參閱Mayer, Nachbesserungspflicht des Gesetzgebers。

⁵⁹ Huster, ZRsoz 24(2003), 9ff.；當然，必須強調的是，Huster基於聯邦憲法法院的操作經驗，認為憲法督促立法者之改善義務，事實上無法達成它應有的功能，因為憲法法院總是等到法律根本已經違憲或已有重大違憲之嫌，而立法者卻又毫無動靜之餘，才肯明言促使立法者履行該義務 - 例如知名的墮胎判決（BVerfG v0m 27.10.1998 = BVerfGE 88, 203ff.），因此他主張以一所謂「立法者之觀察義務」的概念，來取而代代之；ebenda, S. 9f.。

⁶⁰ Schneider, Gesetzgebung, Rdnr. 152ff.; Maassen, NJW 1979, 1476ff.

事實上，從勞動合同法的制定開始，即可看出如此之特殊面貌：相關於一特定法律的形成，勞動合同法呈現少見之「社會參與法律工程」的現象。2007年中制定，而於2008年1月日正式實施之中國勞動合同法，在中國立法史上堪稱乃是引起社會各界關注之最者，於草案出台並請求社會各界提供意見時，竟收到全國各界提供意見共19萬多條，在中國立國以來，其意見之多僅次於憲法而已。可知此一法案引起社會各界關注之大。而其中外商反彈動作之大亦屬不尋常，可謂中國改革開放以來最大之立法地震。中國自1994年制定「勞動法」法典之後，勞動法之立法其實一直是備受冷落的，此自是與中國在改革開放政策上，全心努力提升經濟發展，而暫時忽視各種社會成本之付出的必然結果。因此，在經濟發展似乎已達到一定水平且看似基礎穩定後，中國政府便轉回頭企圖提供勞工較多之保障，以改變先前為了經濟快速發展而犧牲勞工基本權益之保護的現象，同時藉由勞動力成本的提升，將可在勞動力市場上達到汰換素質較差的勞工，因為企業基於成本之增加，定然對勞動力的素質要求更高，素質與技術低的勞工自是在遭淘汰之列，故提升勞工保護，增加勞動力成本應有利於全面提升市場上勞動力素質。此外，勞動力成本的提升，也可起到清除引起嚴重勞資衝突的血汗工廠之目的，而不斷的勞資衝突也已經逐漸使社會之不安慢慢沸騰。在此等考量下，勞動合同法的出台自是可以理解的必然發展。當然在制定過程中，自是有勞資雙方及其利益代表人的猛烈攻防，19萬條修法意見也就是可以想像的。

另外，在所謂勞動力成本大幅增加的論述上，若平心靜氣來看勞動合同法及後來之該法實施條例，其實對企業來說，立即而明顯的成本付出並不多，未來之法律上的風險則是有可能較大幅提高，但總體來看，成本的增加應不算嚴重。不過，要注意的是中國政府採政之政策並非只有制定勞動合同法而已，而是就業促進法、勞工爭議調解仲裁法，尤其是社會保險法一連串的立法，這些後續的立法才是可能較大幅度增加企業成本的主要原因，特別是社會保險。因此，企業界之反彈其實並非只是針對勞動合同法，而是由勞動合同法起帶頭作用之後續一連串勞動與社會立法。中國政府在面對這些反彈時，在立法的強度與密度上有時亦只得採取較為迴避的立法方式。

勞動合同法及其實施條例施行後，時機上正好又遇上全球金融危機，幸好中國因其經濟體制之特殊性，似未加深危機之衝擊，而影響該法之施行。不過，作為中央立法之勞動合同法，體制上卻容許在一定範圍內，地方政府可以有因地制宜的立法，在某種程度上也使得勞動合同法的權威降低或使該法之施行打了折扣，尤其更有地方政府迴避立法的方式，而採取一些軟性手段，如上海市的22條，更進一步使得該法之施行受到侵蝕。

三、參考文獻

(僅列舉重要之中國勞動法制文獻)

1. 王全興，勞動法，第三版第三次刷，法律出版社(大陸)，2008年7月。
2. 王全興，勞動合同法條文精解，中國法制出版社，2007年。
3. 王全興，黃昆，中國勞動法，中國政法大學出版社，2008年。
4. 王益英主編，外國勞動法和社會保障法，中國人民大學出版社，2001年。
5. 史尚寬，勞動法原論，自刊，(1934年出版)，1978年重刊。
6. 全國人大常委會法制工作委員會編，信春鷹主編，中華人民共和國勞動合同法釋義，法律出版社(大陸)，2007年。
7. 李炳安，勞動權論，人民法院出版社(大陸)，2006年1月。
8. 李英明，中國大陸勞動合同法—解析與案例，三民書局，2008年10月。
9. 李景森主編，勞動法學，北京大學出版社，1995年。
10. 林嘉主編，中國人民大學勞動法和社會保障法研究所主辦，勞動法評論第一卷，中國人民大學出版社，2005年。
11. 林嘉，楊飛，林海權，勞動就業法律問題研究，中國勞動社會保障出版社(大陸)，2005年12月。
12. 林嘉，勞動合同法立法十大新意，中華人民共和國人力資源與社會保障部網站，網址：http://w1.mohrss.gov.cn/gb/zt/2007-09/29/content_198834.htm，點閱時間：2010.1.5。
13. 胡玉浪，勞動報酬權研究，知識產權出版社(大陸)，2009年1月。
14. 周長征，勞動法原理，科學出版社(大陸)，2004年。
15. 高富平，張旻浩、衛芷言，勞動合同法，新學林出版公司，2009年4月。
16. 姜穎，勞動合同法論，法律出版社(大陸)，2006年7月。
17. 游動榮主編，勞動與社會保障法律制度比較研究，人民法院出版社，2011年8月。
18. 賈俊玲，勞動法學，北京大學出版，第4版地10刷，2006年2月。
19. 常凱，勞動權—當代中國勞動關係的法律調整研究，中國勞動社會保障出版社，2004年6月。
20. 常凱，勞動關係學，中國勞動社會保障出版社，2005年。
21. 常凱，勞權保障與勞資雙贏—勞動合同法論，中國勞動社會保障出版社，2009年7月。
22. 彭萬林，民法學，中國政法大學出版(大陸)，1999年，頁730。
23. 焦興鎧等，勞動基準法釋義—施行二十年之回顧與展望，二版，新學林出版公司，2009年9月。
24. 楊通軒，個別勞動法—理論與實務，五南書局，2010年5月。
25. 黃昆，我國勞動合同立法對勞動關係穩定與流動的選擇—兼評勞動合同法草案的有關條款，收錄於，林嘉主編，社會法評論，第二卷，中國人民大學出

- 版社(大陸)，2007年4月。
26. 劉文華主編，WTO與中國勞動法律制度的衝突與規避，中國城市出版社，2011年1月。
 27. 黃程貫，勞動法，修訂再版，
 28. 黃越欽，勞動法新論，修訂三版，自刊，2006年9月。
 29. 鄭尚元，勞動合同的制度與理念，初版，中國政法大學出版，2008年3月。
 30. 郭捷主編，勞動法與社會保障法，第二版，法律出版社，2011年8月。
 31. 蕭新永，大陸臺商人力資源管理，商周文化，2007年。
 32. 董保華，勞動合同立法的爭鳴與思考，上海人民出版社，2011年4月。
 33. 董保華主編，勞動合同研究，中國勞動社會保障出版社(大陸)，2005年10月。
 34. 董保華主編，勞動法精選案例—六重透視，中國勞動社會保障出版社(大陸)，2006年9月。
 35. 董保華主編，十大熱點事件透視勞動合同法，中國勞動社會保障出版社(大陸)，2007年8月。
 36. 董保華主編，勞動關係調整的社會化與國際化，上海交通大學出版社(大陸)，2006年10月。
 37. 董保華，社會法原論，中國政法大學出版社(大陸)，2001年4月。
 38. 董保華，勞動關係調整的法律機制，上海交通大學出版社，2000年。
 39. 謝德成，勞動合同法的立法特色，收錄於，林嘉主編，社會法評論，第三卷，中國人民大學出版社(大陸)，2008年9月，頁180-185。
 40. 鄭尚元，勞動爭議處理程序法的現代化，中國方正出版社，2004年。
 41. 鄭尚元，勞動法與社會保障法前沿問題，清華大學出版社，2011年1月。
 42. 鄭尚元，李海明，扈春海，勞動和社會保障法學，中國政法大學出版社，2008年。
 43. 孫德強，中國勞動爭議處理制度研究，中國法制出版社，2005年6月。
 44. 關懷主編，勞動法，中國人民大學出版社，2001年。
 45. 關懷主編，勞動法學，法律出版社，1996年。
 46. 范戰江主編，勞動爭議處理概論，中國勞動出版社，1995年。
 47. 姜穎，勞動爭議處理教程，法律出版社，2003年。
 48. 喬欣，仲裁權研究，法律出版社，1995年。
 49. 譚兵主編，中國仲裁制度研究，法律出版社，1999年。
 50. 左祥琦主編，勞動合同與集體合同，中國勞動社會保障出版社，2000年。
 51. 馮彥君，勞動法學，吉林大學出版社，1999年。
 52. 楊燕綏，勞動法新論，中國勞動社會保障出版社，2004年。
 53. 楊燕綏，勞動與社會保障立法國際比較研究，中國勞動社會保障出版社，2001年。
 54. 秦國榮，勞動與社會保障法律制度研究，南京師範大學出版社，2004年。
 55. 沈同仙，勞動法學，北京大學出版社，2009年。

56. 周寶妹，勞動法要論，群眾出版社，2006年。

四、計畫成果自評

指標	成果說明
研究內容與原計畫相符程度	所完成之成果與原計畫之規劃相符
達成預期目標情況	如同前述，本子計畫第一年預計完成蒐集並整理分析中國勞動保護法制之重要發展軌跡，業已達成預期目標。第二年亦針對特定議題，完全初步研究基礎，以作為接下來撰寫專書之準備。
研究結果之學術與應用價值	此為應用價值極高之學術研究之用，特別是對現行兩岸勞動法制獨特之交流模式（透過台商與台灣勞動力之相互遷徙），有其參考價值與意義
適合在學術期刊發表	已結合國立政治大學法學院主辦之2012第三屆兩岸勞動法研討會、2011年北京人民大學勞資爭議研討會，已有三篇研討會論文發表。同時亦將部份進一步發展之研究心得，結合與同法學院主辦之2013年第四屆兩岸勞動法研討會（重點聚焦於勞動市場之勞動法與社會法發展）
主要發現	有關中國勞動保護法制之重要發展軌跡，特別澄清從文本比較中所難以看出之獨特面貌

中文關鍵詞

勞動法制、勞動法、勞動法發展模式、勞動合同法、社會主義

中文摘要

在有關中國經社變遷與法制發展的整合研究中，本子計畫聚焦於勞動法制領域，探索在中國經濟發展過程中，以保護、但同時一定程度控制勞動力為目的之勞動法制，如何與時俱進，與經濟社會發展呈現何等之交互影響。

英文關鍵詞

Legal System of Labor, Labor and Employment Law, Labor Regime, Labor Contract Act, Socialism

英文摘要

In the total integral research project about the economic and social development in China and its legal system, this subproject would like to put its focus on the labor area. The following issues should be, in its theoretical and practical dimension, described and analyzed: how a legal system for and on labor, with its purpose not only to protect, but also to limit the labor forces, can make its own approach for development, and at the meantime stand in an interesting retrospective relation to the development in area of economics and society. The research for the first year covers the first two issues which be mentioned.

摘要

法學院黃程貫教授與林佳和助理教授兩人，基於執行「中國大陸的社經變遷與法制發展--總計畫暨子計畫三：政經社體制變遷與勞動保護子計畫」案，前往中國廣東深圳市進行調查訪談與實際聽審，受訪者或聽審機構包括深圳大學法學院教授、廣東省人力資源管理協會副會長、勞動專業律師、深圳市勞動人事爭議仲裁院、深圳市中級人民法院等，主要以理解地方勞動爭議處理實務為目的及任務。

出國成果報告書

出國人員	黃程貫教授、林佳和助理教授	執行單位	法學院
出國地點	中國深圳市	出國日期	2012年11月4~8日，共五日
<p>一、目的</p> <p>基於執行「中國大陸的社經變遷與法制發展--總計畫暨子計畫三：政經社體制變遷與勞動保護子計畫」案，前往中國廣東深圳市進行調查訪談與實際聽審。</p> <p>二、過程</p> <p>兩人前往前往中國廣東深圳市，藉執行「中國大陸的社經變遷與法制發展--總計畫暨子計畫三：政經社體制變遷與勞動保護子計畫」之便，以理解中國地方層級處理勞資爭議處理之實務方式與問題為目的。在扣除前後兩天搭機往返的交通時交外，於三天的時間中，主要之實地參訪對象及聽審機構，前者包括深圳大學法學院侯玲玲教授、劉彪教授、廣東省人力資源管理協會副會長梁滿光、廣東瀚誠律師事務所彭小坤律師、馮鎮波律師、孫超律師、后玉婷律師等，後者則主要前往深圳市勞動人事爭議仲裁院、深圳市中級人民法院，實際現場聆聽數個仲裁與司法案件之審理，從程序與實際運作面理解中國處理勞資爭議的現況，並蒐集相關實證資料，同時透過訪談而得到印證、對比、修正與檢討，相當程度增進研究者對相關問題的掌握，收穫非常豐富。</p> <p>參訪日程：</p> <p>第一日 搭機交通</p> <p>第二日 上午：深圳市中級人民法院，下午：廣東瀚誠律師事務所</p> <p>第三日 上午：深圳市勞動人事爭議仲裁院，下午：深圳大學法學院</p> <p>第四日 上午：廣東省人力資源管理協會，下午：深圳大學法學院</p> <p>第五日 搭機交通</p>			

三、心得與建議

謹提出以下之心得與建議：

- 1.中國勞動法制之發展上，「特殊地方因地制宜」為其特徵，必須有實地調查訪談之經驗，方得確實掌握。
- 2.中國有關勞資爭議處理上，有極為特別之調整、仲裁、司法審判之多重複雜關係，除制度內涵之理解分析上，同樣必須搭配實地調查與參訪，方得有更深刻與不偏離之正確觀察。
- 3.中國勞動法學界，與實務界有非常緊密之合作關係，與台灣之一定程度或多僅限於點線、無面之相互交往關係不同，可資參酌借鏡。
- 4.中國有非常豐富而詳盡的實地調查資料，且更新速度極快，使其相關之政府機關構與社會行動者有非常頻繁的檢討與改革，值得吾人效法。

摘要

法學院黃程貫教授與林佳和助理教授兩人，基於執行「中國大陸的社經變遷與法制發展--總計畫暨子計畫三：政經社體制變遷與勞動保護子計畫」案，前往中國廣東深圳市進行調查訪談與實際聽審，受訪者或聽審機構包括深圳大學法學院教授、廣東省人力資源管理協會副會長、勞動專業律師、深圳市勞動人事爭議仲裁院、深圳市中級人民法院等，主要以理解地方勞動爭議處理實務為目的及任務。

出國成果報告書

出國人員	黃程貫教授、林佳和助理教授	執行單位	法學院
出國地點	中國深圳市	出國日期	2012年11月4~8日，共五日
<p>一、目的</p> <p>基於執行「中國大陸的社經變遷與法制發展--總計畫暨子計畫三：政經社體制變遷與勞動保護子計畫」案，前往中國廣東深圳市進行調查訪談與實際聽審。</p> <p>二、過程</p> <p>兩人前往前往中國廣東深圳市，藉執行「中國大陸的社經變遷與法制發展--總計畫暨子計畫三：政經社體制變遷與勞動保護子計畫」之便，以理解中國地方層級處理勞資爭議處理之實務方式與問題為目的。在扣除前後兩天搭機往返的交通時交外，於三天的時間中，主要之實地參訪對象及聽審機構，前者包括深圳大學法學院侯玲玲教授、劉彪教授、廣東省人力資源管理協會副會長梁滿光、廣東瀚誠律師事務所彭小坤律師、馮鎮波律師、孫超律師、后玉婷律師等，後者則主要前往深圳市勞動人事爭議仲裁院、深圳市中級人民法院，實際現場聆聽數個仲裁與司法案件之審理，從程序與實際運作面理解中國處理勞資爭議的現況，並蒐集相關實證資料，同時透過訪談而得到印證、對比、修正與檢討，相當程度增進研究者對相關問題的掌握，收穫非常豐富。</p> <p>參訪日程：</p> <p>第一日 搭機交通</p> <p>第二日 上午：深圳市中級人民法院，下午：廣東瀚誠律師事務所</p> <p>第三日 上午：深圳市勞動人事爭議仲裁院，下午：深圳大學法學院</p> <p>第四日 上午：廣東省人力資源管理協會，下午：深圳大學法學院</p> <p>第五日 搭機交通</p>			

三、心得與建議

謹提出以下之心得與建議：

- 1.中國勞動法制之發展上，「特殊地方因地制宜」為其特徵，必須有實地調查訪談之經驗，方得確實掌握。
- 2.中國有關勞資爭議處理上，有極為特別之調整、仲裁、司法審判之多重複雜關係，除制度內涵之理解分析上，同樣必須搭配實地調查與參訪，方得有更深刻與不偏離之正確觀察。
- 3.中國勞動法學界，與實務界有非常緊密之合作關係，與台灣之一定程度或多僅限於點線、無面之相互交往關係不同，可資參酌借鏡。
- 4.中國有非常豐富而詳盡的實地調查資料，且更新速度極快，使其相關之政府機關構與社會行動者有非常頻繁的檢討與改革，值得吾人效法。

國科會補助計畫衍生研發成果推廣資料表

日期:2013/05/25

國科會補助計畫	計畫名稱: 總計畫暨子計畫三: 政經社體制變遷與勞動保護子計畫	
	計畫主持人: 黃程貫	
	計畫編號: 100-2420-H-004-022-MY2	學門領域: 當代中國政經社會文化整合型研究

無研發成果推廣資料

100 年度專題研究計畫研究成果彙整表

計畫主持人：黃程貫		計畫編號：100-2420-H-004-022-MY2				計畫名稱：中國大陸的社經變遷與法制發展--總計畫暨子計畫三：政經社體制變遷與勞動保護子計畫	
成果項目		量化			單位	備註（質化說明：如數個計畫共同成果、成果列為該期刊之封面故事...等）	
		實際已達成數（被接受或已發表）	預期總達成數（含實際已達成數）	本計畫實際貢獻百分比			
國內	論文著作	期刊論文	0	0	100%	篇	
		研究報告/技術報告	0	0	100%		
		研討會論文	0	0	100%		
		專書	0	0	100%		
	專利	申請中件數	0	0	100%	件	
		已獲得件數	0	0	100%		
	技術移轉	件數	0	0	100%	件	
		權利金	0	0	100%	千元	
	參與計畫人力（本國籍）	碩士生	5	5	100%	人次	
		博士生	0	0	100%		
		博士後研究員	0	0	100%		
		專任助理	0	0	100%		
國外	論文著作	期刊論文	0	0	100%	篇	
		研究報告/技術報告	0	0	100%		
		研討會論文	0	0	100%		
		專書	0	0	100%		章/本
	專利	申請中件數	0	0	100%	件	
		已獲得件數	0	0	100%		
	技術移轉	件數	0	0	100%	件	
		權利金	0	0	100%	千元	
	參與計畫人力（外國籍）	碩士生	0	0	100%	人次	
		博士生	0	0	100%		
		博士後研究員	0	0	100%		
		專任助理	0	0	100%		

<p>其他成果 (無法以量化表達之成果如辦理學術活動、獲得獎項、重要國際合作、研究成果國際影響力及其他協助產業技術發展之具體效益事項等，請以文字敘述填列。)</p>	<p>2012年6月1、2日辦理第三屆兩岸勞動法學術研討會：勞動契約、非典型勞動與爭議處理—兩岸重要勞動法問題之比較觀察。邀請李坤剛（安徽大學法學院教授）、侯玲玲（深圳大學法學院副教授）、許建宇（浙江大學法學院教授）、周長征（南京大學法學院副教授）、董保華（華東政法大學政治學與公共管理學院教授）、謝德成（西北政法大學法學院教授）共六位大陸勞動法界重要學者來台與台灣學者們進行學術發表與討論，本研討會有助於兩岸勞動法學界交流並了解兩岸勞動法制現況。</p>
--	--

	成果項目	量化	名稱或內容性質簡述
科 教 處 計 畫 加 填 項 目	測驗工具(含質性與量性)	0	
	課程/模組	0	
	電腦及網路系統或工具	0	
	教材	0	
	舉辦之活動/競賽	0	
	研討會/工作坊	0	
	電子報、網站	0	
	計畫成果推廣之參與（閱聽）人數	0	

國科會補助專題研究計畫成果報告自評表

請就研究內容與原計畫相符程度、達成預期目標情況、研究成果之學術或應用價值（簡要敘述成果所代表之意義、價值、影響或進一步發展之可能性）、是否適合在學術期刊發表或申請專利、主要發現或其他有關價值等，作一綜合評估。

1. 請就研究內容與原計畫相符程度、達成預期目標情況作一綜合評估

達成目標

未達成目標（請說明，以 100 字為限）

實驗失敗

因故實驗中斷

其他原因

說明：

2. 研究成果在學術期刊發表或申請專利等情形：

論文： 已發表 未發表之文稿 撰寫中 無

專利： 已獲得 申請中 無

技轉： 已技轉 洽談中 無

其他：（以 100 字為限）

3. 請依學術成就、技術創新、社會影響等方面，評估研究成果之學術或應用價值（簡要敘述成果所代表之意義、價值、影響或進一步發展之可能性）（以 500 字為限）