

國立政治大學  
國家發展研究所  
碩士論文

指導教授：王文杰 博士

勞動合同法對外資在中國經營之影響



研究生：鄭煒儒

2010年7月

## 摘要

追求經濟成長是中國大陸這幾十年來的發展重點，但追求經濟成長所衍生的勞動問題卻日益嚴重。雖然中國大陸在 1995 年頒布《勞動法》，但執行成效不佳，反而由於經濟發展，產生更多新的勞資問題。因此，2007 年 6 月 29 日中國大陸頒布第一部有關勞動合同制度的全國性專門法規《勞動合同法》，於 2008 年 1 月 1 日起施行。希望藉由此法的頒布，能杜絕勞動者權益長期受到忽視、侵犯的情況。

《勞動合同法》之立法目的係以傾斜保護勞工之權益為主，並基於《勞動法》之基礎而具體地以總則、勞動合同的訂立、勞動合同的履行和變更、勞動合同的解除和終止、特別規定(集體合同、勞務派遣、非全日制用工)、監督檢查、法律責任、附則…等八章，共九十八條條文來規範勞資雙方之權利義務。當中國大陸勞動法令內容從定義模糊不明到明確規範；從有法「應」依到有法「必」依的過程中，必然對企業的營運管理產生影響。

《勞動合同法》之施行將對於眾多赴中國大陸從事商業投資活動之外商投資企業，在關於企業經營成本、企業內部管理、企業招聘人力及法律責任…等方面產生重大之影響及衝擊。外商投資企業在中國大陸工業增加值比重中佔了四分之一，就業人數至 2007 年達 1583 萬，對外商的衝擊為何？尤其是勞動力密集產業。所以希望外商投資企業能評估《勞動合同法》所造成之影響，針對《勞動合同法》之衝擊而擬訂完善之因應策略。《勞動合同法》實施後所產生的影響，台商應如何面對？希望本研究可以做為台商企業在中國大陸投資的參考。

**關鍵字：**勞動合同法、勞動法、勞動合同、勞動成本、外資、外商投資企業

## Abstract

Pursuing the economical growth has been the main policy of China for decades. However, the labor problems derived from such development are getting worse. Although the government of the People's Republic of China passed the 《Labor Law》 in 1995, it achieved little in execution and resulted in more labor-management problems. Thus, the government of the People's Republic of China promulgated the first national labor specific regulations, 《Labor Contract Law》 on June 29, 2007 and has put it into effect since January 1, 2008. The law has been expected to eliminate the situations of long term ignorance and offense of labor rights.

The purpose of 《Labor Contract Law》 inclines to protect the rights and interests of the labors. It is based on the 《Labor Law》 and clearly specifies the rights and obligations of both parties by the eight chapters, a total of 98 Articles: General Provisions, Conclusion of employment and Termination of Employment Contracts, Special Provisions (Collective Contracts, Placement, Part-time Labor), Monitoring Inspections, Legal Liability, and Supplementary Provisions. According to the law, Mainland China will experience the changes: from the vague definition to clear standards and from the law “should be” in accordance with the law “must be” in accordance with the process. Such changes will affect the operation of the corporation and then the business management.

The enforcement of 《Labor Contract Law》 has dramatically impacted foreign-invested enterprises in China on the company operating cost, business administration, aspects of employment and legal liability...etc. Foreign-invested enterprises in China account for a quarter of the added value. Employees of

foreign-invested enterprises had reached 15.83 million by 2007. What the impact will be on foreign-invested enterprises, especially on the labor-intensive industries? Therefore, it is hoped that foreign-invested enterprises will re-evaluate the impact of 《Labor Contract Law》 and formulate effective measures. With the execution and the impact on enterprises, how should the Taiwan inventors cope with? The researcher hopes the study may serve as a reference to the Taiwanese enterprises with investment in China.

**Key words:** Labor Contract Law, Labor Law, the labor contract, labor cost, foreign investments, foreign-invested enterprises



# 目錄

摘要	i
目錄	iv
表目錄	vi
圖目錄	vi
<b>第一章 緒論</b>	
第一節 研究動機與目的	1
第二節 研究途徑與方法	7
第三節 研究限制	10
第四節 研究架構	11
<b>第二章 中國大陸勞動關係制度的發展</b>	
第一節 中國大陸勞動關係制度的發展變化	14
第二節 勞動合同制度在中國大陸之歷史演進與勞動法體系內的地位	19
第三節 中國大陸勞動合同法之制定背景與立法發展	27
第四節 勞動合同法的主要內容	37
<b>第三章 外商投資企業勞動關係與法制的適用</b>	
第一節 外商投資企業的涵義	54
第二節 外商投資企業勞動關係的變化情況和特點	57
第三節 外商投資企業內關於勞動合同之法律發展	59
第四節 1995年前中國大陸外商投資企業的勞資關係與勞動管理	61
第五節 1995年中國大陸勞動法的推行對於外商投資企業之影響	67

<b>第四章</b>	<b>勞動合同法對外商投資企業之影響分析</b>	
第一節	外商投資企業對中國大陸經濟增長及發展之影響分析-----	72
第二節	外商投資企業對中國大陸勞動就業之影響分析-----	78
第三節	勞動合同法對外商投資企業人力資源管理之影響分析-----	86
第四節	勞動合同法對外商投資企業經營策略的影響-----	107
第五節	外商投資企業人力資源管理對勞動合同法之因應對策-----	114
<b>第五章</b>	<b>勞動合同法與外商投資企業發展的法律經濟分析</b>	
第一節	法律的經濟分析-----	127
第二節	從勞動經濟學觀點分析勞動合同法強化工會組織之影響-----	132
第三節	勞方、資方與政府三方協調機制的博奕分析-----	139
第四節	勞動合同法若干重點條款的經濟分析-----	148
第五節	法制加責於資方對中國大陸之影響分析-----	153
<b>第六章</b>	<b>結論與建議</b>	
第一節	研究發現-----	161
第二節	研究建議-----	167
	<b>參考文獻</b> -----	172

## 表目錄

表 1-1：中國大陸城鎮勞動就業人口及勞動報酬統計—2000-2006-----	4
表 2-1：1994 年及 1995 年分別頒布之《勞動法》配套規章-----	23
表 2-2：勞動合同法與勞動法之相關條文對照表—用人單位的規章制度-----	38
表 2-3：勞動合同法與勞動法之相關條文對照表—勞動合同的訂立-----	40
表 2-4：勞動合同法與勞動法之相關條文對照表—無固定期限勞動合同-----	41
表 2-5：勞動合同法與勞動法之相關條文對照表—經濟性裁員與社會責任-----	44
表 2-6：勞動合同法與勞動法之相關條文對照表—約定違約金-----	45
表 2-7：勞動合同法與勞動法之相關條文對照表—保密義務與競業限制-----	46
表 2-8：勞動合同法與勞動法之相關條文對照表—非全日制用工-----	48
表 2-9：勞動合同法與勞動法之相關條文對照表—試用期-----	49
表 2-10：勞動合同法與勞動法之相關條文對照表—政府機關的勞動監督-----	52
表 3-1：1992 年各種所有制企業職工人數及勞動合同簽訂之比例-----	63
表 4-1：企業因應勞動合同法之主要變革策略人數及百分比-----	108
表 4-2：企業因應《勞動合同法》之變革策略區分表-----	109

## 圖目錄

圖 1-1：2006 年中國大陸各種經濟類型工業企業佔工業增加值比重-----	3
圖 1-2：台灣對外投資—1991-2008-----	3
圖 1-3：台商對中國大陸投資(行業別)—1991-2008-----	4
圖 5-1：勞動市場-----	15

# 第一章 緒論

## 第一節 研究動機與目的

### 第一項 研究動機

中國大陸改革開放 30 多年來，由計畫經濟體制向社會主義市場經濟體制過渡與變遷，已改變長期以來單一的公有制的格局，而朝向為多元的經濟所有制，勞動生產力迅速提高，勞動關係也發生了變化。勞動關係契約化是市場經濟條件下勞動關係的基本特點。在中國大陸，儘管自 1995 年勞動法實施以來一直在推進勞動合同的簽訂，但距勞動關係完全契約化還有相當距離。由於中國大陸勞動力市場長期供大於求，勞資雙方在談判、要價能力方面存在明顯差別，因此勞動合同簽約率低、勞動合同短期化、濫用試用期和勞務派遣等問題一直存在。<sup>1</sup>中國大陸多年的市場經濟發展使部分人富裕了，相對地也出現不少貧困百姓，貧富差距的拉大，加上勞動者與用人單位之間的地位不平等，令人質疑中國大陸是否能達到其憲法第四十二條：「中華人民共和國公民有勞動的權利和義務。國家通過各種途徑，創造勞動就業條件，加強勞動保護，改善勞動條件，並在發展生產的基礎上，提高勞動報酬和福利待遇。」的訴求。為了規範和調控市場經濟體制下勞動關係的發展和運行，彌補現行勞動合同制度實施中存在的缺欠，解決勞動合同制度推行十多年來在用工領域存在的突出問題，「如何完善勞動關係」是中國大陸政府的一項重要課題。

中國大陸對於外商投資企業的相關立法是採取對外、對內區別的雙軌制立法模式。在 1995 年「勞動法」實施之前，中國大陸並未正式頒布一個全國性統一勞動法律作為規範各類型企業和單位的適用；外商在處理勞動關係上，僅能參考三資企業法(中外合資經營企業法、中外合作經營企業法及外資企業法)等相關法

---

<sup>1</sup> 程延園，2007，〈《勞動合同法》：構建與發展和諧穩定的勞動關係〉，《中國人民大學學報》，(05)：104。



令規章。1995 年「勞動法」和「外商投資企業勞動管理規定」的實施，也是凸顯外商投資企業的相關規定，有不同於其國內法規的對等規定。<sup>2</sup>2007 年 6 月 29 日頒布中國大陸第一部有關勞動合同制度的全國性專門法律《中華人民共和國勞動合同法》(以下簡稱《勞動合同法》)，於 2008 年 1 月 1 日起施行，代表中國大陸勞動合同制度在法律上專門、獨立地建立，並且內外資一體適用。主要目的是為了完善勞動合同制度、明確勞動合同雙方當事人的權利和義務、保護勞動者的合法權益、構建和發展和諧穩定的勞動關係。<sup>3</sup>當中國大陸勞動法令內容從定義模糊不明到明確規範；從有法「應」依到有法「必」依的過程中，必然對企業的營運管理產生影響。

根據統計(圖 1-1)，「2006 年中國大陸各種經濟類型工業企業佔工業增加值比重」中，外商投資企業佔了 24.91%，外商投資企業在中國大陸工業增加值比重擁有四分之一的影響力，而從 1979 年至 2009 年 1 月中國大陸外商直接投資實際累計金額已達 8601.55 億美元。<sup>4</sup>可見，外商投資企業看好中國大陸投資環境，而中國大陸在經濟發展上對於外商投資企業也有相當程度的依賴，所以彼此是相互依存的關係。在台灣方面(圖 1-2)，從 1991 年至 2008 年台灣對外投資中，中國大陸就佔了 57.13%是台灣對外投資最多的國家，投資金額是 75560.46 百萬美元<sup>5</sup>，投資的行業別(圖 1-3)中，絕大多數都是屬於製造業，其中以電子零組件製造業及電腦、電子產品及光學製品製造業比重較高，分別是 16.43%及 15.71%。在中國大陸城鎮勞動就業人口及勞動報酬方面(表 1-1)，2000 年任職於外商投資企業的人數有 642 萬人，佔中國大陸城鎮就業人數的 2.77%，並逐年增加至 2007 年有 1583 萬人，佔中國大陸城鎮就業人數的 5.4%，成長率達 195%<sup>6</sup>；而任職於外商投

<sup>2</sup> 王文杰，2008，《嬗變中之中國大陸法制》，新竹：國立交通大學出版社，頁 253-255。

<sup>3</sup> 參照《勞動合同法》第一條。

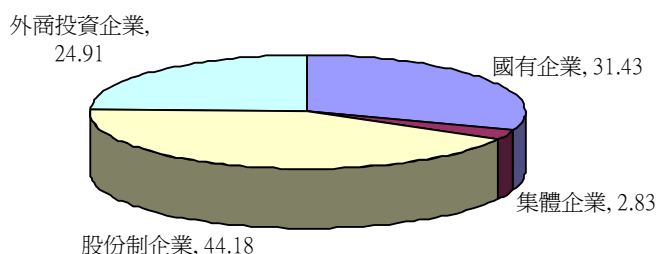
<sup>4</sup> 參照行政院大陸委員會，《兩岸經濟統計月報》，第 194 期，頁 44、47。

<sup>5</sup> 參照前註 4，頁 31。

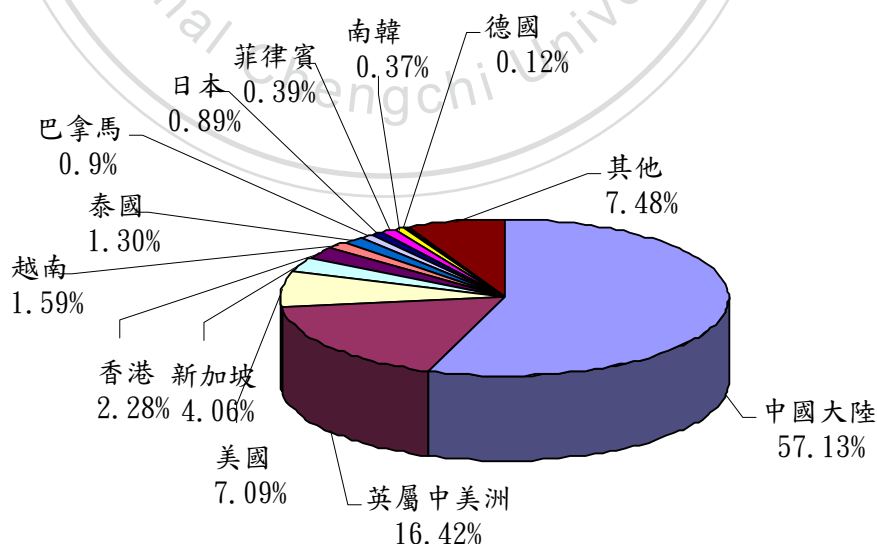
<sup>6</sup> 中華人民共和國國家統計局編，表 4-2 按城鄉分就業人員數，2008 中國統計年鑑，北京：中國統計出版社，頁 96。

資企業的年平均薪資 2000 年為 15692 人民幣，比當年度全國城鎮年平均薪資 9333 人民幣高出 6359 人民幣，到了 2007 年為 29594 人民幣，比當年度全國城鎮年平均薪資 24721 人民幣高出 4873 人民幣<sup>7</sup>；和中國大陸國有單位、內資企業相比，外資企業給予勞動者的薪資待遇較高。

(圖 1-1) 2006 年中國大陸各種經濟類型工業企業佔工業增加值比重(單位%)<sup>8</sup>



(圖 1-2) 台灣對外投資—1991-2008<sup>9</sup>

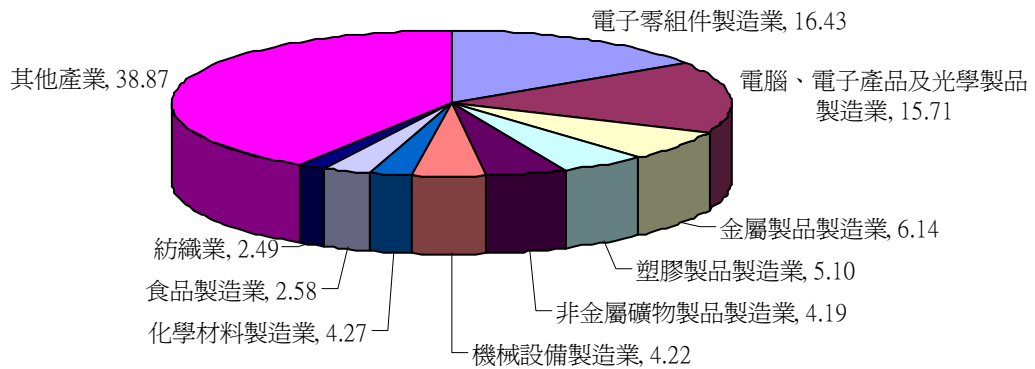


<sup>7</sup> 中華人民共和國國家統計局編，表 4-18 各地區按登記註冊類型分城鎮單位就業人員平均勞動報酬，2008 中國統計年鑑，北京：中國統計出版社，頁 123。

<sup>8</sup> 參照前註 4，頁 44，由筆者自行繪製。

<sup>9</sup> 參照前註 4，頁 31，由筆者自行繪製。

(圖 1-3) 台商對中國大陸投資(行業別)—1991-2008<sup>10</sup>



(表 1-1) 中國大陸城鎮勞動就業人口及勞動報酬統計—2000-2006<sup>11</sup>

	城鎮就業人口	外資就業人口	外資就業比例	城鎮平均薪資	外資平均薪資
2000 年	23151 萬	642 萬	2.77%	9333 元	15692 元
2001 年	23940 萬	671 萬	2.80%	10834 元	17553 元
2002 年	24780 萬	758 萬	3.06%	12373 元	19409 元
2003 年	25639 萬	863 萬	3.37%	13969 元	21016 元
2004 年	26476 萬	1033 萬	3.90%	15920 元	22250 元
2005 年	27331 萬	1245 萬	4.56%	18200 元	23625 元
2006 年	28310 萬	1407 萬	4.97%	20856 元	26552 元
2007 年	29350 萬	1583 萬	5.39%	24721 元	29594 元

<sup>10</sup> 參照前註 4，頁 30，由筆者自行繪製。

<sup>11</sup> 參照前註 6 和前註 7，由筆者自行繪製。

到底《勞動合同法》的實施，會為企業增加多少勞動成本？包含薪資成本、第四十六條的經濟補償、第四十八條的賠償金、管理成本及法律成本…等等。外商投資企業在中國大陸工業增加值比重中佔了四分之一，就業人數至 2007 年達 1583 萬<sup>12</sup>，對外商的衝擊為何？尤其是勞動力密集產業的因應。廉價勞動力一直是外商投資企業投資中國大陸的誘因，而《勞動合同法》對最低工資的訴求是否改變外商投資企業在中國大陸的佈局以及如何因應？而外商投資企業和中國大陸相互依存的情形下，法制加責於資方是否最後也會對中國大陸本身造成影響？這些年來台商赴中國大陸投資的增加，使中國大陸成為台灣對外投資最多的國家，對於《勞動合同法》這部會影響台商投資企業營運，甚至可能進而牽動兩岸經貿交流的法律，台灣方面不得不深入瞭解，所以以上是本文的研究動機。

## 第二項 研究目的

中國大陸自九十年代初確立市場經濟模式以來，特別是1995年勞動法施行以來，《勞動法》第106條規定：「省、自治區、直轄市人民政府根據本法和本地區的實際情況，規定勞動合同制度的實施步驟，報國務院備案。」勞動部發出的〔1994〕360號《關於全面實行勞動合同制》函中進一步指出「具有較好改革環境和基本具備實施條件的地區，如廣東、海南、福建、上海、浙江、北京、山西、吉林、山東、河南、四川等省(直轄市)應於1995年全面實施勞動合同制度。天津、遼寧、河北、湖南、湖北、廣西、江西、甘肅、寧夏等省(自治區、直轄市)到1995年底，應有80%以上企業和職工實施勞動合同制。正在積極創造條件的其他省要力爭在1996上半年全面實施勞動合同制。到1996年底，除個別地區和少數特殊情況的企業外，應基本在全國範圍內實施勞動合同制度。」至此，勞動合同已取代固定工制度，逐步成為中國大陸既定規範勞動關係的主要工具。勞動合同制度在中國大陸企業單位全面開展，成為中國大陸企業的基本用工模式。

---

<sup>12</sup> 參照頁 4，(表 1-1)。

但是，毋庸諱言，在勞動合同制度運行中，也暴露出種種問題。例如，企業故意不簽合同<sup>13</sup>；企業濫用試用期用工<sup>14</sup>；勞動合同短期化<sup>15</sup>；普通勞動者勞動報酬偏低，而且常常出現工資拖欠<sup>16</sup>..等等。上述這些問題，嚴重損害勞動者的合法權益，影響社會經濟秩序的穩定，影響中國大陸民眾對市場經濟改革的認識和信心。《勞動合同法》制定目的正是要完善中國大陸的勞動合同制度，解決企業用工中的現實問題，促進市場經濟的健康發展。換個角度，外商投資中國大陸的動機之一就是廉價的勞動力，特別是勞力密集產業，《勞動合同法》的頒布實施對外商而言，將會減少其勞動力的機動性，也增加經營風險及勞動管理成本，勢必對外商在經營上造成衝擊。

在全球化的今天，外資特別是外商直接投資（Foreign Direct Investment, FDI）已經被看作影響經濟發展的重要因素之一。大多數國家政府提供誘人的優惠政策吸引外資，其目的是為了獲得外商直接投資正面的外溢效果(positive spillover effects)<sup>17</sup>，中國大陸政府實行大量優惠政策甚至是「超國民待遇」，使外商在中國大陸直接投資量一路上升。改革開放以來，從1979至2008年外商直接投資實際累計金額，根據2009中國統計年鑑資料顯示，已達8526.13億美元<sup>18</sup>，再根據中華

<sup>13</sup> 田成平，2007，〈關於《中華人民共和國勞動合同法(草案)》的說明—2005年12月24日在第十屆全國人民代表大會常務委員會第十九次會議上〉，《中華人民共和國全國人民代表大會常務委員會公報》，(05)：421。

<sup>14</sup> 田成平，參照前註13。

<sup>15</sup> 胡光寶，2007，〈全國人民代表大會法律委員會關於《中華人民共和國勞動合同法(草案)》修改情況的匯報—2006年12月24日在第十屆全國人民代表大會常務委員會第二十五次會議上〉，《中華人民共和國全國人民代表大會常務委員會公報》，(05)：425。

<sup>16</sup> 胡光寶，參照前註15，頁426。

<sup>17</sup> 外溢效果就是「潛在間接的經濟效益」(potential indirect economic benefits)。一般而言，外人直接投資對地主國製造業所誘發的外溢效果，其途徑可歸納為下列四種：一是透過技術的移轉與擴散；二是透過對當地員工的訓練；三是透過市場競爭的壓力；四是透過向當地供應商購買原料、零件或將其產品銷售予當地廠商。前三者屬於「產業內的外溢效果」(intra-industry spillover effect)，後者則屬「產業間的外溢效果」(inter-industry spillover effect)。參照黃智聰，外資企業在中國大陸生產效率之比較—以工業部門為例，遠景基金會季刊第四卷第一期，台北：兩岸交流遠景基金會，2003年1月，頁94。

<sup>18</sup> 中華人民共和國國家統計局編，表17-14 利用外資概況，2009中國統計年鑑，北京：中國統計出版社。

人民共和國商務部統計資料顯示，2009年實際使用外商直接投資金額是900.33億美元<sup>19</sup>，這對於中國大陸的經濟發展及勞動就業上都有不小的幫助。但是當《勞動合同法》頒布實施後，勞動成本增加、相關配套的規範亦呈現嚴謹，是以成本的增加及資方與勞方工會的互動是否有利於投資環境？勞動派遣制度是否會成爲主流？勞動意識是否凸顯？資方權益如何保障？所以本文將探討《勞動合同法》對外資在中國經營之影響，以及是否反而會對其經濟發展及勞動就業產生負面影響，這是本文之研究目的。

## 第二節 研究途徑與方法

### 第一項 研究途徑

本文主要研究途徑是採取

(一)「法學研究途徑」，其中分爲(1)法制運用之研究，這爲「縱」的研究，重在發掘其法律之發展，藉以闡明其始末，而洞察其義涵。(2)實體法制之研究，這爲「橫」的研究，重在法理之闡釋，藉以探討法律條文立法之真義。<sup>20</sup>所以透過法制運用之研究，瞭解中國大陸勞動合同制度之發展、爲何在勞動法外又突顯《勞動合同法》，以及《勞動合同法》的基本義涵和特點；透過法律本體之研究，解釋中國大陸《勞動合同法》的法律條文，探討《勞動合同法》立法之真義，以及對於《勞動合同法》中涉及到外商在勞工管理之相關規定予以分析。

(二)「經濟學研究途徑」：以經濟學研究途徑進行探討並分析優劣，這些途徑包括：勞動經濟學、賽局理論，以及其他經濟學理論在勞動市場上的應用，幫助瞭解及分析《勞動合同法》會對於在中國大陸經商之外商營運有何影響？

---

<sup>19</sup> 中華人民共和國商務部官方網站，網址：  
<http://big5.mofcom.gov.cn/aarticle/tongjiziliao/v/201002/20100206785656.html>，最後檢閱日期：2010年7月5日。

<sup>20</sup> 劉清波，中國大陸司法制度，華泰書局，1995年4月，例言頁3。

## 第二項 研究方法

本文之研究方法主要為

(一)歷史研究法：係指有系統地蒐集及客觀的評鑑與過去發生之事件有關的資料，以考驗事件的因果或趨勢，俾提出準確的描述與解釋，進而有助於解釋現況或預測未來的一種歷程<sup>21</sup>。之所以需要歷史研究，首先是由於能從過往的發展及社會變遷中取得負面經驗的教訓及正面經驗的典範，其次是尋找現今實務與制度的根源，最後則是探討各種制度成長或衰退的原因<sup>22</sup>。藉由歷史研究法分析了解何以中國大陸對於外商投資企業的相關立法是採取對外、對內區別的雙軌制立法模式、繼而為「勞動法」，再者又衍生出《勞動合同法》的獨立立法，其和體制背景的聯繫關係。所以能由中國大陸勞動合同制的歷史發展過程中，探討中國大陸勞動合同法形成的背景與過程，以瞭解目前中國大陸勞動合同法在勞動合同制度歷史演進中所佔的角色地位，就此觀察過去勞動合同制問題之所在，使得進而了解「為何在勞動法外，又需突顯勞動合同法」。

(二)文獻分析法：係指從前人所收集資料而得的研究發現為基礎，截取與研究主題相關的資料進行分析，資料處理技術選用歸納、比較的方法。本論文之研究，將廣泛蒐集並閱讀有關中國大陸勞動法、勞動合同法等勞動法領域之相關法令、學術論著、書報雜誌等，以作為理論及實務之分析基礎，在此基礎下就研究中所涉及到的問題進行分析推理，以了解有關外商投資企業之勞動法規及目前實施勞動合同法之相關規定，並加以系統歸納分析。

(三)比較研究法：係指對兩種事物或幾種有關的可比較資料進行比較與對照。由於本論文旨在探討及分析《勞動合同法》對外商在中國經營之影響與衝

<sup>21</sup> 王文科、王智弘，2004，《教育研究法》，台北：五南出版社，頁 11。

<sup>22</sup> 張海平，2005，《高上社會研究法第二回》，台北：高點出版社，頁 35。

擊，外商投資企業之母國多是屬於資本主義與中國大陸之社會主義有所不同，而中國大陸最初之勞動合同制度是為因應經濟改革之需而產生，其經濟制度漸漸朝向資本主義經濟制度前進，因此本文以資本主義國家之勞動理論來觀察中國大陸勞動合同法，可以避免受到中國大陸官方及學界之意識形態影響，而能從不同角度獨立思考。

#### (四)法學方法

(1)「法律解釋」：即為在某一法律整體系統中以分析概念並結合邏輯演繹之方式得出定言命題，因此對法律體系的完整理解，及為法學之基礎。<sup>23</sup>由於法律的運用在於其對社會事實之規範性效果與因此而產生之法秩序，因此如何運用法律，如何使法律條文之字義能藉解釋適用於具體社會事實並使之發生效用，此即為法學研究中的法律解釋。本文會透過法律解釋的方法來分析及了解《勞動合同法》的立法目的與主要條文內容。

(2)「分析實證法學」：此一法學方法是以分析實證法條文之意涵而得之方法。針對現實社會的法律在概念與邏輯演繹之方式下推演出的結果是否有內之矛盾，討論其存在矛盾之原因及其基礎、發展之現象等。<sup>24</sup>本文會透過分析實證法學的方法來分析及了解《勞動合同法》的施行對於外商投資企業所產生的影響，以及外商投資企業對於勞動合同法的影響所採取的因應對策。

本文將對於中國大陸勞動合同制度相關之憲法、法律與法律之下法規、行政命令與規則等法律制度，以及學界見解，透過「法律解釋」、「分析實證法學」分析法律概念並結合邏輯演繹之方式，導出本研究之結論。

<sup>23</sup> 黃茂榮，2002，《法學方法與現代民法》，臺北：國立台灣大學法律學系法學叢書編輯委員會，頁 384。

<sup>24</sup> 韓忠謨，2002，《法學緒論》，臺北：韓聯甲發行，頁 234。



#### (五) 經濟學的分析方法：

(1) 外資特別是外商直接投資 (Foreign Direct Investment) 已經被看作影響經濟發展的重要因素之一。改革開放以來，外商投資企業在中國大陸無論是直接投資金額、勞動就業人口皆逐年增加，從1998年至2006年的平均工業增加值比重佔了24.57%<sup>25</sup>。透過經濟分析了解外商投資企業對於中國大陸的經濟發展及勞動就業的影響、中國大陸對於外商投資企業的依賴度，以及當勞動合同法制加責於資方時，是否最後也會對中國大陸本身造成影響？

(2) 利用勞動經濟學理論以瞭解勞動市場中的兩個主要角色：受僱者與僱用者的行為及其彼此之間的關係，幫助分析《勞動合同法》對於「勞動就業市場的影響」、「在政府鼓勵及法規支持下，工會的成立會對於企業所帶來的影響」。

(3) 由於勞方、資方與政府三方各自存在的目標及利益的不同，在賽局理論的架構下輔以經濟分析，透過賽局理論的一般概念與經濟分析的結合使我們了解《勞動合同法》所可能產生的經濟現象，並分析每種現象，藉此抉擇何種情況才是社會福利的最大化，也是勞方、資方與政府三方應做的最佳選擇。

### 第三節 研究限制

毋庸置疑，一個創新、重大或重要的研究發現是每一個研究生的理想與心願，筆者我也不例外。但由於筆者在有關中國大陸的研究方面所學尚淺，而在歷史背景方面，中國大陸勞動關係目前正處於轉型期，所以此時要對於剛施行的中國大陸勞動合同法作出全面而深刻的分析，並探討其對外商在中國大陸經營之影響與衝擊，難度是可想而知的，因此，所存在的問題與不足之處，必然難免。例

---

<sup>25</sup> 參照前註 4，頁 44。

如：在中國大陸社會主義市場經濟條件下，既要達到完善地保障勞動者權益，又須同時維持中國大陸經濟的高度發展；即如何能同時在法律上及經濟上衡平用工單位及勞動者的地位，保障及限制雙方在勞動關係上的權利義務，達到雙方共存共榮？以及如何建立一個有效的模型，以便於我們對「勞動合同法對外資在中國大陸經營之影響」進行實証性的分析？等等。

#### 第四節 研究架構

本文共分為六章，章節安排如下：

##### 第一章 緒論：

說明本文之研究動機、研究目的、研究途徑、研究方法、研究限制與研究架構。

##### 第二章 中國大陸勞動關係制度的發展：

論述中國大陸勞動關係制度的發展變化、勞動合同制度在中國大陸之歷史演進與在勞動法體系內的地位、《勞動合同法》之制定背景與立法發展，以及《勞動合同法》的主要內容。

##### 第三章 外商投資企業勞動關係與法制的適用

論述外商投資企業的涵義、外商投資企業進入中國大陸利用其勞動力之歷史背景、外商投資企業內關於勞動合同之法律發展、1995年前中國大陸外商投資企業的勞資關係與勞動管理、1995年中國大陸勞動法的頒行對於外商投資企業所造成的影響。

##### 第四章 勞動合同法對外商投資企業之影響分析

外商投資對一國經濟的影響巨大，積極吸引外商投資目前已成為發展中

國家發展國內經濟的一個重要政策。中國大陸一直積極吸引外商投資，近年來外商直接投資流入金額從 2000 年 407.15 億美元，逐年增加至 2007 年 747.68 億美元，並於 2002 年成爲世界上吸引外商直接投資最多的國家<sup>26</sup>，而從 1979 年至 2008 年 2 月中國大陸外商直接投資實際累計金額已達 7847.93 億美元<sup>27</sup>。外商投資企業在對中國大陸的經濟增長、技術進步、產業結構產生影響的同時，也對中國大陸的勞動就業產生深刻的影響。外商投資企業對中國大陸經濟及就業的影響是什麼？這些影響所產生的正面效應是否大於所產生的負面效應？而《勞動合同法》的施行對於外商投資企業會產生哪些影響？是否造成衝擊？《勞動合同法》的實施，會爲企業增加多少勞動成本？外商投資企業對於《勞動合同法》的影響有何因應對策？這些是本章所要研究的問題。

## 第五章 勞動合同法與外商投資企業發展的法律經濟分析

(1) 勞動合同法律的經濟分析：法律的經濟分析是通過對法律規則進行成本和收益分析及經濟效率分析，使我們可以就法律實施的結果得出結論，並對特定法律安排的社會價值作出評價。所以對《勞動合同法》的權利配置進行經濟分析是必要的。(2) 以勞動經濟學觀點來分析勞動合同法強化工會組織之影響。勞動關係的重大變革客觀上要求工會之運作進行適時的調整，也要求在理論上特別是勞動經濟理論中對其進行研究，同時，社會主義市場經濟條件下的工會理論，也要引入勞動經濟學的研究方法。(3) 勞方、資方與政府三方協調機制的博奕分析：在勞動市場上，勞動者關心的是就業保障、工資報酬及各項勞動條件等；經營者關注的是降低成本，包含人事成本。在這種獨立的經濟利益關係中，發生利益衝突是難免的。中國大陸政府制定勞動合同法之目的即在於協調和解決

<sup>26</sup> 顧永紅、胡漢輝，2007，〈外商直接投資激勵對產業升級影響的分析〉，《世界經濟研究》，(10)：59。

<sup>27</sup> 參照前註 4，頁 46。

這些利益衝突，構建和諧穩定的勞動關係。透過賽局理論來分析「勞方、資方與政府三方各自存在的目標及利益的不同，所產生之非合作的策略型賽局」，了解可能產生的經濟現象，並分析何種情況才是社會福利的最大化，也是勞方、資方與政府三方應做的最佳選擇。(4)《勞動合同法》若干重點條款的經濟分析。(5)法制加責於資方對中國大陸之影響：當法制加責於資方時，是否最後也會對中國大陸本身造成影響？特別是在中國大陸就業率及更多勞力出路方面，是否會衝擊中國大陸經濟發展？

## 第六章 結論與建議。



## 第二章 中國大陸勞動關係制度的發展

### 第一節 中國大陸勞動關係制度的發展變化

#### 第一項 計畫經濟體制下勞動關係的建立

在中華人民共和國成立後相當長的時期內，中國大陸實行計畫經濟，與此相適應，勞動關係的建立受到國家計畫經濟和相關政策的嚴格制約，呈現出濃厚的計畫經濟特徵。勞動者與用人單位建立勞動關係的方式主要表現為統包統配式。國家採用全國統一招收的辦法，把每年新成長的勞動力「包下來」，然後再按計畫統一分配到企業、事業單位和國家機關。國家為每個人安排職業、就業單位，限定就業地區等。用人單位與勞動者之間的依附關係在形式上表現為一種行政管理關係，呈現出固定、單一、行政化的特點。<sup>28</sup>在企業實行以固定工為主的用工制度。1952年7月政務院第146次政務會議通過的《中央人民政府關於勞動就業問題的決定》規定，一切私營企業對於因實行生產改變、合理的提高勞動效率而多餘出來的職工，均應採取包下來的政策，且由原企業單位發給原工資，不得解雇。1956年對資本主義工商業、社會主義改造後的公私合營企業的職工也全部包下來。對於所有包分配的人員，都成為用人單位的固定職工，不許隨便辭退。1957年4月國務院在《關於勞動力調劑工作中的幾個問題的通知》中規定，各單位對於多餘正式職工和學員、學徒，應積極設法安置，如果沒有做好安置工作，不得裁減。至此，中國大陸統包統配建立勞動關係的方式形成，這種方式一直延續到20世紀80年代初期。這種建立勞動關係的方式被稱為計畫經濟勞動關係。其主要表現和基本特徵是<sup>29</sup>：

(一)勞動關係類型的單一性：在全國範圍內，只有一種單一的公有制經濟勞

<sup>28</sup> 程延園，2007，《勞動關係》，北京：中國人民大學出版社，頁80。

<sup>29</sup> 程延園，參照前註28，頁81。

動關係，這種公有制經濟勞動關係主要表現為勞動關係主體一方的用人單位的經濟性質為全民所有制和帶有全民所有制性質的集體所有制，勞動者也都是全民所有制職工。其他非公有制經濟勞動關係一般不存在。從勞動關係的存續來看，短期性、季節性、臨時性勞動關係範圍很窄。一般不允許形成兼職勞動關係。

(二)勞動關係內容的國家計劃性：勞動關係各個方面都由國家統一計劃、統一部署、統一實施。用人單位無權自行招用勞動力，而要由國家下達用工指標，在指標內招工；勞動者也無權自由選擇職業，要由國家統一分配安置就業。勞動關係建立後，工資分配、保險福利等，都由國家統一制定政策，統一進行調整。

(三) 勞動關係運行規則的行政性：用人單位和勞動者建立勞動關係是通過政府的行政指令來實現的。勞動關係一旦建立，沒有政府的行政指令，終身保持不變，直至退休。人員流動受到嚴格限制，勞動關係一方的勞動者身分不可轉換。如果需要，也是由國家以行政方式進行調配。

(四)勞動關係主體利益的一體性：在勞動關係中，企業是國家的企業，職工是國家的職工，全體勞動者都是國家的主人，都是生產資料的佔有者，勞動者和勞動力的使用者都沒有獨立的主體身分，雙方沒有形成相對獨立的利益主體，勞動者對用人單位實際上是一種依附關係。

## 第二項 向市場經濟過渡時期勞動關係的變化

在由計畫經濟向市場經濟的過渡時期，作為社會經濟體制的一種標誌，勞動關係發生了較大變化。由於轉型初期的勞動政策、法令未能兼顧處理好促進市場效率、維護社會公正、保障企業自主權和增進勞工權益等問題，產生許多的差異與矛盾。在其型態上，既有計畫經濟條件下勞動關係的烙印，又有市場經濟條件

下勞動關係的許多因素。主要表現為<sup>30</sup>：

(一)不同類型的勞動關係運行規則還有一定差別：計畫經濟條件下只存在單一類型的勞動關係，而在向市場經濟過渡時期，各種非公有制勞動關係發展很快。目前，不同所有制經濟勞動關係之間，在確立方式、存在範圍、內容及受國家調控程度等方面還有一定差別。

(二)在勞動關係建立的形式上，勞動合同關係與非勞動合同關係仍然並存：在計畫經濟條件下，企業勞動關係的建立基本上是行政方式。在市場經濟建立的過程中，用行政方式建立勞動關係已經過時，企業基本上都實行了勞動合同制度，但在國家機關、社會團體和事業單位中，還沒有完全實行勞動合同制度。

(三)勞動力市場配置機制和行政配置機制同時對勞動關係發生作用：在計畫經濟條件下，勞動關係都是在勞動力行政配置機制的作用下運行的。隨著勞動力市場的逐漸發展，市場機制對勞動合同關係的運行逐漸起到支配作用，而且在一定程度上還影響著非勞動合同關係的運行。但由於勞動力市場發展還不完善，勞動力行政配置不僅支配著非勞動合同關係的運行，且對勞動合同關係也會起到一定的制約作用。因而，在勞動關係運行的過程中，存在著兩種勞動力配置機制的摩擦。

(四)勞動關係調整還存在著法律規範不健全的問題：在計畫經濟條件下，勞動關係調整幾乎全部採用行政管理方式，執行的主要依據是有關政策。隨著勞動法制建設的發展，按照市場經濟的要求，勞動關係逐步轉向依法調整。但由於法規的不完善，勞動關係調整還存在著不規範的情況。

---

<sup>30</sup> 程延園，參照前註 28，頁 81-82。

(五)勞動爭議大幅上升，勞動關係不穩定因素增多：計畫經濟條件下勞動關係主體雙方力量對比相對均衡的狀態被打破，勞動者弱勢地位突出顯現，侵犯勞動者權益的現象增多，勞動爭議數量及涉及人數均呈大幅上升趨勢，反映了向市場經濟過渡時期勞動關係的複雜性和不成熟性。

### 第三項 社會主義市場經濟條件下勞動關係的發展

這些年來，隨著中國大陸一連串的經濟體制改革，中國大陸的經濟體制逐步轉向為建立社會主義市場經濟體制。因此，勞動關係也不斷朝著適應市場經濟要求的運行方向變革。其主要特點是：

(一)勞動關係主體利益明確化：勞動關係就其實質而言，是一種利益關係，利益一體化是勞動關係維繫和運行的基本目的和一致要求。隨著市場經濟條件下現代企業制度的建立和完善，國家和企業之間有了相互區別的職能和利益取向，企業成為名副其實的相對獨立的經營實體和經濟組織，企業與職工、經營者與勞動者在根本利益一致的基礎上，逐漸形成主體明確、地位對等、平等競爭、利益多元的新型勞動關係。

(二)勞動關係形成的合同化：基於勞動關係主體的明確和利益的多元化，以勞動合同的形式建立勞動關係，明確雙方的權利和義務，規範和約束勞動關係主體雙方的勞動行為，實現勞動過程中的管理，成為各類勞動關係普遍採用的一種有效形式。勞動關係形成的合同化包括兩層意思<sup>31</sup>：一是用人單位和勞動者建立勞動關係，通過簽訂勞動合同的方式來實現。勞動合同既是產生勞動關係的憑證，又是規範和約束勞動行為的依據。二是在勞動關係內部，由工會代表職工與用人單位就勞動關係中的一些標準或其他事項簽訂集體合同<sup>32</sup>，通過集體合同的

<sup>31</sup> 程延園，參照前註 28，頁 83。

<sup>32</sup> 根據國際勞工組織(ILO)於 1981 年通過第 154 號「集體協商公約」(Collective Bargaining



方式維護勞動關係主體利益。由於勞動關係具有財產關係和平等關係的屬性，決定了此階層關係的當事人，即勞動者和用人單位需以物質利益為條件，進行協商。但勞動關係同時又具有隸屬關係的屬性，勞動者於工作任務中受用人單位的監督、管理。因此，使勞動者處於相對弱勢的地位，使其與用人單位之協商難以完全基於平等地位而進行。在《德國集體合同法》<sup>33</sup>的規定下，勞資雙方皆為集體，再進行協商談判，兼顧了勞資雙方協商談判地位的平衡。該法的規定即是一種調整集體勞動關係的法律型態，以協商模式消除勞資雙方的矛盾，並達成協議，使企業能繼續運作，勞動者得到工作機會及應有的待遇。因此，集體勞動關係的出現，有助於克服個別勞動關係在談判地位上的不對等。由勞動者組成工會或選出職工代表與用人單位進行集體協商，簽訂集體合同。

(三)勞動關係運行的市場化：按照市場機制和規律規範勞動關係的運行是市場經濟條件下的必然結果。在市場經濟條件下，市場機制在勞動力資源配置方面發揮著基礎性作用，勞動關係的運行由市場調節，國家在勞動關係方面的職能主要是通過勞動立法制定勞動標準，並對勞動關係的運行過程進行宏觀指導和監

---

Convention)，其指出集體協商內容包涵：(1)工作與就業條件、(2)調整勞資關係、(3)勞動爭議的調解與仲裁、(4)禁止罷工與怠工範圍、(5)勞工解雇與違背紀律處置、(6)雙方認為有必要和感興趣問題。參閱自 International Labour Law: Selected Issues, Dr. Lammy Betten, 1993, at 95. International Labour Office, International Labour Standards: A Workers' Education Manual, International Labour Office, 1998, at 54. 依中國大陸《集體合同規定》第八條規定：「集體協商雙方可以就下列多項或某項內容進行集體協商，簽訂集體合同或專項集體合同：(一)勞動報酬；(二)工作時間；(三)休息休假；(四)勞動安全與衛生；(五)補充保險和福利；(六)女職工和未成年工特殊保護；(七)職業技能培訓；(八)勞動合同管理；(九)獎懲；(十)裁員；(十一)集體合同期限；(十二)變更、解除集體合同的程式；(十三)履行集體合同發生爭議時的協商處理辦法；(十四)違反集體合同的責任；(十五)雙方認為應當協商的其他內容。」集體協商和集體合同是市場經濟條件下維護勞動者權益、協調和規範勞動關係最有效的方法之一，也是國際上普遍採用的法律制度。參照吳宏洛，2007，轉型期的和諧勞動關係，北京：社會科學文獻出版社，頁 425。集體合同規定是調整集體勞動關係的一種法律型態。換句話說，集體勞動合同調整的勞動關係，是具有團體性的。

<sup>33</sup> 德國早在一九六九年通過《德國集體合同法》來規範集體合同制度。規定集體協議的當事人必須是以超過一個企業範圍基礎上，自由、獨立組織起來的並且接受集體協議的約束。具備集體協議資格的工會和企業聯合會參加勞資談判，訂立集體合同協議，公權力不能任意干涉，僅能規範勞資競爭規則，並將最後手段授予司法機關來確保這些規則能得到遵守。參照汪習根、王麗莎，2005，〈論勞動權法律保障機制的完善—全球化視野下的思考〉，《湘潭大學學報》，武漢：湘潭大學，第 29 卷第 5 期，頁 86。

督。勞動關係的直接處理權利，主要由勞動關係主體雙方按照市場規則，運行市場機制自行決定。勞動力的供需、流動，勞動關係的建立、變更、終止及勞動關係存續期間的各項事務、各個環節，都通過市場機制來調控。勞動關係的運行形成由政府、雇主和勞動者三方代表平等協商的局面。

(四)勞動關係規範的法制化：市場經濟本質上是法制經濟。在市場經濟條件下，勞動關係在構成、運行、處理等方面全部實行法制化，法律原則、法律方式是規範勞動關係的主要依據。法制化的標誌是：勞動法律關係基本形成，以勞動法為基本法建立調整勞動關係各個方面的法律規範。勞動關係的建立以法律為依據，勞動關係的變更及勞動關係雙方的糾紛處理也依法進行。勞動關係各個領域都有完備的法律制度，調整勞動關係所達到的具體標準是法律規定的全部內容。勞動關係規範法制化的最終發展目標，是實現各種類型勞動關係之間勞動標準、勞動條件及運行規則的統一、合理和公平。

## 第二節 勞動合同制度在中國大陸之歷史演進與勞動法體系內的地位

### 第一項 勞動合同制度之歷史演進

#### (一) 固定工制度形成與發展<sup>34</sup>

固定工制度是伴隨中國大陸社會主義對勞動力招收和調配所建立和發展出來的。在中華人民共和國建國初期，為解決大量失業問題，1950年5月國務院頒布《關於救濟失業工人的指示》，規定在招雇新工人和職員時，由當地勞動部門設立勞動介紹所統一介紹。並且還規定，公營、私營企業需要雇用技術員工，都要向勞動介紹所申請，由勞動介紹所統一介紹。於是，產生了全國統一的勞動力介紹制度。

<sup>34</sup> 李彥銳，1986，〈中國大陸勞動合同制度之研究〉，國立政治大學勞工研究所碩士論文，頁27-28。

1950年5月政務院頒布《關於勞動就業問題的指示》，指出勞動力要由統一介紹向統一調配過渡。並規定：國營、民營工商企業需要雇用工人、職員時，需要預先提出所需要人員條件和待遇報勞動部門，由勞動部門所屬勞動力調配機構統一介紹，並在指定的失業人員中選擇。不經批准，各單位不得隨意招用工人職員。新建、擴建的工礦企業，需要增加勞動力，應提出年度、月度、季度增加勞動力計畫，報勞動部門提配。此後，勞動力統一招收和調配制度又擴大到建築業、工礦企業和交通運輸業各個部門。

1955年，中國大陸中央確定對勞動力招收和調配實行「統一管理、分工負責」的原則，明確規定招工必須經過勞動部門批准才能進行，實際上取消了企業、事業自行招工的權力，將招工的權利集中於勞動部門。而且國家包下來的職工範圍不斷擴大，不僅包括建國初期資本主義企業職工與國民黨軍政人員，而且對1956年資本主義工商業社會主義改造後的公私合營企業職工也包了下來。高等學校和中等專業學校、技工學校的畢業生，也由國家統一分配工作，復員軍人亦由國家統一安置。這些統一安置與分配人員都成為用人單位的固定工，不許隨便辭退。至此，中國大陸以固定工為主，令企業、事業單位用人能進不能出的雇用制度便完全形成。

1978年12月召開的中國共產黨第十一屆三中全會，全面糾正了文化大革命及以前左傾的路線，確定黨的工作轉移到社會主義建設上來，推動建立在結構協調和經濟效益上的經濟成長。隨著經濟體制改革的逐漸深化，日益凸顯出固定工制度的僵化與不合理。由於在固定工制度下，勞動者無法選擇適合自己的工作，用人單位更無法選擇適合的勞動者任職或調動職工職務，導致人浮於事、效率低下，形成大量的人力資源浪費現象，嚴重阻礙經濟的發展。因此，中共遂開始

致力於用工制度的改革，以配合國家經濟體制之轉變與發展。<sup>35</sup>

## (二)由固定工制度轉變為勞動合同制

中國共產黨十一屆三中全會中，確定了經濟改革路線，強調推動建立在結構協調和經濟效益基礎之上的經濟成長，亦即否定了原有不以效益為前提的統包統配制度。1981年10月7日，中國大陸中央、國務院在《關於廣開門路、搞活經濟、解決城鎮問題的若干決定》中指出：「目前國營企業的一大弊病，就是大鍋飯、鐵飯碗，要逐步改革國營企業的經濟體制和勞動制度」。六屆人大政府工作報告中也指出：要逐步改革勞動制度，做到能進能出，能上能下，擇優錄用，選賢任能，在國家計劃指導下，靈活調節社會勞動，促進人才的成長和合理使用。

36

根據上述的原則，中國大陸相關部門進行了勞動用工制度的改革，一方面對新招收的勞動者施行勞動合同制，另一方面對原有的固定工制度進行相應的改革，最後的目標則是完全打破以往統包統配的就業政策，破除妨礙勞動力在不同所有制之間流動的身分界限，達到企業自主用人，勞動者自主擇業、自主流動，勞動力供求主體之間通過公平競爭、雙向選擇建立勞動關係。並將勞動關係的建立、規範和終止，納入法制化軌道，以勞動合同為建立勞動關係基本方式，通過勞動關係雙方自我調節與政府適當干預，實現勞動關係相對和諧與穩定。<sup>37</sup>

但由於中國大陸地域遼闊，各地經濟發展水平差異極大，改革的基礎條件更是大不相同，所以，建立現代化勞動力市場，不可能在全中國大陸一下做到。因此，國家推行勞動制度改革，便從推行勞動體制區域綜合配套改革著手，以城市

<sup>35</sup> 湯樹榮、習龍生主編，1994，《勞動法實務全書》，北京：中國工人出版社，頁339-340。

<sup>36</sup> 湯樹榮、習龍生主編，參照前註35，頁341-342。

<sup>37</sup> 李伯勇，1994，〈深化勞動體制改革、發展勞動力市場〉，收於張左己主編，《中國勞動體制改革研究》，北京：中國勞動出版社，頁2-6。

為依託，逐步推進勞動體制各項改革，以在重點和難點問題上取得突破。<sup>38</sup>

因此，勞動合同制度的推行方式，係由點至面逐步進行。1980 年首先在上海進行了勞動合同制的試點，隨後又推行到北京、廣西等部份地區，試行的範圍也不斷擴大。1982 年 2 月，勞動人事部發布了《關於積極試行勞動合同制的通知》，1986 年 7 月，國務院發布了《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》、《國營企業職工待業保險暫行規定》等四項暫行規定，並於同年 10 月 1 日起實行。1992 年勞動部更進一步發布《關於擴大試行全員勞動合同制的通知》，在各省、自治區、直轄市以及計劃單列市選擇一、二個縣市為區域性試點，試行全員勞動合同制。

至於在外商投資企業方面，早在 1980 年國務院公佈施行的《中華人民共和國中外合資經營企業勞動管理規定》第二條中即規定應以勞動合同規範勞動關係，1988 年施行的《中外合作經營企業法》第十三條<sup>39</sup>與《外資企業法》第十二條<sup>40</sup>亦有同樣規定，《勞動法》與 1994 年 8 月 11 日發布的《外商投資企業勞動管理規定》，再一次強調透過勞動合同規範勞動關係的原則，因此中國大陸對外商投資企業的用工制度，自始即是採取勞動合同制，在此一方面並無如全民所有制企業所面臨的改革用工制度難題。<sup>41</sup>

自 1986 年《國營企業實施勞動合同制暫行規定》頒布以來，固然改變國家統包配的作法，允許國有企業內勞動力實行雙軌制，但隨著市場經濟的發展，勞動力雙軌制的弊端也逐漸暴露出來，許多國有企業完全將經濟效益的提高建立在

<sup>38</sup> 李伯勇，參照前註 37，頁 7。

<sup>39</sup> 參照《中外合作經營企業法》第十三條：「合作企業職工的錄用、辭退、報酬、福利、勞動保護、勞動保險等事項，應當依法通過訂立合同加以規定。」

<sup>40</sup> 參照《外資企業法》第十二條：「外資企業雇用中國職工應當依法簽定合同，並在合同中訂明雇用、解雇、報酬、福利、勞動保護、勞動保險等事項。」

<sup>41</sup> 李彥銳，參照前註 34，頁 30。

臨時工與合同工的運用下，而對固定工的工作效益問題卻束手無策，造成同一企業內「有人站著幹，有人坐著看」的不合理現象，並使得企業內經濟效益問題無法突破，迫使國家必須再做進一步的勞動體制改革。<sup>42</sup>

1994年7月5日第八屆全國人民代表大會常務委員會第八次會議通過的《中華人民共和國勞動法》，是一部跨越各種所有制的勞工法律。《勞動法》的適用範圍包括中華人民共和國境內的企業、個體經濟組織、國家機關與社會團體。其中更對勞動合同與集體合同作了專章之規定，強調「建立勞動關係應當訂立勞動合同」，並對勞動合同內容、解除要件等等均作了規範。

勞動部並於1994年及1995年分別頒布了與《勞動法》配套規章，這些配套規章整理如下表(表2-1)：

(表2-1) 1994年及1995年分別頒布之《勞動法》配套規章<sup>43</sup>

1994年勞動部頒布了17種與《勞動法》配套的規章
《勞動部關於實施最低工資保障制度的通知》、《職業指導辦法》、《企業經濟性裁減人員規定》、《勞動監察員管理辦法》、《農村勞動力跨省流動就業管理暫行規定》、《企業職工患病或非因工負傷醫療期規定》、《違反和解除勞動合同的經濟補償辦法》、《集體合同規定》、《工資支付暫行規定》、《就業訓練規定》、《未成年工特殊保護規定》、《礦山安全監察員管理辦法》、《礦山建設工程安全監督實施辦法》、《關於企業實行不定時工作制和綜合計算工時工作制的審批辦法》、《企業職工生育保險試行辦法》、《職業培訓實體管理規定》、《違反〈中華人民共和國勞動法〉行政處罰辦法》
1995年勞動部頒布與《勞動法》配套的規章
《違反〈勞動法〉有關勞動合同規定的賠償辦法》、《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》

<sup>42</sup> 谷書堂、李鋒，1994，〈勞動力市場配置——國有企業勞動就業制度改革的方向〉，《經濟縱橫》，(07)：1-4。

<sup>43</sup> 由筆者自行整理編製。

《勞動法》第 106 條規定：「省、自治區、直轄市人民政府根據本法和本地區的實際情況，規定勞動合同制度的實施步驟，報國務院備案。」勞動部發出的〔1994〕360 號《關於全面實行勞動合同制》函中進一步指出「具有較好改革環境和基本具備實施條件的地區，如廣東、海南、福建、上海、浙江、北京、山西、吉林、山東、河南、四川等省(直轄市)應於 1995 年全面實施勞動合同制度。天津、遼寧、河北、湖南、湖北、廣西、江西、甘肅、寧夏等省(自治區、直轄市)到 1995 年底，應有 80%以上企業和職工實施勞動合同制。正在積極創造條件的其他省要力爭在 1996 上半年全面實施勞動合同制。到 1996 年底，除個別地區和少數特殊情況的企業外，應基本在全國範圍內實施勞動合同制度。」至此，勞動合同已取代固定工制度，逐步成為中國大陸既定規範勞動關係的主要工具。<sup>44</sup>

## 第二項 勞動合同制度在勞動法體系內的地位

從立法形式來說，在傳統計劃性經濟國家，強調勞動力供給和使用上的計劃性、穩定性，強調國家的管制，因此相對而言對勞動合同比較不重視，一般沒有單獨的勞動合同法律，而是把勞動合同作為勞動法規範的一個部份，把有關於勞動合同的法律規定列為整個勞工法典的一章或一篇，例如原共產主義國家中的《蘇俄勞工法典》第二章、《匈牙利勞工法》第三章、《保加利亞勞工法典》第二篇、《波蘭勞工法典》第二篇等都是規範勞動合同的。<sup>45</sup>而中國大陸在經濟改革之前，對勞動力嚴密控制使用，甚至完全採取勞動力統包統配，而沒有個人選擇職業機會，自然更無勞動合同概念存在的必要。

勞動合同立法的一個重要依據來自於資本主義國家所重視的「契約」觀念。由於建立強調法治觀念的社會主義法制體系為中國大陸建立社會主義市場經濟所必須具備之要件，而在市場經濟體制中，規範一般民事活動當事人雙方權利義

<sup>44</sup> 李彥銳，參照前註 34，頁 31。

<sup>45</sup> 關懷、趙履寬主編，1994，《中華人民共和國勞動法實務全書》，北京：經濟日報出版社，頁 201。

務時，基於當事人意思自主原則，必須透過契約的訂立來釐清當事人權利義務關係。勞動力市場亦然，理論上勞動力市場主體應該是相互獨立、法律地位平等的個人，任何人均不得將自己的意志強加於對方以迫使其接受自己的條件。勞動關係形成與內容亦應該由當事人基於平等地位協商決定之，而透過勞動合同規範表現。當事人雙方就各項勞動內容逐一磋商形成合意而訂立勞動合同，勞動合同不僅可以明確當事人權利義務關係，更是日後發生勞資爭議判斷有無理由之依據。因此形成勞動關係的最基本形式就是勞動合同。在現代市場經濟中，合同關係是最基本的法律關係。勞動力市場主體的一切活動都應該透過勞動合同約定來進行，沒有勞動合同存在將使當事人雙方權利義務關係無從界定，從而影響勞動力市場的正常運行。<sup>46</sup>

為規範勞動關係以及與勞動關係有密切關連的一些關係而架構了勞工法律體系，勞動合同制度屬於這個勞工法律體系中一環，與其他勞工法律有著極為密切無法分割的關係。在資本主義國家中，勞工法一方面承襲私法原則，有相當程度私法自治的意味，勞動契約即屬於自治性規範，但勞動關係同時又受到社會連帶原則的制約，有不少公法上的監督；另一方面透過工會締結團體協約，也對勞動契約發生拘束力，因此形成規範體系上的複雜性，依照台灣學者的分析，其間大致有五種關係<sup>47</sup>，由於中國大陸近年來所為符合市場經濟所致力架構的勞動法律體系，基本上採自大陸法系國家，因此就此觀察中國大陸勞動法律之間關係亦頗為適當，這些關係分析如下：

(一)補充關係：具有自治性規範的勞動合同，其內容一方面必須受到《勞動法》與其他相關法律勞動條件最低基準的制約，另一方面勞動關係如有未以勞動合同約定之處，則得以工作規範加以補充。

<sup>46</sup> 黎建飛，1994，〈簡論社會主義市場經濟體制下的勞動法律關係〉，收於張左己主編，《中國勞動體制改革研究》，北京：中國勞動出版社，頁 248。

<sup>47</sup> 黃越欽著，2006，《勞動法新論》，台北市：作者自刊，頁 56。



(二)基礎關係：國家制定的勞動基準性質立法有最低標準作用，但並不排除高於勞動基準性質立法所定的勞動條件，因此勞動基準性質的立法即成為勞動合同或集體合同的基礎。

(三)指導關係：勞動合同只是個別勞動者與雇主之間的合同，但在內容上往往受集體合同的影響，因此集體合同對勞動合同具有指導作用。

(四)滲透關係：自治性規範之間有時並無明確界限，例如安全生產法令體系雖然是國家制定的法律，但工作場所內約束勞動者的安全守則卻常常是由機器製造廠商或用人單位制定，卻為國家法律所允許。

(五)衝突關係：自治性規範與國家法規範常常會發生衝突，一般而言，國家法律為保護勞動者制定的法律大多屬於強行法，而當事人自治性規範屬於任意法，一旦有所衝突，依據法理，任意法違反強行法應屬無效，但在勞工法中，強行法之違反並不當然無效。由於現代勞工法制對勞動者之保護特別強調，因此在強行法違反時，仍需視其結果是否對勞動者有利而定其效果，如果不利時當然無效，但對勞動者有利時則為有效，即所謂相對強行法的觀念。

在中國大陸，勞動合同制度是社會主義市場經濟中勞動法律體系的基礎。不僅是用以規範個別勞動關係的依據，更是作為一個取代原有固定工制度，以符合經濟改革需求的新用工制度。因此勞動合同在中國大陸不僅有規範個別勞動關係功能，更是配合經濟改革下所極力推動，主要規範勞動關係的工具。因此，勞動合同制度在中國大陸勞動法律體系中所佔有的地位，不僅是規範個別勞動關係的工具，更是在用工制度的改變下作為規範勞動關係的主要工具。

### 第三節 中國大陸勞動合同法之制定背景與立法發展

#### 第一項 勞動合同法之制定背景

勞動關係是基本的社會關係。勞動合同是勞動關係的媒介，又是用人單位和勞動者的權利和義務的依據。中國大陸的勞動合同制度是隨著經濟體制改革不斷深化而逐步建立發展起來的。1986 年以前，勞動合同制度開始試行時，只適用於國有企業招用的臨時工；1986 年國務院頒布《國營企業實行勞動合同制暫行規定》以後，進一步適用於國有企業新招用的職工；直到 1994 年頒布《勞動法》後，才逐步推廣到各種企業的全體職工，實行「全員勞動合同制」。1994 年 7 月全國人大常委會制定的《中華人民共和國勞動法》確立了與社會主義市場經濟體制相適應的勞動合同制度，十多年的實踐證明，勞動合同制度的確立，對於破除計劃經濟體制下行政分配式的勞動用工制度，建立與社會主義市場經濟體制相適應的用人單位與勞動者雙向選擇的勞動用工制度，發揮市場在勞動力資源配置中的基礎性作用。<sup>48</sup>

近幾年來，隨著工業化、城鎮化和經濟結構調整進程加快，企業制度改革不斷深化，企業形式和勞動關係日趨多樣化，勞動用工領域出現了一些新情況、新問題，勞動者合法權益受到侵害的現象時有發生，在一些地區、行業和單位甚至相當嚴重，影響了勞動關係的和諧穩定。帶有一定普遍性的問題主要有以下四個：

(一)勞動合同簽訂率低，出現勞動爭議時勞動者的合法權益得不到有效保護

<sup>49</sup>：據 2004 年抽樣調查統計，在單位就業人員中，勞動合同平均簽訂率與 2002 年相比降低了近 10 個百分點。特別是建築業、餐飲服務業勞動合同簽訂率較低，

<sup>48</sup> 田成平，參照前註 13，頁 420。

<sup>49</sup> 胡光寶，2007，〈全國人民代表大會法律委員會關於《中華人民共和國勞動合同法(草案三次審議稿)》審議結果的報告—2007 年 6 月 24 日在第十屆全國人民代表大會常務委員會第二十八次會議上〉，《中華人民共和國全國人民代表大會常務委員會公報》，(05)：432。。

在 40% 左右，農民工勞動合同簽訂率在 30% 左右<sup>50</sup>。2005 年全國人大常委會在勞動法執法檢查中發現，中小型企業和非公有制企業的勞動合同簽訂率不到 20%，個體經濟組織的簽訂率更低<sup>51</sup>。即使在東南沿海經濟發達地區，非公有制經濟組織的勞動合同簽訂率也很低。有些企業只與管理人員、技術人員簽訂勞動合同，而不與一線工人簽訂勞動合同。勞動合同簽訂率低的原因很複雜。許多用人單位不願簽訂勞動合同，主要是爲了降低用工成本，逃避繳納社會保險費和解雇工人的法律責任。有些勞動者不敢提出簽訂勞動合同的要求，主要是在勞動力供大於求的形勢下，勞動者處於弱勢。用人單位不與勞動者簽訂書面勞動合同，使得雙方是否存在勞動關係都難以確認，建立在勞動關係基礎上與勞動關係相關的勞動者工資報酬權利、參加工會組織和參與集體協商的權利、解除合同的經濟補償權利、社會保險權利等等，都得不到有效的保障<sup>52</sup>。在沒有勞動合同的情況下，一旦出現勞動爭議，勞動者就很難主張自己的權利；即使申請仲裁、提出訴訟，由於缺乏有力的證據，他們的合法權益也往往得不到有效保護。

(二) 勞動合同短期化，勞動關係不穩定<sup>53</sup>：勞動關係和諧穩定是社會和諧穩定的重要基礎。據有關調查，到 2005 年，全國勞動合同期限以短期合同爲主，簽訂 3 年以下的占 60% 左右；簽訂無固定期限的僅占 20%<sup>54</sup>。勞動合同短期化的主要原因是用人單位試圖通過短期勞動合同，最大限度地自由選擇勞動者，並減少因解除勞動合同而應向勞動者支付的經濟補償。有些企業花最低的用工成本使用工人最有活力的「青春期」。這種狀況不僅損害了勞動者的合法權益，也影響了勞動者的職業穩定感和對企業的歸屬感，影響了他們爲企業長期服務的工作熱情。勞動合同法草案向社會公開徵求意見過程中，許多勞動者反映，每年他們都

<sup>50</sup> 芮立新，2007，〈勞動合同立法的宗旨、背景及主要制度〉，《中國勞動》，(7)：17。

<sup>51</sup> 何魯麗，2006，〈全國人大常委會執法檢查組關於檢查《中華人民共和國勞動法》實施情況的報告—2005 年 12 月 28 日在第十屆全國人民代表大會常務委員會第十九次會議上〉，《中華人民共和國全國人民代表大會常務委員會公報》，(01)：84。

<sup>52</sup> 芮立新，參照前註 50。

<sup>53</sup> 胡光寶，參照前註 15。

<sup>54</sup> 芮立新，參照前註 50。

要為勞動合同到期時還能不能續簽而擔憂，一旦不能續簽，個人及其家庭生活將會陷入困境。正反兩面的經驗都證明：勞動合同短期化，不僅損害勞動者的合法權益，企業自身發展也最終會受到影響。在現實生活中，有些勞動者因不能從企業的發展中受益而產生與企業的對立情緒，有的在遭受挫折、滿心焦慮的情況下甚至做出損害企業利益的行為。由此可見，解決勞動合同短期化的問題，有利於勞動關係的穩定和諧，這不僅關係到勞動者的切身利益，也關係到企業的長遠發展。<sup>55</sup>

(三)用人單位利用本身在勞動關係中的強勢地位侵犯勞動者合法權益<sup>56</sup>：勞動力供大於求是中國大陸目前存在而且會長期存在的狀況。在這個背景下，用人單位利用其在勞動關係中的強勢地位侵犯勞動者合法權益的現象時有發生。例如：

(1) 用人單位濫用試用期<sup>57</sup>：按照現行法律規定，職工在試用期內達不到錄用條件，用人單位可以隨時解除勞動合同，並且不用支付經濟補償金。另外，由於試用期間職工的工資待遇相對較低，有的用人單位，特別是生產經營季節性強的中小型企業，在生產旺季大量招用員工，規定較長的試用期，而在試用期結束前，以所謂的勞動者達不到錄用條件為由解除勞動合同，變相盤剝勞動者。<sup>58</sup>

(2) 勞動合同內容不明確或違法<sup>59</sup>：有些用人單位雖與勞工簽訂勞動合同，但勞動合同的內容卻模糊不清或涉及違法。例如許多勞動合同雖然有勞動報酬的條款，但沒有寫明具體數額；有的僅規定勞動者的義務和用人單位的權利；有的甚

<sup>55</sup> 楊景宇，2007，〈廣泛宣傳、認真學習、切實貫徹實施勞動合同法〉，《思想理論教育導刊》，(12)：4-5。

<sup>56</sup> 田成平，參照前註13。

<sup>57</sup> 田成平，參照前註13。

<sup>58</sup> 芮立新，參照前註50。

<sup>59</sup> 田成平，參照前註13。

至規定「生老病死都與企業無關」、「發生事故企業概不負責」等違法條款；有些用人單位簽訂勞動合同卻不與勞動者協商，甚至只讓勞動者在空白勞動合同上簽字。<sup>60</sup>

(3)最低工資保障制度沒有得到全面執行，拖欠工資現象仍時有發生<sup>61</sup>。據 2005 年 4 月的抽樣調查顯示，12.7%的職工工資低於當地最低工資標準。一些企業隨意調高勞動量定額、降低計件單價，使勞工在 8 小時的工作時間內根本無法完成勞動定額任務，變相違反最低工資規定。個別地方的最低工資標準偏低，不足以保障勞動者的基本生活需求。有些地方的用人單位拖延、剋扣工人工資的問題仍然嚴重。2004 年全國勞動保障監察部門查處的各類案件中，剋扣和拖欠勞工工資的比例占總結案數 41%<sup>62</sup>。此外依據檢查組問卷調查顯示，在 2004 年中，有 7.8%的員工被拖欠過工資，工資平均被拖欠 3.2 個月，每人平均被拖欠工資的金額是 2184 元人民幣，問題嚴重的省市甚至高達 16.1%的職工被拖欠過工資，一些國營企業也曾發生拖欠職工工資的問題。<sup>63</sup>

(4) 超時勞動現象普遍與勞動條件惡劣<sup>64</sup>：不少企業違反《勞動法》規定，要求勞動者超時加班，並且不給付加班費，特別是一些生產季節性強的企業，勞動者每天工作長達十幾個小時。部分用人單位自行將「四班三運轉」改為「三班三運轉」<sup>65</sup>，使得勞動者很少有正常的休息日。一些企業的設備陳舊、工作環境差，勞動者直接受到粉塵、噪音、高溫甚至有毒有害物質的危害，工傷事故經常發生，

<sup>60</sup> 何魯麗，參照前註 51。

<sup>61</sup> 胡光寶，參照前註 15，頁 426。

<sup>62</sup> 中華人民共和國國家統計局編，10-1 勞動保障監察案件結案情況，2005 中國勞動統計年鑑，北京：中國統計出版社，頁 534。

<sup>63</sup> 何魯麗，參照前註 51。

<sup>64</sup> 胡光寶，參照前註 15，頁 426。

<sup>65</sup> 「三班三運轉」是指將 24 工時分為三個時段分別為早、中和晚班，而由三組勞工分別於三個時段服勞務，此類固定輪班的方式，在換班之際容易使勞工的身體產生負荷，尤其是連續上一個星期晚班的勞工，到週末輪換時，僅僅休息 16 小時就必須上中班，長期疲勞得不到解除，對工人的健康影響很大。而「四班三運轉」的輪班制度，就是在原三組勞工的基礎上，增設一組人馬，在早、中和晚三班輪流換班過程中，始終有一個組勞工處於休息狀態，以保證工作後的充分休息。

職業病的危害嚴重。<sup>66</sup>

(5) 用人單位隨意設立違約金，限制了勞動者的擇業自由和勞動力的合理流動。《勞動法》對勞動合同中約定違約金條款沒有作出具體規定。因此，一些用人單位爲了留住勞動者，尤其是留住技術人才，不是從提高待遇、改善用工環境等方面著手，而是在勞動合同中約定勞動者單方解除勞動合同的高額違約金，致使勞動者因無力支付違約金而不能離開用人單位。這種做法實際上是剝奪了勞動者自由擇業的權利。<sup>67</sup>

(四) 欠缺勞務派遣用工機制<sup>68</sup>：近幾年來，勞務派遣用工形式發展迅速，各種勞務派遣機構大量涌現。根據中國大陸全國總工會的統計，2007 年在公有制企業、事業單位和機關、團體中有勞務派遣工 2500 萬人左右。由於缺乏法律規範，勞務派遣中存在不少問題。有的用人單位爲了壓低勞動成本，以「用工制度改革」的名義，把原先的職工轉爲勞務派遣工，通過自設的勞務派遣機構再派遣到原職位工作，工資待遇卻比原工資待遇降低很多，不能享受同工同酬的權利。有的用人單位大批解雇原有職工，待空出職位後再大量使用勞務派遣工，規避對原有職工的法定義務。有的勞務派遣單位從勞務派遣工的工資中提取高額管理費，甚至剋扣、拖欠他們的工資，也不幫他們繳納社會保險等費用。<sup>69</sup>

上述問題已經嚴重影響到勞動關係的和諧穩定。近幾年來，勞動爭議案件和因勞動糾紛引發的群體性事件呈不斷上升的趨勢。中國大陸勞動保障部的統計顯示，1995-2006 年的 12 年中，勞動爭議案件數量增加 13.5 倍；集體勞動爭議也大

---

<sup>66</sup> 何魯麗，參照前註 51。

<sup>67</sup> 芮立新，參照前註 50。

<sup>68</sup> 胡光寶，參照前註 15，頁 427。

<sup>69</sup> 楊景宇，參照前註 55，頁 5。

幅度增長，12 年中的集體勞動爭議案件數量增加 5.4 倍。<sup>70</sup>為了解決這些問題，在根據過往實踐經驗的基礎上制定勞動合同法，完善勞動合同制度，合理規範勞動關係，是需要的。

## 第二項 勞動合同法之立法沿革

### 第一款 勞動合同法之立法歷程

在計劃經濟體制下，中國大陸遵循國家、企業和個人利益高度一致的理念，企業是國家行政部門的附屬物，實行以固定工為主的用工制度和方式，國家對企業職工實行統包統配，即統一計畫招收、統一分配安置就業、統一制定和調整工資分配及保險福利政策。因此，勞動關係的建立受到國家計劃經濟和相關政策的嚴格制約，具有固定、單一、行政化的特點。20 世紀 80 年代初，中國大陸一些地區和企業開始對勞動、工資和社會保險制度進行改革探索。1986 年，中國大陸國務院頒佈了《國有企業實行勞動合同制度暫行規定》，第一次以立法形式規定國有企業對新招職工實行勞動合同制度。固定用工和合同用工兩種制度開始在企業並存，老職工沿襲固定工制度，新招工人實行勞動合同制，勞動力市場配置機制和行政配置機制同時對勞動關係發生作用。1994 年頒佈的《中華人民共和國勞動法》第十六條規定：「勞動合同是勞動者與用人單位確立勞動關係、明確雙方權利和義務的協議。建立勞動關係應當訂立勞動合同。」，以法律的形式確立企業實行全員勞動合同制度，這是勞動合同立法的第二次突破。今天，無論是國有、集體企業，還是私營、外資等其他性質的企業，企業與勞動者之間都必須通過簽訂勞動合同建立勞動關係，基於勞動合同產生的新型勞動關係逐步取代了國有企業的終生就業關係，市場機制對勞動合同關係的運行逐漸起著支配作用。

《勞動法》實施以來，中國大陸勞動關係的發展更加多元化和複雜化，經濟全球化帶來的競爭壓力以及中國大陸勞動力市場供求長期失衡的狀況，使得勞資雙方的談判、要價能力存在顯著差別，勞動者對工作崗位和企業的依賴程度遠遠高於

---

<sup>70</sup> 楊景宇，參照前註 55，頁 5。

企業對勞動者的依賴程度，導致有的企業用工不簽合同、濫用試用期、濫用勞務派遣形式，合同短期化趨向突出，勞動者缺乏就業保障。爲了保護勞動者的合法權益，規範用人單位與勞動者訂立和履行合同的行爲，中國大陸制定了《中華人民共和國勞動合同法》，這是一部專門針對勞動合同制度的立法，是中國大陸勞動合同立法的第三次突破。<sup>71</sup>

## 第二款 勞動合同法之立法爭論

在勞動合同立法過程中，關於立法宗旨，勞動法學界出現了所謂「雙保護」和「單保護」之爭。所謂「單保護」，是指「保護勞動者合法權益」；所謂「雙保護」，是指「保護勞動者和用人單位合法權益」<sup>72</sup>。有學者認爲立法必須在「雙保護」與「單保護」之間做出選擇<sup>73</sup>。有學者認爲，勞動合同立法發生了所謂從「雙保護」到「單保護」，從民法調整到社會法調整的變化<sup>74</sup>。

幾位人大常委會委員提出了「雙保護」觀點。例如，曾憲梓在《勞動合同法(草案)》進行第3次審議的時候，認爲「勞動合同是由勞資雙方簽訂的，既應該保護勞動者的利益，也應該保護僱傭勞動者的人的利益。我們制定《勞動合同法》，就應該兼顧各方的利益，保護各方的權益。」倪嶽峰委員也建議「在草案第一條的立法目的中將『保護勞動者的合法權益』改爲『保護勞動者和用人單位的合法權益』。」厲無畏在接受媒體採訪時也表示，《勞動合同法》一是要保護勞動者，二是要保護企業。保護了企業也就是保護了勞動者，企業的權益無法保障，勞動者的最終權益也無法保障。<sup>75</sup>

主張所謂「單保護」觀點的多見於勞動法學研究者，最主要的代表是王全興。

<sup>71</sup> 程延園，2006，〈勞動合同立法：尋求管制與促進的平衡〉，《中國人民大學學報》，(5)：79-80。

<sup>72</sup> 董保華，2007，〈論勞動合同的立法宗旨〉，《現代法學》，(06)：69。

<sup>73</sup> 王全興，2006，〈勞動合同立法爭論中需要澄清的幾個基本問題〉，《法學》，(09)：19-22。

<sup>74</sup> 常凱，2006，〈關於《勞動合同法》立法的幾個基本問題〉，《當代法學》，(06)：32。

<sup>75</sup> 董保華，參照前註72，頁69-70。



他認為：任何一部法律或一個法律部門，對所調整的社會關係的各方當事人都會保護其合法權益，但在立法目的條款中有的作「雙保護」表述，有的作「單保護」表述。前者如《合同法》第1條中「保護合同當事人的合法權益」的規定，這意味著給雙方當事人以同等力度的保護，即平等保護；後者是將保護某方當事人合法權益在立法目的條款中作明確表述，而將保護他方當事人合法權益的精神蘊含於其他條款中，如《擔保法》第1條中「保障債權的實現」、《消費者權益保護法》第1條中「保護消費者的合法權益」、《勞動法》第1條中「保護勞動者的合法權益」，《刑法》第1條和《刑事訴訟法》第1條中「懲罰犯罪，保護人民」。這只是表明偏重或傾斜保護某方當事人的合法權益，即對某方當事人的保護力度相對較大，並不意味著只保護某方當事人而不保護他方當事人。勞動法區別於民法的根本標誌是，勞動法基於勞動關係中勞動者是相對弱者的假設，在保護雙方當事人合法權益的同時，偏重保護勞動者合法權益，故立法目的條款中作「單保護」表述；民法基於平等主體的假設，對當事人雙方的合法權益給予平等保護，故立法目的條款中作「雙保護」表述。<sup>76</sup>關懷認為《勞動合同法》是《勞動法》範疇中的單獨產，是《勞動法》法律體系的組成部分，當然其立法宗旨應與《勞動法》相一致，應當明確提出根據《勞動法》制定本法。在1994年頒布的《勞動法》第1條中規定：「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，根據憲法，制定本法。」既然《勞動法》開宗明義地提出「為了保護勞動者的合法權益」為其立法宗旨，當然作為勞動法法律體系的《勞動合同法》亦應以保護勞動者合法權益作為立法宗旨。<sup>77</sup>

董保華認為現行勞動法是以合同化與基準化相結合的立法模式為依據來確定其立法宗旨的，必然從「傾斜立法」的視角來概括「保護勞動者的原則」。1994

<sup>76</sup> 王全興，參照前註73，頁20。

<sup>77</sup> 關懷，2005，〈《勞動合同法》與勞動者合法權益的保護〉，《法學雜誌》，(05)：8。

年公布的《勞動法》第 1 條以顯性的方式提出保護勞動者，同時通過強調「調整勞動關係」、「適應社會主義市場經濟的勞動制度」；以隱性的方式提出保護用人單位，應當將其概括為「傾斜立法」。國家只是以基準法的方式為勞動關係確定底部，留出當事人的協商空間，並保障雙方當事人的平等協商。董保華在 1992 年率先將「保護勞動者」原則概括為「傾斜保護」，並於 1993 年依據這樣的指導思想參加了《勞動法》的論證和起草；在《勞動法》公佈後的一系列著作中，更有詳盡論述。「傾斜保護」也漸成勞動法界的通論。很多人以為「傾斜保護」與「單保護」是一回事。有人支持單保護原則，其理由是：「勞動法的立法宗旨突出維護勞動者合法權益。勞動合同制度是勞動法的核心，勞動合同法自然屬於勞動法，其立法宗旨當然要以勞動法為準，體現對勞動者的傾斜保護，而不是在形式上公平維護當事人雙方的合法權益。」勞動法的立法宗旨確實是「傾斜保護」，但絕不是什麼「單保護」。傾斜保護作為勞動法的基本原則由「保護弱者」和「傾斜立法」兩方面構成，分述如下：<sup>78</sup>

一是「保護弱者」。就「保護弱者」而言，勞動法以一種特殊的標準衡量當事人的地位及分配利益。這些特殊的標準源於社會弱者的「身份」認定，是以特殊身份來決定利益的分配，使這種分配結果有利於具有「弱勢身份」的一方。表面看來，社會法似乎實行了一種「不平等」的「差別待遇」，其實這種「不平等」是針對社會關係本身存在的「不平等」；在社會法領域中，我們看到的都是勞動者、消費者、環境汙染受害者、婦女、老人、未成年人、殘疾人這樣的弱勢群體。「保護弱者」的原則正是通過傾斜對於失衡的社會關係作出的必要矯正，來緩和這種實質上的不平等。這是另一種意義上的法律平等，即「實質平等」。

二是傾斜立法。傾斜立法將傾斜保護限定在立法上。這裏有三層涵義：首先，傾斜立法從內容上看應當集中體現在勞動基準法中，基準是指為了保障勞動者最

<sup>78</sup> 董保華，參照前註 72，頁 71-72。

起碼的勞動報酬、勞動條件而規定的最低限度的措施和要求。勞動基準法是有關勞動報酬和勞動條件最低標準的法律規範的總稱。用人單位可以優於但不能劣於基準法所規定的標準。凡集體合同、勞動合同、勞動規則(廠紀廠規)所確定的標準未達到國家規定的勞動基準的，均無法律效力。勞動基準法的內容主要包括工時、休假制度，工資保障制度，勞動安全衛生制度，女工、未成年工特殊保護制度。勞動合同法中也有相當一部分內容是屬於勞動基準法的內容。

其次，立法上可以在法律維護的利益上有所傾斜，但在司法上卻必須嚴守平等的原則；否則，如果將傾斜的重點放在司法上，由於法官「自由裁量」的尺度不同，就有可能形成新的利益分配不公。同時，賦予法官在司法上有「傾斜」的權力，也容易產生假借「公平正義」，作出恣意妄為的判決，就有可能危及正常的法治秩序。需要區別的是，有些司法制度的設計，本身是出於「保護弱者」的目的。以勞動監察制度為例，各國一般都將監察的範圍限定於雇主，而不對雇工進行監察。這是否是一種傾斜司法呢？其實這種向勞動者傾斜的司法設計，本身就是立法傾斜，在司法中仍是「法律面前人人平等」。

最後，在立法利益的分配上，也只是限定在「傾斜」上，仍給當事人的協商留出充分的餘地。《勞動法》是私法與公法相互融合產生出來的法律。有些國家的勞動法可以是純公法性的，只將基準法的內容放在勞動法規範，而將私法規範規定在民法的雇傭合同中；中國大陸法律部門的劃分是以社會領域為依據的，這一點是與國外的勞動法不同的，由此也決定了《勞動法》中應具有較強的私法因素。在中國大陸，有民法學者稱「合同之精髓是當事人自由意志之匯合」，《勞動法》並不是要放棄這一精髓。蘇明詩指出：「各個人不分強弱、賢愚，均得以自己之意思活動，而社會之利益，亦當與其成員之個人利益相一致，故自由競爭，

應為社會之最好指導原理。故個人主義與自由主義，應屬一物兩面。」<sup>79</sup>《勞動法》並不是要取消這種合同自由，而是要將這種合同自由限制在一定的範圍。《勞動合同法》在法律規範上，仍應強調任意性規範的重要性；這些任意性規範與民法相比，又有其自身的特點，受到勞動基準法中強制性規範的嚴格限制。

《勞動合同法》第1條最終的表述是：「為了完善勞動合同制度，明確勞動合同雙方當事人的權利和義務，保護勞動者的合法權益，構建和發展和諧穩定的勞動關係，制定本法。」顯然是兼顧了這兩個方面，我們不妨借用所謂「雙保護」、「單保護」的結構分析一下：「明確勞動合同雙方當事人的權利和義務」顯然是在強調用人單位與勞動者雙方各自有自己的權利義務，凡權利本身就是法律應當保護的，應算是「雙保護」的表達；「保護勞動者的合法權益」肯定應算是「單保護」的表達，如果要找一個統一的視角，那就是「傾斜立法」。《勞動合同法》的表達與《勞動法》的差異在於：《勞動法》第1條以顯性的方式提出保護勞動者，同時通過強調「調整勞動關係」、「適應社會主義市場經濟的勞動制度」，以隱性的方式提出保護用人單位；《勞動合同法》的所謂「雙保護」與「單保護」都是以顯性的方式來表達的。立法者並沒有進入學者給他們預先劃定的「雙保護」與「單保護」只能兩選一的思維中，傾斜保護的立法思路可以從以上分析中得到印證。<sup>80</sup>

#### 第四節 勞動合同法的主要內容

《勞動合同法》與以往《勞動法》就勞動合同之法定條款相較之下，主要從以下幾個方面作出了比較嚴格和全面的規定：

<sup>79</sup> 蘇明詩，1984，〈契約自由與契約社會化〉，收於鄭玉波主編，《民法債編論文選輯》上冊，頁166。

<sup>80</sup> 董保華，參照前註72，頁72-73。

(一)《勞動合同法》對企業內部規章制定機制的設立和完善提出了更高的要求，包含：1、《勞動合同法》要求用人單位必須建立勞動規章，並對直接涉及勞動者切身利益的規章制度和重大事項在制訂修改及實施過程中，從程序上予以嚴格規範，核心是民主協商與勞資共議。分兩個步驟：(1)經職工代表大會或全體職工討論，提出方案或意見；(2)與工會或職工代表平等協商確定。2、凡直接涉及勞動者切身利益之規章制度和重大事項，必須公告或告知勞動者。3、《勞動合同法》除重申用人單位違法之規章制度，造成勞動者損害時，應負賠償責任外，還規定勞動者可據此解除勞動合同，並有權要求用人單位支付經濟補償金。

(表 2-2)《勞動合同法》與《勞動法》之相關條文對照表—用人單位的規章制度<sup>81</sup>

	《勞動合同法》	勞動法與其他相關法律法規
用人單位的規章制度	<p>除重申原規定外，更詳細增加以下內容：</p> <p>1、實體方面：用人單位應當建立和完善直接涉及勞動者切身利益的規章制度(包括勞動報酬、工作時間、休息休假、勞動安全衛生、保險福利、職工培訓、勞動紀律、勞動定額管理等)。</p> <p>2、程序方面：在制訂、修改或決定上述規章制度或重大事項時，應當經過以下程序：</p> <p>(1)經職工代表大會或全體職工討論；</p> <p>(2)與工會或職工代表平等協商；</p> <p>(3)在單位內公示或告知勞動者。</p> <p>3、規章制度或重大事項實施過程中，工會或職工認為不適當的有權向單位提出，通過協商予以完善。</p>	<p>1、用人單位制訂的規章制度違反法律、法規規定的，由勞動行政部門給予警告，責令改正，對勞動者造成損害的，應承擔賠償責任。</p> <p>2、全民所有制企業的職工代表大會有權審查同意或否決企業的工資調整方案、獎金分配方案、勞動保護措施、獎懲辦法及其他重要的規章制度。</p> <p>3、《最高人民法院關於勞動爭議案件適用法律若干問題的解釋（一）》：用人單位根據《勞動法》第四條之規定，通過民主程序制定的規章制度，不違反國家法律、行政法規及政策規定，並已向勞動者公示的，可以作為人民法院審理勞動爭議案件的依據。</p>

<sup>81</sup> 由筆者自行整理編製。

	<p>4、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，勞動者可解除勞動合同，用人單位應當向勞動者支付經濟補償金。</p> <p>5、用人單位直接涉及勞動者切身利益的規章制度違反法律、法規規定的，由勞動行政部門責令改正，給予警告；給勞動者造成損害的，應當承擔賠償責任。</p>	<p>4、公司研究決定改制以及經營方面的重大問題、制訂重要的規章制度時，應當聽取公司工會的意見，並通過職工代表大會或者其他形式聽取職工的意見和建議。</p>
<p>參 考 條 文</p>	<p>《勞動合同法》第四條、第三十八條第一款第四項、第四十六條第一項、第八十條</p>	<p>《勞動法》第四條、第八十九條、《公司法》第十八條第三款、《全民所有制工業企業法》第五十二條、《最高人民法院關於勞動爭議案件適用法律若干問題的解釋（一）》</p>

(二)《勞動合同法》對勞動合同訂立提出及時、書面等具體要求，包含：1、確立勞動關係的起始點。《勞動法》將勞動關係等同勞動合同，勞動關係解除等同勞動合同解除、終止。《勞動合同法》確立以用工之日為勞動關係之起點，與勞動合同之訂立切割。未訂立書面合同，不影響勞動關係之成立，用人單位與勞動者自實際用工之日起建立勞動關係。2、《勞動法》未規範「事實勞動關係」，但實務中常出現未訂立勞動合同確有勞動關係之實際用工。為解決「事實勞動關係」問題，《勞動合同法》要求訂立勞動合同，並將勞動關係建立的起始點與簽訂勞動合同區分開來，對未簽約卻用工的用人單位課以法律責任。3、《勞動合同法》對不簽勞動合同之用人單位，不再設定行政處罰之內容，而是將用人單位之違法成本轉為勞動者的經濟利益，建立了一種用人單位的違法成本與勞動者的經濟利益掛勾的機制，既加大用人單位之成本，又提高了勞動者維權之積極性。4、《勞動合同法》對用人單位用工後未與勞動者簽訂勞動合同的，給予一個月的寬限期；超過一個月未滿一年的，懲之按月支付雙倍工資；超過一年不簽勞動

合同者，視為已簽訂無固定期限之勞動合同，以確定雙方勞動關係。5、《勞動合同法》第九十一條的規定，使用人單位在招用勞動者時，負有審查和確認勞動者是否已經終止或解除前依勞動合同之義務。

(表 2-3)《勞動合同法》與《勞動法》之相關條文對照表—勞動合同的訂立<sup>82</sup>

	《勞動合同法》	勞動法與其他相關法律法規
勞動合同的訂立	<p>1、用人單位自用工之日起與勞動者建立勞動關係。建立勞動關係應當訂立書面合同。已建立勞動合同，未同時訂立書面勞動合同的，應當自用工之日起一個月內訂立書面勞動合同。</p> <p>2、用人單位自用工之日起超過一個月未滿一年未與勞動者訂立書面勞動合同的，應當向勞動者每月支付二倍的工資。</p> <p>3、用人單位未在用工的同時訂立書面勞動合同，與勞動者約定的勞動報酬不明確的，新招用的勞動者的勞動報酬按照集體合同規定的標準執行；沒有集體合同或者集體合同未規定的，實行同工同酬。</p> <p>4、用人單位自用工之日起滿一年不與勞動者訂立書面勞動合同的，視為用人單位與勞動者已訂立無固定期限勞動合同。</p> <p>5、用人單位招用與其他用人單位尚未解除或者終止勞動合同的勞動者，給其他用人單位造成損失的，應當承擔連帶賠償責任。</p>	<p>1、建立勞動關係應當訂立勞動合同。</p> <p>2、勞動合同應當以書面形式訂立。</p> <p>3、用人單位違反本法規定的條件解除勞動合同或者故意拖延不訂立勞動合同的，由勞動行政部門責令改正；對勞動者造成損害的，應當承擔賠償責任。</p>

<sup>82</sup> 由筆者自行整理編製。

<b>參 考 條 文</b>	《勞動合同法》第七條、第十條、第十一條、第十四條第三款、第八十二條第一款、第九十一條	《勞動法》第十六條、第十九條、第九十八條
----------------------------	--	----------------------

(三)《勞動合同法》對無固定期限勞動合同做了相關規定與引導：《勞動合同法》中將勞動契約分為定期勞動契約(固定期限勞動合同)、不定期勞動契約(無固定期限勞動合同)及特約勞動契約(已完成一定工作任務為期限的勞動合同)三類。《勞動合同法》原則以規範定期勞動契約為主，但如有下列三種情況：(1)勞工與該事業單位年資滿10年以上；(2)國企單位勞工年資10年以上且距離法定退休年齡未滿10年；(3)雇主與勞工於雇用關係期滿1年內未訂立勞動契約者。則依法視為不定期勞動契約。除非勞工自願同意訂立定期勞動契約，否則應當訂立不定期勞動契約。相較於《勞動法》第二十條的規定：「勞動者在同一用人單位連續工作滿十年以上，當事人雙方同意續延勞動合同的，如果勞動者提出訂立無固定期限的勞動合同，應當訂立無固定期限的勞動合同。」，《勞動合同法》取消「雙方同意」之條件，只要符合條件的勞動者單方提出，用人單位就應當簽訂無固定期限勞動合同。不依法簽訂無固定期限勞動合同，用人單位需按月支付勞動者二倍工資，並與勞動者補訂書面勞動合同。

(表 2-4)《勞動合同法》與《勞動法》之相關條文對照表—無固定期限勞動合同<sup>83</sup>

	《勞動合同法》	勞動法與其他相關法律法規
<b>無 固</b>	1、有下列情形之一，勞動者提出或同意續定、訂立勞動合同的，應當訂立無固定期限勞動合同： (1)勞動者在該用人單位連續工作滿十年的； (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	1、勞動者在同一用人單位連續工作滿十年以上，當事人雙方同意延續勞動合同的，如果勞動者提出訂立無固定期限的勞動合同，應當訂立之。 2、依《勞動法》第二十條之規定，用人單位應當與勞動者簽訂無固定期限

<sup>83</sup> 由筆者自行整理編製。



定期 限 勞 動 合 同	<p>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的；</p> <p>(3)連續訂立二次固定期限勞動合同，且勞動者沒有本法第三十九條和第四十條第一項、第二項規定的情形，續訂勞動合同的。</p> <p>2、用人單位違反本法規定不與勞動者訂立無固定期限勞動合同的，自應當訂立無固定期限勞動合同之日起向勞動者每月支付二倍工資，並與勞動者補訂書面勞動合同。</p>	<p>勞動合同而未簽訂的，人民法院可視為雙方之間存在無固定期限勞動合同關係，並以原勞動合同關係確定雙方權利義務關係。</p>
參 考 條 文	《勞動合同法》第十四條、第八十二條第二款	《勞動法》第二十條

(四)《勞動合同法》對於經濟性裁員有新規定，並要求用人單位裁員時需分擔社會責任，包含：1、《勞動合同法》增加兩種可以裁員之情形：(1)企業轉產、重大技術革新或經營方式調整，經變更勞動合同後仍需裁員；(2)客觀經濟情況發生重大變化，致使勞動合同無法履行的。2、《勞動合同法》確立用人單位裁員的要求，即用人單位裁員人數二十人以上或占職工總數百分之十以上的，才需提前三十日向工會或者全體職工說明情況並向勞動部門報告；裁員人數不足二十人且占企業職工總數不足百分之十則無需執行前述之程序。3、《勞動合同法》新增裁員時應當優先留用人員三種類別(見表 2-5)。4、《勞動合同法》新增用人單位在六個月內重新錄用人員時，應在同等條件下優先通知、招用被裁減的人員。

《勞動法》第 27 條規定經濟性裁員事由為「用人單位瀕臨破產進行法定整頓期間或者生產經營狀況發生嚴重困難」。《勞動合同法》第 41 條進行修改和增補為以下四種經濟性裁員事由。第一，依照企業破產法規定進行重整的。2006

年《企業破產法》刪除原破產整頓的規定，引入重整制度。依據《企業破產法》第 2 條，重整原因是企業法人不能清償到期債務，並且資產不足以清償全部債務或者明顯缺乏清償能力，或者有明顯喪失清償能力的可能。《勞動合同法》第 41 條與之銜接，將重整列為經濟性裁員事由之一。第二，生產經營發生嚴重困難的。《勞動法》第 27 條規定「生產經營狀況發生嚴重困難」，這項事由因語義含糊而備受詬病，因此《企業經濟性裁減人員規定》規定「達到當地政府規定的嚴重困難企業標準」，即授權各地政府擬定具體的認定標準，而各地規定大致上分為兩類：一是《北京市企業經濟性裁減人員規定》(京勞就發[1995]56 號)、《海南省企業經濟性裁減人員實施辦法》(瓊府辦[1995]94 號)、《雲南省企業經濟性裁減人員暫行規定》(雲政辦發[1996]249 號)、《天津市企業經濟性裁減人員暫行規定》(津勞局[2001]241 號)、貴州《關於進一步規範企業經濟性裁減人員行為的通知》(黔勞社廳發[2001]57 號)、《深圳經濟特區企業經濟性裁減員工辦法》(1996 年深圳市人民政府令第 56 號)等規定，連續三年經營虧損且虧損額逐年增加，50%或 80%以上職工停工待工，連續 12 個月無力按最低生活費標準支付勞動者生活費用或連續 12 個月在崗職工工資不能按照最低工資標準支付的；另一類是《青島市企業經濟性裁減人員管理辦法》(青政發[2000]138 號)、無錫《企業經濟性裁減人員實施辦法》的通知(錫勞察[2001]8 號)等規定，用人單位元生產經營發生虧損，且採取「停止招工」、「停止加班」、「辭退勞務性用工」、「降低工資」等措施滿 6 個月或 12 個月仍然虧損且生產經營狀況無明顯好轉的。第三，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，仍需裁減人員的。這項事由屬於結構性裁員，與前兩種事由相比，用人單位具有明顯的主動性，即用人單位不一定是基於經濟上困境，而是可持續發展的戰略考量。《勞動合同法》引入這項經濟性裁員事由，微觀上具有放鬆對用人單位經營管理權管制的效果，宏觀上有助於結構調整、產業升級及增強經濟競爭力。第四，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的。因為難以窮盡經濟性裁員各種情況，立法技術上設立此種得以因

時制宜的條款。<sup>84</sup>

(表 2-5)《勞動合同法》與《勞動法》之相關條文對照表—經濟性裁員與社會責任<sup>85</sup>

	《勞動合同法》	勞動法與其他相關法律法規
經濟性裁員與社會責任	<p>1、有下列情形之一，需要裁減人員二十人以上或者裁減不足二十人但占企業職工總數百分之十以上的，用人單位提前三十日向工會或者全體職工說明情況，聽取工會或者職工的意見後，裁減人員方案經向勞動行政部門報告，可以裁減人員：</p> <p>(1)依照企業破產法規定進行重整的；</p> <p>(2)生產經營發生嚴重困難的；</p> <p>(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，仍需裁減人員的；</p> <p>(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的。</p> <p>2、裁減人員時，應當優先留用下列人員：</p> <p>(1)與本單位訂立較長期限的固定期限勞動合同的；</p> <p>(2)與本單位訂立無固定期限勞動合同的；</p> <p>(3)家庭無其他就業人員，有需要扶養的老人或者未成年人的。</p> <p>3、用人單位在六個月內重新招用人員的，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。</p>	<p>1、用人單位瀕臨破產進行法定整頓期間或者生產經營狀況發生嚴重困難，確需裁減人員的，應當提前三十日向工會或和全體職工說明情況，聽取工會或者職工的意見，經向勞動行政部門報告後，可以裁減人員。</p> <p>2、用人單位依據本條規定裁減人員，在六個月內錄用人員的，應當優先錄用被裁減的人員。</p>
參	《勞動合同法》第四十一條	《勞動法》第二十七條

<sup>84</sup> 閔海，2010，〈我國經濟性裁員的法律規制及改革〉，《學術論壇》，(02)：128。

<sup>85</sup> 由筆者自行整理編製。

考 條 文		
-------------	--	--

(五)《勞動合同法》對於約定違約金作了基礎性規範：1、《勞動合同法》規定僅能在「培訓服務期約定」和「訂有保密協議」、「競業限制」等約定條款之情形下，允許約定違約金。2、《勞動合同法》增加規定違約金之數額不得超過用人單位提供的培訓費用；對已履行部分服務期限者應當扣減違約金。例如，培訓費用總共六萬元，並約定服務期為三年，按每年分攤即為二萬元；已履行二年，則勞動者應支付之違約金為二萬元。

(表 2-6)《勞動合同法》與《勞動法》之相關條文對照表—約定違約金<sup>86</sup>

	《勞動合同法》	勞動法與其他相關法律法規
約 定 違 約 金	<p>1、除本法條第二十二條和第二十三條規定之情形外，用人單位不得與動者約定由勞動者承擔之違約金。</p> <p>2、用人單位為勞動者提供專項培訓費用，對其進行專業技術培訓的，可與勞動者訂立協議，約定服務期。勞動者違反服務期約定的，應當按照約定向用人單位支付違約金。違約金之數額不得超過用人單位提供的培訓費用。用人單位要求勞動者支付的違約金不得超過服務期尚未履行部分所應分攤的培訓費用。</p> <p>3、用人單位與勞動者可以在勞動合同中約定保守用人單位的商業秘密和與知識產權相關的保密事項。對負有保密義務的勞動者，用人單位可以</p>	<p>1、用人單位與職工可以在勞動合同中約定違約金。</p> <p>2、用人單位用於勞動者職業技能培訓費用之支付和勞動者違約時培訓費之補償可以在勞動合同中約定，但約定勞動者違約時負擔的培訓費和賠償金之標準不得違反勞動部《違反〈勞動法〉有關勞動合同規定的賠償辦法》（勞部發【1995】223號）等有關規定。</p>

<sup>86</sup> 由筆者自行整理編製。

	在勞動合同或者保密協議中與勞動者約定競業限制條款，並約定在解除或者終止勞動合同後，在競業限制期限內按月給予勞動者經濟補償。勞動者違反競業限制約定的，應當按照約定向用人單位支付違約金。	
參 考 條 文	《勞動合同法》第二十二條、第二十三條、第二十五條	《關於企業職工流動若干問題的通知》(勞部發【1996】355號)第三條、《關於貫徹執行〈中華人民共和國勞動法〉若干問題的意見》(勞部發【1995】309號)第二十三條

(六)《勞動合同法》對於保密義務與競業限制作了基礎性規範，包含：1、《勞動合同法》新增知識產權相關的保密事項。2、《勞動合同法》將競業限制人員明確限於高級管理人員、高級技術人員和其他負有保密義務之人員，競業限制之約定不得超過兩年，在競業限制期間應按月向勞動者支付經濟補償金。3、取消《關於實行勞動合同制度若干問題的通知》(勞部發【1996】354號)有關脫密期<sup>87</sup>的規定。並規定競業限制條款的最長期限不得超過二年。

(表 2-7)《勞動合同法》與《勞動法》之相關條文對照表—保密義務與競業限制<sup>88</sup>

	《勞動合同法》	勞動法與其他相關法律法規
保 密 義 務 與 競 業 限 制	1、用人單位與勞動者可以在勞動合同中約定保守用人單位的商業秘密和與知識產權相關的保密事項。  2、對負有保密義務的勞動者，用人單位可以在勞動合同或者保密協議中與勞動者約定競業限制條款，並約定在解除或者終止勞動合同後，在競業限制期限內按月給予勞動者經濟補償。	1、勞動合同當事人可以在勞動合同中約定保守用人單位商業秘密的有關事項。  2、勞動者違反本法規定的條件解除勞動合同或者違反勞動合同中約定的保密事項，對用人單位造成經濟損失的，應當依法承擔賠償責任。

<sup>87</sup> 即對於涉有企業的商業秘密之員工，要求在其離職前一定時間內通知雇主，讓雇主調動其工作崗位，以淡化員工離職後因掌握公司機密所可能的影響。

<sup>88</sup> 由筆者自行整理編製。

<p style="text-align: center;"><b>保 密 義 務 與 競 業 限 制</b></p>	<p>勞動者違反競業限制約定的，應當按照約定向用人單位支付違約金。</p> <p>3、競業限制的人員限於用人單位的高級管理人員、高級技術人員和其他負有保密義務的人員。競業限制的範圍、地域、期限由用人單位與勞動者約定，競業限制的約定不得違反法律、法規的規定。</p> <p>4、在解除或者終止勞動合同後，前款規定的人員到與本單位生產或者經營同類產品、從事同類業務的有競爭關係的其他用人單位，或者自己開業生產或者經營同類產品、從事同類業務的競業限制期限，不得超過二年。</p> <p>5、勞動者違反本法規定解除勞動合同，或者違反勞動合同中約定的保密義務或者競業限制，給用人單位造成損失的，應當承擔賠償責任。</p>	<p>3、勞動者違反勞動合同中約定的保密事項，對用人單位造成經濟損失的，按《反不正當競爭法》第二十條規定支付用人單位賠償費用。</p> <p>4、用人單位與掌握商業秘密的職工在勞動合同中約定保守商業秘密有關事項時，可以約定在勞動合同終止前或該職工提出解除勞動合同後的一定期間內(不超過六個月)，調整其工作崗位，變更勞動合同中的相關內容；用人單位也可規定掌握商業秘密的職工終止或解除勞動合同後的一定期間內(不超過三年)，不得到生產同類產品或經營同類業務且有競爭關係的其他用人單位任職，也不得自己生產與原單位有競爭關係的同類產品或經營同類業務，但用人單位應當給予該職工一定數額的經濟補償。</p>
<p style="text-align: center;"><b>參 考 條 文</b></p>	<p>《勞動合同法》第二十三條、第二十四條、第九十條</p>	<p>《勞動法》第二十二條、第一百零二條、《違反〈勞動法〉有關勞動合同規定的賠償辦法》（勞部發【1995】223號）第五條、《關於企業職工流動若干問題的通知》</p>

(七)《勞動合同法》對勞動派遣和非全日制用工作出了專門規範：過去大陸勞動市場普遍存在雇主與勞工於第1年勞動契約終止後，改以派遣勞工來加以任用，以降低對雇主責任約束之情況。《勞動合同法》規定勞動派遣公司與被派遣勞工間所簽訂之定期勞動契約之工作期間不得低於2年，接受勞動派遣之事業單位，應當與勞動派遣公司就該勞動派遣內容訂立勞動派遣協議，並負有支付加班費、績效獎金與提供相對於其正式員工之公司福利及教育訓練。《勞動合同法》

也分別在第六十八條<sup>89</sup>、第六十九條<sup>90</sup>、第七十條<sup>91</sup>、第七十一條<sup>92</sup>及第七十二條<sup>93</sup>對非全日制用工進行了一定程度的規範。

(表 2-8)《勞動合同法》與《勞動法》之相關條文對照表—非全日制用工<sup>94</sup>

		《勞動合同法》	勞動法與其他相關法律法規
非 全 日 制 用 工	界 定	非全日制用工，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，每週工作時間累計不超過二十四小時的用工形式。	非全日制用工是指以小時計酬、勞動者在同一用人單位平均工作時間不超過五小時，累計每週工作時間不超過三十小時的用工形式。
	簽 訂 合 同	1、從事非全日制用工的勞動者可以與一個或一個以上用人單位訂立勞動合同；但後訂立的勞動合同不得影響先訂立的勞動合同的履行。 2、非全日制用工雙方當事人可以訂立口頭協議。	1、從事非全日制工作的勞動者，可以與一個或一個以上用人單位建立勞動關係。 2、用人單位與非全日制勞動者的勞動合同一般以書面形式訂立。勞動合同期限在一個月以下的經雙方協商同意，可以訂立口頭合同。但勞動者提出訂立書面勞動合同的，應當以書面形式訂立。
	工 資 支 付	非全日制用工勞動報酬結算支付週期最長不得超過十五天。	非全日制用工的工資支付可以按小時、日、週或月為單位結算。
	終	雙方當事人任何一方均可以隨時通	非全日制勞動合同之終止條件，按

<sup>89</sup> 參照《勞動合同法》第六十八條規定：「非全日制用工，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。」

<sup>90</sup> 參照《勞動合同法》第六十九條規定：「非全日制用工雙方當事人可以訂立口頭協議。從事非全日制用工的勞動者可以與一個或者一個以上用人單位訂立勞動合同；但是，後訂立的勞動合同不得影響先訂立的勞動合同的履行。」

<sup>91</sup> 參照《勞動合同法》第七十條規定：「非全日制用工雙方當事人不得約定試用期。」

<sup>92</sup> 參照《勞動合同法》第七十一條規定：「非全日制用工雙方當事人任何一方都可以隨時通知對方終止用工。終止用工，用人單位不向勞動者支付經濟補償。」

<sup>93</sup> 參照《勞動合同法》第七十二條規定：「非全日制用工小時計酬標準不得低於用人單位所在地人民政府規定的最低小時工資標準。非全日制用工勞動報酬結算支付周期最長不得超過十五日。」

<sup>94</sup> 由筆者自行整理編製。

	<b>止勞動關係</b> 知對方終止用工。終止用工不支付經濟補償。	照雙方的約定辦理。勞動合同中，當事人未約定終止勞動合同提前通知期的任何一方均可以終止勞動合同；雙方約定違約責任的，按照約定承擔責任。
<b>參考條文</b>	《勞動合同法》第六十八條、第六十九條、第七十二條	《關於非全日制用工若干問題的意見》（勞社部發【2003】12號）

(八)《勞動合同法》對試用期勞工權益予以保護，包含：1、原《勞動法》第二十一條僅規定，勞動合同可以約定試用期，試用期最長不得超過六個月。後於《關於實行勞動合同制度若干問題的通知》(勞部發【1996】354 號)才詳細規定合同期限與試用期之期間規定。《勞動合同法》更對試用期更加嚴格規範。2、《勞動合同法》新增了對勞動者在試用期的最低保障；規定對已經履行之超過法定試用期的期間，應向勞動者支付賠償金；試用期未履行者，由行政主管機關責令改正。3、按《勞動合同法》第二十條及實施條例第十五條之規定，試用期工資將是「本單位相同崗位最低檔工資的百分之八十」、「約定工資的百分之八十」、「用人單位所在地的最低工資標準」三種工資選其高者。4、《勞動合同法》限制試用期的長短、次數，並限制非全日制雙方當事人不得約定試用期。5、《勞動合同法》規定除非證明不符合錄用條件、勞動者有違規違紀違法之行爲、不能勝任工作外，新增限制用人單位的勞動合同解除權。用人單位在試用期解除勞動合同應向勞動者說明理由。6、《勞動合同法》新增規定「以完成一定工作任務爲期限之勞動合同或勞動合同期限不滿三個月者，不得約定試用期」。

(表 2-9)《勞動合同法》與《勞動法》之相關條文對照表—試用期<sup>95</sup>

	《勞動合同法》	勞動法與其他相關法律法規
<b>試用期</b>	1、勞動合同期限三個月以上不滿一年的，試用期不得超過一個月；勞動合同期限一年以上不滿三年的，試用	1、勞動合同期限六個月以下的，試用期不得超過十五天；六個月以上一年以下的，試用期不得超過三十天；一

<sup>95</sup> 由筆者自行整理編製。



<b>試 用 期</b>	<p>期不得超過二個月；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。</p> <p>2、同一用人單位與同一勞動者只能約定一次試用期。</p> <p>3、以完成一定工作任務為期限的勞動合同或者勞動合同期限不滿三個月的，不得約定試用期。</p> <p>4、試用期包含在勞動期限內。勞動合同僅約定試用期的，試用期不成立，該期限為勞動合同期限。</p> <p>5、勞動者在試用期的工資不得低於本單位相同崗位最低檔工資的百分之八十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。</p> <p>6、在試用期中，除勞動者有本法第三十九條和第四十條第一項、第二項規定的情形外，用人單位不得解除勞動合同。用人單位在試用期解除勞動合同的，應當向勞動者說明理由。</p> <p>7、勞動者在試用期內提前三日通知用人單位，可以解除勞動合同。</p> <p>8、勞動者在試用期間被證明不符合錄用條件的，用人單位可以解除勞動合同。</p> <p>9、非全日制用工雙方當事人不得約定試用期。</p> <p>10、用人單位違反本法規定與勞動者</p>	<p>年以上二年以下的，試用期不得超過六十天；二年以上的，試用期不得超過六個月。</p> <p>2、勞動者在試用期期間被證明不符合錄用條件的用人單位可以解除勞動合同。</p>
----------------------	---	---

	約定試用期的，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。	
參考條文	《勞動合同法》第十九條、第二十條、第二十一條、第三十七條、第三十九條第一項、第七十條、第八十三條、《勞動合同法實施條例》第十五條	《勞動法》第二十一條、第二十五條、《關於實行勞動合同制度若干問題的通知》(勞部發【1996】354號)

(九)《勞動合同法》完善了政府機關的勞動監督機制，包含：1、《勞動合同法》新增加國務院勞動行政部門負責勞動合同制度實施的監督管理規定，確立部門的法律地位。2、《勞動合同法》新增加勞動行政部門在勞動合同制度實施的監督管理工作中，應聽取工會、用人單位及有關行業主管部門的意見，使部門的監督管理更具公平性、協調性、透明性。3、《勞動合同法》明確列舉出勞動行政部門在勞動合同制度實施監督檢查上具體行使之權責範圍。進一步明確各行政監督部門的職責分工，以防止行政部門的越權、怠職，維護勞動關係的進行。4、《勞動合同法》明確列舉監督檢查機構的權力：(1)查閱資料權；(2)進入勞動場所實施檢查的權力。用人單位與勞動者皆有配合監督檢查之義務。5、《勞動合同法》明確列舉縣級以上人民政府的建設、衛生、安全生產監督管理之主管部門在各自的權責範圍內，監督管理用人單位對勞動同制度的實施。監督檢查不限於法律、法規，擴大了監督檢查的範圍。6、《勞動合同法》修正勞動者在勞動爭議的救濟途徑為：(1)向行政部門申訴，要求行政部門依法處理；(2)申請仲裁；(3)提起訴訟。條文中規定的「有權要求有關部門依法處理」，意指有關機關接到勞動者之請求後，必須依法調查，並做出處置，否則負有行政不作為的法律責任。

96

<sup>96</sup> 賀紹奇編，2007，《中華人民共和國勞動合同法實用問答》，北京：人民法院出版社，頁 283-289。

(表 2-10) 《勞動合同法》與《勞動法》之相關條文對照表—政府機關的勞動監督<sup>97</sup>

		《勞動合同法》	勞動法與其他相關法律法規
政府機關的勞動監督	勞動合同制度的監督管理體制	<p>1、國務院勞動行政部門負責全國勞動合同制度實施的監督管理。縣級以上地方人民政府勞動行政部門負責本行政區域內勞動合同制度實施監督管理。</p> <p>2、縣級以上各級人民政府勞動行政部門在勞動合同制度實施的監督管理工作中，應當聽取工會、企業方面代表以及有關行業主管部門的意見。</p>	<p>縣級以上各級人民政府勞動行政部門依法對用人單位遵守勞動法律、法規的情況進行監督檢查，對違反勞動法律、法規的行為有權制止，並責令改正。</p>
	勞動行政部門監督管理事項	<p>縣級以上地方人民政府勞動行政部門依法對下列實施勞動合同制度的情況進行勞動監督檢查：</p> <p>(1)用人單位制定直接涉及勞動者切身利益的規章制度及其執行的情況；</p> <p>(2)用人單位與勞動者訂立和解除勞動合同的情況；</p> <p>(3)勞務派遣單位和用工單位遵守勞務派遣有關規定的情況；</p> <p>(4)用人單位遵守國家關於勞動者工作時間和休息休假規定的情況；</p> <p>(5)用人單位支付勞動合同約定的勞動報酬和執行最低工資標準的情況；</p> <p>(6)用人單位參加各項社會保險和繳納社會保險費的情況；</p> <p>(7)法律、法規規定的其他勞動監察事項。</p>	<p>無相關規定。</p>

<sup>97</sup> 由筆者自行整理編製。

	<b>監督 檢查 措施 和執 法</b>	<p>1、縣級以上地方人民政府勞動行政部門實施監督檢查時，有權查閱與勞動合同、集體合同有關的材料，有權對勞動場所進行實地檢查，用人單位和勞動者都應當如實提供有關情況和材料。</p> <p>2、勞動行政部門的工作人員進行監督檢查，應當出示證件，依法行使職權，文明執法。</p>	<p>1、縣級以上各級人民政府勞動行政部門監督檢查人員執行公務，有權進入用人單位了解執行勞動法律、法規的情況，查閱必要的資料，並對勞動場所進行檢查。</p> <p>2、縣級以上各級人民政府勞動行政部門監督檢查人員執行公務，必須出示證件，秉公執法並遵守有關規定。</p>
	<b>其他 部門 的監 督管 理</b>	縣級以上人民政府建設、衛生、安全生產監督管理等有關主管部門在各自職責範圍內，對用人單位執行勞動合同制度的情況進行監督管理。	縣級以上各級人民政府有關部門在各自職責範圍內，對用人單位遵守勞動法律、法規的情況進行監督。
	<b>勞動 者權 利救 濟途 徑</b>	勞動者合法權益受到侵害的，有權要求有關部門依法處理，或者依法申請仲裁、提起訴訟。	用人單位與勞動者發生勞動爭議，當事人可以依法申請調解、仲裁、提起訴訟，也可以協商解決。調解原則適用於仲裁和訴訟程序。
	<b>參考 條文</b>	《勞動合同法》第七十三條至第七十七條	《勞動法》第七十七條、第八十五條至第八十七條

### 第三章 外商投資企業勞動關係與法制的適用

#### 第一節 外商投資企業的涵義

中國共產黨建立中華人民共和國之後，相當漫長的一段時間，採取了與資本主義國家不相往來的「閉關鎖國」政策。至 1970 年代末，才放棄長期以來所堅持的「閉關鎖國」政策，實行對內改革、對外開放的措施。1978 年中國共產黨「十一屆三中全會」之後，為推行的經濟體制改革，開始逐步計畫引進外資。1979 年全國人民代表大會第二次會議通過《中外合資經營企業法》，1986 年第六屆人大第四次會議通過《外資企業法》，1988 年第七屆人大第一次會議通過《中外合作經營企業法》。<sup>98</sup>外商在中國大陸境內投資，必須依據這些法律成立「中外合資經營企業」、「外商獨資企業」和「中外合作經營企業」，此即為所通稱之「外商投資企業」。

#### 第一項 中外合資經營企業

中外合資經營企業(簡稱合營企業)是指依據《中外合資經營企業法》以及《中外合資經營企業法實施條例》規定，外國企業或其他經濟組織或個人，在平等互利原則下，經中華人民共和國政府批准，同中國大陸的企業或經濟組織在中國大陸境內組成共同經營、共擔風險按投資比例分配收益的企業<sup>99</sup>。詳細分析如下<sup>100</sup>：

(1)自「合營企業」的法律地位來看，「合營企業」是依中華人民共和國法律成立的中國法人。受中華人民共和國法律的管轄和保護。

(2)「合營企業」的主體必須是為中外兩方合營。其中外國的合營者可以是外

<sup>98</sup> 王文杰，參照前註 2，頁 247-251。

<sup>99</sup> 趙東濟，1984，〈中國(共)涉外投資法之研究—以三資企業經營管理為中心〉，國立台灣大學法律研究所碩士論文，頁 31。

<sup>100</sup> 李彥銳，參照前註 34，頁 175-176。

國法人，也可以是自然人。中國合營者則限定在全民所有制或集體所有制的公司、企業或其他經濟組織具有法人人格者，自然人不得以個人身分與外國合營者舉辦合營企業。而中方合營者的主管部門就是合營企業的主管部門。

(3)「合營企業」作為中國法人，必須具備《民法通則》第三十七條規定的下列條件：(1)依法成立；(2)有自己獨立的財產；(3)有自己獨立的名稱、組織機構和場所；(4)能夠獨立承擔民事責任等取得法人人格的必備條件。

(4)「合營企業」的有效成立，除了當事人雙方的合意外，就合營企業當事人簽訂的有關設立合營企業的協議、合同和章程，必須經中國大陸政府批准方有效成立。

## 第二項 外商獨資企業

外商獨資企業是指依照中華人民共和國法律在中國大陸境內設立的全部資本由外國投資者投資的企業。其法律特徵分析如下<sup>101</sup>：

(1)外商獨資企業的全部資本必須是外國投資者所有，不得有本國人的資本混合在其內。

(2)外商獨資企業是依據中國大陸法律在中國大陸境內設立而取得法人人格的企業，因此受到中國大陸法律保護與監督。

(3)由於外商獨資企業是依據中國大陸法律而取得法人人格，其必須是獨立核算、自負盈虧、獨立承擔法律責任的經濟組織或法人，外國企業分支機構在法律上和經濟上缺乏獨立性，其在法律上不能以自己名義進行民事活動或承擔民事

<sup>101</sup> 李彥銳，參照前註 34，頁 177-178。

責任，經濟上亦不實施獨立核算，盈虧均歸於總公司，因此外商獨資企業不包括外國企業和其他經濟組織在中國大陸境內的分支機構。

### 第三項 中外合作經營企業

中外合作經營企業(簡稱合作企業)是指由中外合作者依《中外合作經營企業法》通過合同形式就投資或合作的條件、收益或產品的分配，風險或虧損的分擔、企業經營管理的方式、企業終止的財產歸屬等事項達成協議而建立起來的契約式企業。<sup>102</sup>一般由中方提供廠房、場地、設施、勞動力，外商提供資金、技術、設備等作為投資。詳細分析如下<sup>103</sup>：

(1)由「合作企業」的法律地位來看，「合作企業」既可是依中華人民共和國法律成立的中國法人，也可以是不具有法人資格的法律實體。依據《民法通則》第五十二條規定，企業之間或者企業、事業單位之間聯營，共同經營、不具備法人條件的，由聯營各方按照出資比例或者協議的約定，以各自所有的或者經營管理的財產承擔民事責任。依照法律的規定或者協議的約定負連帶責任的，承擔連帶責任。不具備有法人人格的合作企業，應由合作雙方成立聯合管理機構。

(2)「合作企業」的主體與「合營企業」同樣必須是為中外兩方合營，當事人的條件限制亦同於「合營企業」。此外成立法人所必須具備的條件，必須符合民法規定與經過主管機關的批准等部份皆同於「合營企業」。

(3)「合營企業」與「合作企業」皆是以不同形式的聯營合同作為其存在的基礎。聯營是根據中國大陸實際情況發展起來的具有中國大陸特色的法律制度。「合作企業」屬於契約式的聯營企業，契約式的聯營企業不以股份比例來分享利潤和

<sup>102</sup> 趙東濟，參照前註 99。

<sup>103</sup> 李彥銳，參照前註 34，頁 176-177。

承擔責任，也不完全以貨幣單位進行計算，合作雙方的權利和義務是由雙方自願協商以書面合同規定的。雙方依據合同所訂立的比例，分享利潤或產品，承擔風險與虧損，並在「合作企業」合同中，約定合資或者合作條件，經營管理的方式和「合作企業」終止時財產的歸屬等事項。

## 第二節 外商投資企業勞動關係的變化情況和特點

中國大陸的外商投資企業主要有「中外合資經營企業」、「中外合作經營企業」和「外商獨資企業」等三種基本形式，此即為所通稱之「外商投資企業」。外商投資企業本身所具有的產權性質和管理模式等，決定了其內部的勞動關係有著與中國大陸傳統的國有企業以及其他類型的所有制企業完全不同的變化和發展狀況。這主要表現在四個方面<sup>104</sup>：

第一，勞動關係純粹是一種資本雇傭關係。外商投資企業中，「外商獨資企業」是最純粹的資本雇傭性質的企業，資本雇傭關係完全明確、清晰；而「中外合資經營企業」和「中外合作經營企業」雖然有中國大陸國有經濟或集體經濟的參與，但外資在其中佔有一定的比例，決定了其勞動關係及其管理在一定程度上也要遵循資本雇傭關係管理的一般規律。外商投資企業資本雇傭性質的勞動關係，決定了資本對管理權和勞動力的佔有和支配權。企業經營者在尊重中國大陸國家主權和有關法規的基礎上可以充分享有企業管理的自主權，也可以在尊重勞動者人身權利的基礎上充分享有對勞動力的支配權和使用權。另外，外商投資企業資本雇傭性質的勞動關係，也決定了其勞動關係及其管理可以實現規範化、市場化的形式。企業管理者有權招聘、雇傭、解雇或開除職工；職工也有權辭職、重新選擇管理者，或採取有關手段向管理者表達自己的正當要求。同時，企業管理者也有權確定本企業的工資標準、工作形式、有關福利以及其他勞動條件；企

<sup>104</sup> 龔基云，2006，《轉型期中國勞動關係研究》，安徽：安徽人民出版社，頁115-117。



業管理者還有權在企業內實行勞動合同制和聘用制，並將職工的工作業績與其收入水平掛勾。顯然，這些有利於調動企業職工的積極性，有利於企業經濟效益的提高。

第二，員工薪資相對較高，但享有的社會保險程度較低。外商投資企業在中國大陸的蓬勃發展，一方面與中國大陸對其提供的優惠政策有關，另一方面也與中國大陸整體生產力水平不高、勞動力成本低廉密切相關。正是這樣的原因，才使得多數外商投資企業能夠創造更多的利潤，為中國大陸職工支付比當地薪資水準相對較高的薪資和有關福利。而與此形成強烈對照的確是外商投資企業員工所享有的社會保險程度相對較低，不僅享受不到國有企業的有關保障，而且外商投資企業本身內部能享受到保險待遇的職工人數占職工總數的比例也較小。

第三，勞動關係因雇主來源不同而存在不同的企業文化。中國大陸外商投資企業的雇主及其管理者來自不同的國家和地區，由於各自的生活習慣、社會文化及企業管理方式等方面存在較大的差別，他們在處理企業勞動關係的方法上也大不相同，從而形成了各自的企業文化。總體而言，中國大陸外商投資企業中主要有以下幾種類型的雇主：第一類是來自香港、台灣的雇主。港台企業一般規模較小、資金較少、技術水準不高，以勞動密集型的加工裝配生產為主。這類企業職工的勞動保護條件和生活條件較差，工資水準也較低。雇主與員工之間的關係基本上是一種「家長制」，強調絕對服從，工會活動也是不允許的。因此，在這類企業中，勞動爭議時有發生，員工流動頻繁。第二類是來自日本的雇主。嚴格管理是日本企業的基本要求，在中國大陸的日方企業中也是如此。日方企業不但廠規紀律嚴明，而且對員工的要求十分嚴格。但另一方面，日方企業的管理者又想方設法讓員工有更多的機會去參與企業的管理，注重培養員工「大家庭」的感覺，以營造和諧氛圍。鼓勵員工和各部門之間協調、合作的團隊精神。第三類是來自歐美的雇主。歐美雇主在企業管理上向來以「法制」見長，即通過企業內的各種

規章制度，使企業內部管理規範化。對於企業勞動關係的協調，主要也是通過企業內部的規章制度加以約束。大多數歐美雇主允許工會的存在和活動，甚至還建立企業集體談判制度。

第四，工會及其活動有一定的發展。在《勞動法》及《勞動合同法》推行以前，在中國大陸的外商投資企業中開展工會活動即已受到中國大陸法律保護的。所以相對於其他類型的非國有企業來說，外商投資企業的工會活動得到了一定的發展。

### 第三節 外商投資企業內關於勞動合同之法律發展

外商投資企業內規範勞動關係的法律發展如下<sup>105</sup>：

(一)最初規範外商投資企業內勞動關係的法律是 1980 年 7 月 26 日國務院發布的《中華人民共和國中外合資經營企業勞動管理規定》，該規定是中國大陸關於外商投資企業勞動管理規定的第一部法規。1984 年 1 月 19 日勞動人事部針對前項規定加以補充具體化而頒發的《中華人民共和國中外合資經營企業勞動管理規定實施辦法》。該辦法主要是對前述《中外合資經營企業勞動管理規定》的若干條款加以具體化，並作適當的補充與修改。立法精神是進一步放寬政策，適當擴大合資經營企業的自主權<sup>106</sup>。

(二)1986 年 11 月 10 日，為貫徹《國務院關於鼓勵外商投資的規定》，保障外商投資企業的用人自主權，適當確定外商投資企業職工的工資、保險待遇等，勞動人事部發布了《關於外商投資企業用人自主權和職工工資、保險福利費用的規定》；1987 年 8 月 4 日，勞動人事部發布《關於中外合資經營企業內中方幹部的管理辦法》，該辦法旨在加強對中外合資經營企業內中方幹部的管理，提高中

<sup>105</sup> 李彥銳，參照前註 34，頁 178-180。

<sup>106</sup> 關懷、趙履寬主編，參照前註 45，頁 876。

方幹部的素質。1988年5月5日，國務院辦公廳轉發了《勞動部、人事部關於進一步落實外商投資企業用人自主權的意見》。制定和發布該意見的目的，係爲了配合改善中國大陸投資環境的有關措施，以加快沿海地區經濟發展戰略的實施，並進一步落實外商投資企業用人自主權。該意見與以往有關規定在某些方面做了重要的調整與修改，以往有關規定與該意見有抵觸的，均按該意見執行。

(三)爲了適應經濟對外開放不斷擴大和外商投資企業大幅增加的新形式，進一步改進和加強外商投資企業的勞動管理工作，勞動部於1993年5月15日發布了《勞動部關於進一步改進和加強外商投資企業勞動工作的通知》。該通知強調落實外商投資企業的用人自主權。1992年12月30日國家體改委與勞動部亦曾聯合下發了《國家體改委、勞動部關於加強外商投資企業中方職工社會保障工作的通知》要求人民政府與有關部門高度重視外商投資企業中方職工社會保障工作。

(四)1994年公佈的《勞動法》規範對象跨越了各個所有制而涵蓋了全部的企業，《勞動法》在於法律位階上高於《合資經營企業勞動管理規定》，因此目前規範企業內勞動關係的法律必須以《勞動法》規定爲優先，但《勞動法》屬於跨越各經濟領域的原則性規定，對於外商投資企業內勞動關係的完整規範尚有不足，因此勞動部、對外貿易經濟合作部遂於1994年8月11日發布了《外商投資企業勞動管理規定》，進一步規範了外商投資企業內的勞動關係。《外商投資企業勞動管理規定》與《勞動法》同是目前規範外商投資企業內勞動合同關係的主要法律。

(五)依據勞辦發〔1994〕362號「勞動部關於廢止部份勞動規章及其他規範性文件的通知」中，分別將《中華人民共和國中外合資經營企業勞動管理規定實施辦法》、《關於外商投資企業用人自主權和職工工資、保險福利費用的規定》、《勞動部關於進一步改進和加強外商投資企業勞動工作的通知》等予以廢止，而

《中華人民共和國中外合資經營企業勞動管理規定》亦已在勞部發〔1994〕464號函中列為建議國務院應予以廢止的法規之中。因此，目前應以《勞動法》與《外商投資企業勞動管理規定》作為規範外商投資企業內勞動合同關係的主要法律依據，唯在《中外合資經營企業勞動管理規定》廢止之前，其並不當然因為《勞動法》與《外商投資企業勞動管理規定》的頒布而失其法律效力。

#### 第四節 1995年前中國大陸外商投資企業的勞資關係與勞動管理

##### 第一項 1995年前外商投資企業內的勞資關係

外商投資企業到中國大陸投資是著眼於中國大陸廣大的消費市場及大量的勞動力。豐沛的廉價勞動力供給，所產生的成本優勢為投資勞動密集型產業的外商投資者提供了發展的機會。然而，在勞動市場中，當供給遠大於需求時，就明顯地向勞動力需求者傾斜，所以豐沛的勞動力供給讓用人單位擁有可選擇職工的優勢，加上當時多為低技術勞工之勞動力需求，其替代性高，勞工處於不利的地位。

而且中國大陸改革開放之後，以經濟發展為首要目標，中國大陸政府即使制定法令，但執法的決心並不徹底，為吸引外資前往當地投資，往往在勞動條件的監督上放水。此外，由於勞動體例繁雜，法律、規定、辦法、條例並存，且部分內容重覆，部分相互矛盾，常讓外商投資企業混淆不清，往往違法而不自覺。以上因素都使外商投資企業普遍不遵守相關勞動法令，造成中國大陸勞工無論在被管理方式、勞動條件，抑或工傷環境等各方面遭受侵權的情況十分普遍。<sup>107</sup>

1995年前，外商投資企業在中國大陸投資遭遇許多經營管理、政策法令的

---

<sup>107</sup> 黃春玉，2005，中國實施勞動法對台商之衝擊及台商之因應，國立中正大學勞工研究所碩士論文，頁22。

問題，在勞動管理方面，舉其大者有下列幾項<sup>108</sup>：

1. 中國地區勞動關係法規體系紊亂，遵行不易。
2. 人員招募規定與勞動合同簽訂可能產生的問題。
3. 員工紀律管理與獎懲問題。
4. 個別勞動關係-勞動基準與勞動條件。
5. 集體勞動關係-工會之組建與運作。
6. 勞資爭議原因及處理方式。

## 第二項 1995 年前外商投資企業的勞動管理

### 第一款 勞動合同

在勞動合同制的簽訂方面，中國大陸《外資企業法》第十二條規定「外資企業僱用中國職工，應當依法簽訂勞動合同，並在合同中明訂僱用、解僱、報酬、福利、勞動保護、社會保險等事項。」即使如此，外商投資企業普遍存在勞動合同制不規範的問題，不簽訂勞動合同和協議的情況十分普遍，且勞資雙方所規範的權利、義務不明確；少數勞動合同的內容不符合國家有關法規，例如勞動合同期限超過合資、合作的期限，此情形相當普遍<sup>109</sup>。復由於中國大陸勞工過去缺乏事先約定勞動條件和勞動關係的經驗，於是未能對勞動合同的重要性有所認知，可見政府當局雖大力推行勞動合同制之簽訂，在實務上卻未能落實。

由表 3-1 可以得知，在 1992 年時各種所有制企業簽訂勞動合同的比例並不高，即使中國大陸本地企業簽訂合同的情況也欠佳，這當然不排除是由於中國大陸勞工自身拒絕與用人單位簽訂勞動合同的情況。但由數據仍可清楚了解用人單位對於必須與聘任勞工簽訂勞動合同之工作並未落實，特別是對於臨時工之僱用。

<sup>108</sup> 黃同圳，1995，《大陸台商人力資源管理》，台北：風和出版社，頁 5-13。

<sup>109</sup> 齊志榮、徐小洪，1995，《中國勞動關係導論》，杭州市：浙江人民出版社，頁 224-225。

(表 3-1) 1992 年各種所有制企業職工人數及勞動合同簽訂之比例<sup>110</sup>

項目	全部職工數	職工簽訂勞動合同人數	比例(%)
全民所有制	108889263	20584912	18.87
城鎮集體所有制	36210000	3987979	11.01
其他所有制	2820000	842194	29.86
合計	148919263	25415085	17.07

## 第二款 勞動條件

### 1、工作薪資

1979 年開始實施改革開放政策，吸引大量外資進入中國，低廉的工資成爲吸引外商的重要因素。關於職工的工資水準，外資企業依照規定不得低於所在地區同行業的國營企業受僱員工平均實得工資的 120%訂之，沒有上限。大量的外資帶來就業機會，工資水平也連年增加，可是工資水平仍然偏低，職工權益也沒有獲得相對應的增長，例如中國南方普遍存在的工資低廉、長工時、婦女夜間工作、虛報醫療保險和其他社會福利金的問題。<sup>111</sup>

外資企業在工資的給付方面，存在的主要問題包括第一，勞工工資水準偏低，有調查指出，在 1994 年前尚未頒布《勞動法》的年代，某地區有 17%的企業低於國有企業的平均工資，且此一地區未享有工資性補貼的占 6.7%，未擬定夜班津貼的占 8.4%。廈門某外資企業中國大陸勞工基本工資僅 105 元，比廈門市政府早期規定的外資企業最低基本工資 200 元低了 47.5%；珠海市外資企業中國大陸勞工平均基本工資 200 元，也比當地政府規定的 325 元低了近 30%，其中尚未包括拖欠、刻扣以及形形色色的處罰。第二，工資分配不均，從分配的形式來看，比較普遍的是實行「模糊工資分配法」，工資何時給、給誰、加多少，都

<sup>110</sup> 黃同圳，參照前註 108，頁 75。

<sup>111</sup> 朱偉雄、陳晴敏，2002，〈論大陸基層工會委員會〉，《台商張老師月刊》，(47)：10。

由資方說了算。<sup>112</sup>

## 2、勞工福利

中國大陸的外資企業，除了需要支付一般基本工資外，尚需按中國大陸政府的規定，付出一些非工資性的費用，例如社會保險基金、職工福利與住房補貼費用等，因此，外資企業在中國大陸的勞動成本並不如想像中的低廉。在勞工福利方面，外資企業施行的勞工福利措施若與國有企業相比，仍顯不足。在勞工福利設施方面，大多數的合資企業都有提供勞工宿舍、飯堂膳食、醫療費用、工傷賠償及休閒活動等，工廠多能按照規定為勞工設立工傷保險。不過大多數勞工認為宿舍、膳食的條件普通。在醫療方面，很多工廠設有醫療室，醫療費用部份或全部由公司報銷。在休假方面，大多數勞工能享有法定的假期，享受其他事假的福利則較少。就台商而言，提供的福利以餐廳和員工宿舍最普遍，這可能和勞工多來自外地有關；且愈是大規模的企業，愈注重員工的福利，各項福利措施會較完善。<sup>113</sup>

## 3、勞動保護

根據中國大陸《中外合資經營企業勞動管理規定》第十三條規定：「合營企業必須執行中國政府有關勞動保護的規章制度，保證安全生產和文明生產，中國政府勞動管理部門有權監督檢查」，所以外資企業在勞動保護方面，必須遵守中國大陸的法律規定。

部分外資企業，任意延長工時、對不加班的勞工，倒扣基本工資和獎金，有的甚至以違反勞動紀律為由辭退勞工。根據統計，廣東、福建、山東、浙江、北京等地的外資企業裡，超時加班的情形十分普遍，大部分工作時間為 10-12 小時，

<sup>112</sup> 齊志榮、徐小洪，參照前註 109，頁 225-226。

<sup>113</sup> 黃春玉，參照前註 107，頁 26。

有的甚至高達 16-18 小時。不少外資企業勞動環境惡劣，廠房設備簡陋，幾乎沒有安全措施，職業危害十分嚴重，廣東省衛生部門曾對特區 657 家涉外工業企業的調查，投產前經過衛生檢查的只占 26%；在已投資的外資企業中，70%沒有按國家的有關規定對職工進行體檢，80%對有害作業職工沒有作定期身體檢查，且大多數企業沒有對作業場所進行定期監測。<sup>114</sup>

在黃春玉的研究中，中國大陸境內台資企業對安全衛生措施重視的項目依序為：經常主動檢查工作場所與設備的安全衛生、設置勞工安全負責人員、辦理安全衛生教育及災變演習、定期辦理職工身體健康檢查。但職工普遍認為台商未能為他們定期辦理身體健康檢查，其次也要求改善溫度調節、噪音、空氣品質及環境衛生問題，並確實進行安全衛生教育訓練。普遍而言，多數中國大陸勞工仍對台資企業在勞動安全衛生方面持肯定的態度；至於在勞動保護方面，則認為台商應提高薪資之外，其次為改善改善管理制度與休假制度。不過，總括來說，中國大陸外資企業相較於內資企業而言，外資比較重視勞動保護工作，勞動工作安全衛生狀況較好，其中歐美的外商又較台商和港澳商來的重視。<sup>115</sup>

### 第三款 社會保險

由於當時中國大陸實施的社會保險和勞工福利制度都在改革階段，全國尚無統一的規定和標準，因此，外商在配合政策下，應該自行參照企業所在地的地方社會保險福利法規，擬定個別企業內的社會保險福利辦法，然而由於當時並非強制規範，外商普遍不提供社會保險。就算有給予勞工社會保險，待遇也不盡理想，除了對於醫療費的標準不一，補助的金額差距大之外；勞工患病時的支出，企業一般不負擔，若有生重病的職工，也酌情給予補助。至於勞工因病請假不支付工資的情況更是普遍，往往使之難以維持基本生活。例如杭州市在 1992 年 2 月開

<sup>114</sup> 齊志榮、徐小洪，參照前註 109，頁 227-228。

<sup>115</sup> 黃春玉，參照前註 107，頁 27-28。



業並生產的外商企業有 220 家，參加社會養老保險的為 93 家，僅 42.3%；也有不少外資企業大量使用臨時工，又不為他們繳納養老保險金；特別是外商獨資，或合營、合作企業中方合營者是鄉鎮企業和私營企業的，對於中方職工的養老保險、待業保險並未有明確規範。有的企業甚至規定職工必須工作 15-20 年之後，才可享受養老保險待遇。<sup>116</sup>

### 第三項 小結

在給予勞工的勞動條件方面，外商投資企業的工資水準多能遵照「外資企業法」規定，不低於當地國有企業的 120%；所提供的福利，較多為宿舍、員工餐廳、醫療費用、工傷賠償及休閒活動，但相較中國大陸國有企業仍顯不足。在假期方面，職工多享有法定假日<sup>117</sup>，但享有其他假期的則較少，病假多半不支薪。此外，外資企業相較當地企業更重視勞動保護工作，其中歐美的外商又較台商和港澳商來得重視。不過，在勞動合同、社會保險、工時、加班費等方面，實行情況並不理想。

1995 年以前，由於中國大陸勞工眾多、勞工招募容易、勞動法令的不健全及中國大陸官方監督不周、執法不嚴等因素，使得外商投資企業在為了獲得最大利潤的情況下，進而剝削中國大陸勞工的勞動剩餘價值。中國大陸勞工遭受侵權情況十分普遍，而這些問題在 1995 年推行的「勞動法」中都有相關規範，1995 年前的中國大陸勞工未能享有的勞動權益，理應在此法頒布之後漸漸得到保障。

<sup>116</sup> 黃春玉，參照前註 107，頁 28。

<sup>117</sup> 根據《勞動法》第四十條規定：「用人單位在下列節日期間應當依法安排勞動者休假：（一）元旦；（二）春節；（三）國際勞動節；（四）國慶節；（五）法律、法規規定的其他休假節日。」

## 第五節 1995 年中國大陸勞動法的推行對於外商投資企業之影響

### 第一項 勞動法的推行對於外商投資企業之影響

中國大陸在 1994 年 7 月 5 日頒布《勞動法》，1995 年 1 月 1 日正式實施。觀察「勞動法」之法律結構，幾乎已將勞動關係的內容概括在內，不論屬於個別勞動法的勞動合同、工作時間、休息休假、勞動安全衛生、社會保險和福利，亦或屬於集體勞動法的集體合同、勞動爭議等，均規定在其中。從文獻中得知，在「勞動法」頒布實行後，對於外商投資企業所造成之影響，包含以下三個方面：

#### 第一款 勞動合同

勞動合同是用人單位與勞動者簽訂有關勞動權利與義務的協議，也是外商投資企業用工的基本形式。《廣東省外商投資企業勞動管理規定》第五條明確指出：「外商投資企業招用職工，實行勞動合同制。」1995 年實施的《勞動法》第十六條亦重申：「建立勞動關係應當訂立勞動合同。」<sup>118</sup>自從 1995 年《勞動法》實施以來，不論是國有或私有的企業一律依法實施勞動合同制，企業的用工形式必須透過企業與勞動者簽訂有關勞動權利與義務的書面協議來規範。「勞動法」中這項勞動合同制對外商投資企業在人力資源策略管理方面帶來的衝擊是外資必須遵守中國大陸的勞動法令，外資擔心一簽訂，則當事人必須履行勞動合同規定的義務，亦即受到勞動合同的法律約束力。此外，雖然勞動合同一經雙方簽訂，即具法律上的約束力，但在實際的運作中，各地方政府仍會要求勞動合同必須經過政府勞動部門鑒證過才具效力。在中國大陸，鑒證是對勞動合同確立的勞動關係的合法性的證明，是國家對勞動合同實施有效管理的一種辦法，目前，中國大陸僅規定私營企業的勞動合同必須經過鑒證。倘若合同條款中有與勞動法令相違者，則很難通過鑒證，雖是對勞工的一種保護，卻不利企業自行決定合同內容。

<sup>119</sup>

<sup>118</sup> 黃同圳，參照前註 108，頁 51。

<sup>119</sup> 黃春玉，參照前註 107，頁 31。

## 第二款 勞動條件

### 一、法定工時

中國大陸國務院《關於職工工作時間的規定》及《實施辦法》，已於 1994 年 3 月 1 日起實施，該規定中明確地要求：對中國大陸境內的國家機關、社會團體、企事業單位和其他組織的職工，實行每日工作八小時的規定。同時正式將平均每周工作時間四十八小時制，修改為平均每周工作時間四十四小時。1995 年的《勞動法》第三十六條亦明文規定：「國家實行勞動者每日工作時間不超過八小時、平均每周工作時間不超過四十四小時的工時制度。」。第四十一條規定：「用人單位由於生產經營需要，經與工會和勞動者協商後可以延長工作時間，一般每日不得超過一小時；因特殊原因需要延長工作時間的，在保障勞動者身體健康的條件下延長工作時間每日不得超過三小時，但是每月不得超過三十六小時。」

工時制度改革之所以引發企業強烈質疑，其根源在於，外商投資企業工作型態所使然。由於外商投資企業大多接有海外訂單任務，使得企業因趕交貨、趕船期、趕季節時，就會被迫要採用加班趕貨的形式，來消化訂單壓力。1995 年之前，外資企業中的勞工每日平均工作時間長達 12-14 小時，對於法定工時的減少，若是依法辦理，許多外資企業會受影響。這意味著，在新型態的工時制度下，外商投資企業每周降低的四小時工時，將由加班費補足，如未能相對提高生產效能，將提高企業的勞動成本，的確可能不利企業的競爭力，不過，最大的影響還是工廠無法配合訂單生產，則間接衝擊企業的營運。<sup>120</sup>

### 二、加班費

《勞動法》第四十四條規定：「有下列情形之一的，用人單位應當按照下列標準支付高於勞動者正常工作時間工資的工資報酬：（一）安排勞動者延長工作時間的，支付不低於工資的百分之一百五十的工資報酬；（二）休息日安排勞動

<sup>120</sup> 黃同圳，參照前註 108，頁 120-121。

者工作又不能安排補休的，支付不低於工資的百分之二百的工資報酬；（三）法定休假日安排勞動者工作的，支付不低於工資的百分之三百的工資報酬。」若完全依照《勞動法》之規定，將使中國大陸的勞動成本超過東南亞，可能使許多外商投資企業無力負荷，加班費的計算無疑增加勞動成本。<sup>121</sup>

### 第三款 社會保險

《勞動法》第七十二條規定：「社會保險基金按照保險類型確定資金來源，逐步實行社會統籌。用人單位和勞動者必須依法參加社會保險，繳納社會保險費。」第七十三條規定：「勞動者在下列情形下，依法享受社會保險待遇：（1）退休；（2）患病、負傷；（3）因工傷殘或者患職業病；（4）失業；（5）生育。」又 1999 年中國大陸國務院施行《社會保險費徵繳暫行條例》，對於依法應繳納社會保險費的企業職工，強制規定了企業與職工應繳費的比例，企業應繳部份依各地經濟發展水平的差異，應繳的養老、失業、醫療、工傷和生育保險約在工資總額的 20~30%，對勞動成本影響深遠。在台商投資企業方面，根據研究發現，台資企業為中國大陸勞工投保保險的比例是 54.7%，這表示若此規定確切落實，將使近半數的台資企業受到衝擊。<sup>122</sup>

### 第二項 外商投資企業對於勞動法所採取之策略

外商投資企業對於《勞動法》所造成之影響，採取的經營策略包含以下三個方面<sup>123</sup>：

#### 第一款 勞動合同

對於勞動合同的簽訂，一般企業多存規避心態，對於這一點規定，企業重視的程度不高。部分外資企業擔心一旦簽訂，在經營管理上將受限制，一方面也擔心簽訂之後，將來可能需負擔許多未知的勞動成本支出，於是多半不簽訂。即使

<sup>121</sup> 黃春玉，參照前註 107，頁 32-33。

<sup>122</sup> 黃春玉，參照前註 107，頁 33-34。

<sup>123</sup> 黃春玉，參照前註 107，頁 35-36。

簽訂，也多傾向簽訂短期勞動合同，或是聘用臨時工來因應，因為《勞動法》並未強制企業須和臨時工簽勞動合同。在研究中指出，台商投資企業與中國大陸勞工簽訂勞動合同的比率僅有 18.7%，且主要乃是以勞工規模千人以上以及在中國大陸投資已有獲利的台商為主。

不過，勞動合同制中的自主性合同期限能給外商投資企業的人力資源策略相當大的實施彈性，因為《勞動法》規定「合同期滿，合同即自行終止。」企業不需付給當事人任何費用，也不必給資遣費。因此，企業可與專業技術性強或經營管理人員簽訂較長期限的合同，而對於一般非技術性的工作人員給予較短的合同期限，取代性愈高的，雇主與之簽訂合同的情況較不普遍。

## **第二款 勞動條件**

### **一、法定工時**

為使此規定的影響力減到最低，就勞動管理而言，企業會採取淡旺季人力調整，並配合運用休假對調的方式，使企業能保有足夠的人力，亦未剝奪職工依法享有休假的權利。不過事實上，中國大陸人民窮怕了，由於過慣苦日子，因此，在改革開放之後，他們拚命想賺錢，對於加班，絕大多數人抱持相當樂意的態度，只要勞工沒有反對聲浪，企業倒也樂見其成，因此，外資企業內的勞工必須超時加班的情況依舊普遍。

### **二、加班費**

雖然企業喜歡勞工們配合產能加班，但在加班費的計算上，可說是錙珠必較，由於僱用勞工人數多，控制勞動成本也是雇主極重視的管理工作。在中國大陸投資的台商投資企業，無論在何地、何種型態、企業規模大小，其基本薪資制度差異不大，多採用「結構工資制度」，就是為減少勞動成本，會將基本工資比重降低，而提高生活性津貼、加班津貼、補助的比重。但實務上不依法支付加班費的情況也是時有所聞。

### 第三款 社會保險

根據 1991 年 6 月 26 日實施的國發(1991)33 號令《國務院關於企業職工養老保險制度改革的決定》規定：「企業職工養老保險費，應由企業和職工共同分攤，企業繳納部份係按本企業職工工資總額和當地政府規定的比例在稅前提取，繳由社會保險管理機構統籌，專款專用。企業逾期繳納，要按規定加收滯納金。」所以企業必須為受僱職工提撥養老保險基金，不能規避繳費。但有兩個途徑可以「合法」少繳：一是繳納的費用以「本企業職工工資總額」為基數，按規定比例提取。依國家統計局(1998)公布「關於工資總額組成的規定」，生活性津貼如伙食費、誤餐費、生活補助費及其他多種費用不包括在「工資總額」內。企業可充份運用這項規定，在支付給員工的薪資中，多列舉一些不屬於「工資總額」界定範圍內的津貼、補助項目，以降低基數。第二是退休養老基金之提撥，只需針對在本地有城市戶籍的職工，非本地、非城市戶籍職工不必辦理，所以，可盡量僱用外地來的職工。原則上，各社會保險均以繳納的費用以「本企業職工工資總額」為基數，按規定比例提取，因此，可藉由列舉一些不屬於「工資總額」界定範圍內的津貼、補助項目來降低基數，減少提撥之支出成本。

### 第三項 小結

《勞動法》中規範的勞動合同制、法定工時、加班費計算、社會保險的全面實施以及勞動爭議等規定，都可能增加外商投資企業赴中國大陸投資的勞動成本。其中對於勞動合同制、工時限制的規定，某種程度降低外資在經營管理上的彈性。但從《勞動法》推行十多年的經驗可知，部份外資企業的因應方式包括：(1) 不遵守《勞動法》規範，包括未全額發放加班費、不與勞工簽訂勞動合同、不為勞工繳納社會保險費、加班時間超過規定…等、(2)善用自主性合同期限的彈性、(3)增加臨時工的僱用，因為不用與之簽訂勞動合同..等等合法及不合法的方式皆有。

## 第四章 勞動合同法對外商投資企業之影響分析

### 第一節 外商投資企業對中國大陸經濟增長及發展之影響分析

#### 第一項 外商投資企業對於經濟增長及發展之影響

20 世紀 60 年代以來，隨著先進國家企業對外直接投資的迅速發展，西方學者開始從不同角度、不同層次對先進國家跨國公司對外直接投資行為進行了大量理論和實證的分析，闡述其對外直接投資的動機、決定因素和行為方式等，形成了一系列對外直接投資理論。<sup>124</sup>

Dunning 的 OLI 理論，認為企業採取直接投資的原因主要來自於企業專屬利益 (Ownership advantage)、區位利益 (Location advantage) 和企業的內部化利益 (Internalization advantage) 等三方面因素<sup>125</sup>。部分學者對 FDI 的研究主要集中於從節約成本和市場開拓的角度分析，將 FDI 歸結為一種套利行為，其主要形式是建立「開發區」、「進出口加工區」和「免稅區」等，給予外國投資者稅收、土地和融資上的優惠。Brander 和 Spencer 認為，政府提供這類出口補貼，主要是為了在寡占市場上提高本國企業的競爭優勢，從而轉移他國企業的利潤<sup>126</sup>。Hwang 和 Mai 等綜合現代貿易理論與區位理論，認為外商直接投資來自於區位引誘效應 (location - induced effect)<sup>127</sup>。青木昌彥等認為，模組化生產技術的革新導致了產業結構的巨大變化，即由於產業鏈的每個程序分別按一定的流程進行調整和分割，每個環節和程序都有不同的價值。模組化反映在國際分工上就是：企業生產某一產品時，不再需要把所有的程序集中在一個地方，國際分工的邊界從產業層次轉換為價值鏈層次，一國的競爭優勢也隨之不再僅僅體現在某個特定產業或者某一

<sup>124</sup> 顧永紅、胡漢輝，參照前註 26，頁 59。

<sup>125</sup> Dunning, J. H. 1981, *International Production and the Multinational Enterprises*, p. 56-57.

<sup>126</sup> Brander, J. A. and B. J. Spencer. 1985, *Export Subsidies and International Market Share Rivalry*, *Journal of International Economics*, (18): 83.

<sup>127</sup> Hwang, H. and C2C. Mai. 2002, *The Tariff-jumping Argument and Location Theory*. *Review of International Economics*, (32): 361.

特定產品上，而是體現為在產業鏈中所佔據的環節或程序。先進國家的企業往往控制著附加價值較高的產品設計開發及關鍵零組件生產和售後服務環節，而將產品組裝等利潤空間小的環節外包給其他企業或者轉到勞動力成本較低的發展中國家，從而保持自己在整個產業的領先地位<sup>128</sup>。Bhagwati 認為，FDI 流入的規模和發揮的作用隨著一國對外政策，即是採取出口導向戰略(EP)還是進口替代戰略(IS)而改變<sup>129</sup>。Balasubramanyam 等證實，FDI 在實施出口導向戰略國家的經濟增長中所發揮的作用大於實施進口替代戰略的國家<sup>130</sup>。世界上人口最多、增長最快的兩個國家——中國和印度都採取了出口導向戰略，因此，它們有可能通過有效利用 FDI 來促進經濟增長和縮小與工業化國家的收入差別<sup>131</sup>。

1992 年世界投資報告《作為經濟增長發動機的跨國公司》指出：在全球化、市場化和服務經濟出現的背景下，跨國公司對發展中國家經濟增長的作用主要體現在五個方面：資本構成、技術、人力資源發展、貿易和環境。<sup>132</sup>

(一)資本構成方面：從資本的角度看，跨國公司為發展中國家提供了主要資金來源，並且是國際資本進入發展中國家的主要管道。儘管 FDI 在國內總資本構成中比例比較小，但是在特定行業和高技術行業佔據了相當大的比重。跨國公司通過與國內經濟聯結來刺激國內生產。它還通過對物質資本的積累直接推動發展

<sup>128</sup> 青木昌彥、安藤晴彥，2003，《模組時代：新產業結構的本質》，上海：上海遠東出版社。參閱自顧永紅、胡漢輝，參照前註26，(10)：59。

<sup>129</sup> Bhagwati, J. N., 1994, "Free Trade: Old and New Challenges", *Economic Journal*, 104, 231.

<sup>130</sup> Balasubramanyam, V. N.; M, Salisu and D. Sapsford, 1996, "Foreign Direct Investment and Growth in EP and IS Countries", *Economic Journal*, 106 (January), 92.

<sup>131</sup> 姚樹潔、馮根福、韋開蕾，2006，〈外商直接投資和經濟增長的關係研究〉，《經濟研究》，(12)：35。

<sup>132</sup> Transnational corporations as engines of growth, WORLD INVESTMENT REPORT 1992, p. 99-110。參閱自陳繼杰，2006，〈外商直接投資對可持續發展影響的研究綜述〉，《經濟社會體制比較》，(06)：74-75。



中國家的經濟增長。

(二)技術方面：從技術的角度看，跨國公司是技術發展的主要推動者，其研發經費一直高居首位。它們通過技術轉讓來促進發展中國家的經濟發展。世界投資報告認為跨國公司所屬的子公司在技術水準和投入的研發費用都遠遠高於本土企業。其子公司是技術轉讓的一個主要管道，對東道國企業的生產效率具有非常明顯的溢出效應。當然，技術溢出效應不是自動發生的，它還取決於地方供應廠商的開發能力、人力資源、企業家能力以及通過技術吸收促進競爭的激勵機制等等。

(三)人力資源發展方面：跨國公司對東道國的人力資源影響是非常明顯。一般而言，它對正規教育影響不大，主要是影響職業培訓。跨國公司對所屬企業進行員工培訓以滿足本公司的發展需要，這是為東道國進行重要的人力資源儲備。尤為顯著的是跨國公司的管理能力對東道國人力資源的發展溢出效應非常明顯。因為管理能力主要包括如何操作的技能，而這正是發展中國家所缺乏的。東道國通過制定與跨國公司人力資源培訓相銜接的政策，提高收益率。

(四)貿易方面：跨國公司通過提高東道國的出口業績、出口結構等推動發展中國家的貿易增長。

(五)環境方面：世界投資報告對跨國公司的環境影響主要持積極的態度，認為「跨國公司強大的財政、管理和技術力量能夠在當地環境保護中起到領導作用」。其立論的理由有：第一，由於服務業在 FDI 中比重的提高，這些行業對環境幾乎沒有什麼破壞。第二，經驗研究表明，污染集中行業的 FDI 在進行產業佈局時，環境控制的成本和國家的環境標準對其決策幾乎沒有決定作用。第三，由於跨國公司擁有的遠見、資源和易獲得清潔技術，其環境記錄比國內廠商表現更

好。世界投資報告也注意到了跨國公司的環境效應還取決於東道國的政策和管制框架。

在上述基礎上，世界投資報告提出對 FDI 的效應進行全面評估，而不是依據單個效果進行評估；關注對東道國有形資產和無形資產的評估。換言之，也就是短期增長效應和長期增長效應的評估問題。短期增長效應表現在 FDI 進入以後產生國際收支、貿易擴展和就業增加；長期增長效應體現為技術累積、配置資源和累積資本的能力、創新和市場進入能力，這影響到增長要素的累積。最後該報告提出了一個對後來研究非常具有啟發意義的結論：增長的影響對中等和高收入國家比低收入國家更為顯著。這不僅因為低收入國家中吸收 FDI 本來就很少，而且經濟增長的一些重要前提條件，比如農業勞動生產率提高、良好的基礎設施、教育水準的提高等，這些國家都非常缺乏，而跨國公司是不可能對這些方面進行投資的。<sup>133</sup>

## 第二項 外商投資企業對中國大陸在經濟增長及發展方面之影響

近年來，不少學者對外商直接投資對中國大陸經濟發展的影響進行了很有價值的理論和實證研究。江小涓在大量資料分析和對比研究的基礎上，比較全面的闡述了 FDI 對中國大陸工業經濟增長、技術進步、出口和國有企業改革的貢獻。並指出一個長期誤導的概念，許多學者提出「跨國公司壟斷了中國大陸市場」的觀點，是將跨國公司視為一個利益整體，計算其市場份額。這個概念是不恰當的，不同的外商投資企業來自不同的跨國公司，有各自獨立的利益，在中國大陸市場上主要是競爭關係而不是穩定的串謀關係，因此，即使外商投資企業總體上佔有較高比率，但若這個市佔率由多家跨國公司分割，就應該視其為競爭性的市場而不是壟斷性的市場<sup>134</sup>。沈坤榮和耿強運用計量分析的方法，證明了中國大陸經濟

<sup>133</sup> 陳繼杰，參照前註 132，(06)：74-75。

<sup>134</sup> 江小涓，2002，〈跨國投資、市場結構與外商投資企業的競爭行為〉，《經濟研究》，(09)：

過去二十多年來高速增長的過程中，FDI 的大量引進一直是一個不可忽視的重要原因。相反中國大陸產出的增長對 FDI 的增加並不存在必然的因果關係，這說明外國投資者在是否增加對中國大陸直接投資量時考慮的因素有很多，諸如政局是否穩定、市場的開放度如何、勞動力成本是否依然廉價、政策的優惠程度等等。

<sup>135</sup>王紅領、李稻葵等學者歸納了 FDI 對中國大陸自主研發的三種觀點，即「抑制論」<sup>136</sup>、「促進論」<sup>137</sup>和「雙刃劍論」<sup>138</sup>，並在此基礎上，利用中國大陸行業層面的面板資料，通過回歸分析觀察 FDI 對中國大陸企業自主創新能力的影響，他們的研究結論支持了「促進論」的觀點。<sup>139</sup>姚樹潔等以中國大陸為範例建立了研究 FDI 影響經濟增長的理論分析框架，並提出了以往經濟文獻尚未涉及的兩個重要假設：一是 FDI 是提高東道國生產效率的動力；二是 FDI 是東道國生產邊界穩定狀態的移動器。從研究結果來看，FDI 占總投資的比率和它與時間趨勢的乘積對生產有顯著的正影響，從而證實了本文提出的兩個假設。特別值得注意的是，技術進步在中國大陸經濟增長過程中發揮了非常重要的作用，其每年對中國大陸經濟增長的貢獻率達 315 % 至 413 %；在總體技術進步中，FDI 的貢獻高達 30 %。FDI 約占總投資的 5 %，它對中國大陸技術進步做出的貢獻強而有力地支援了第二個假設，即外商直接投資是中國大陸生產邊界線的移動器。<sup>140</sup>

---

38。

<sup>135</sup> 沈坤榮、耿強，2001，〈外商直接投資、技術外溢與內生經濟增長—中國資料的計量檢驗與實證分析〉，《中國社會科學》，(05)：91。

<sup>136</sup> 抑制論：內資企業在外資的強大壓力下被淘汰出局。參閱王紅領、李稻葵、馮俊新，2006，〈FDI 與自主研發：基於行業資料的經驗研究〉，《經濟研究》，(02)：44。

<sup>137</sup> 促進論：FDI 會提高內資企業自主研發能力。參閱王紅領、李稻葵、馮俊新，參照前註 136，(02)：44。

<sup>138</sup> 雙刃劍論：跨國公司在中國大陸的研發投資擴大了中國大陸研發資金來源，彌補了研發資金缺口；同時，隨著跨國公司在中國大陸研發機構的設立，必將提高其產品的技術含量，使其在中國大陸市場上獲得更強的競爭力。在這種情況下，本地的一些企業被迫退出市場，即打擊了本地企業的研發能力；但同時，大多數企業在與跨國公司的競爭中，能激發出它們的創新力，更有效地配置現有的研發資源，或者通過示範效應，學習跨國公司先進的研發管理經驗，從而又大大提升了內資企業的技術水平。參閱王紅領、李稻葵、馮俊新，參照前註 136，(02)：48。

<sup>139</sup> 王紅領、李稻葵、馮俊新，參照前註 136，(02)：44-54。

<sup>140</sup> 姚樹潔、馮根福、韋開蕾，參照前註 131，(12)：45。

FDI 對中國大陸經濟的積極影響<sup>141</sup>：(1)促進中國大陸的經濟增長，提升中國大陸的經濟實力。主要表現在兩方面，需求方面：第一，FDI 彌補了中國大陸建設資金的不足，已經成為中國大陸固定資產投資的主要來源。第二，外商投資企業帶動了中國大陸對外貿易的發展。供給方面：據估計，FDI 每增加 1%，中國大陸的 GDP 就增加 0.3%。(2)FDI 推進了中國大陸產業結構的升級。(3)FDI 為中國大陸創造了大量的就業機會，提高了中國大陸人民的收入水平。在外資企業中就業的勞工工資水平與內資企業相較，前者較高，所以在一定程度上提高了中國大陸人民的收入水平。(4)外商投資經濟已成為中國大陸稅收的重要來源。(5) 外商投資經濟促進了中國大陸的技術進步。尤其在自主研發能力上，FDI 的進入對內資企業起了重新洗牌的作用。在重新洗牌的過程中，那些研發投入不力的企業被淘汰出局，或破產，或被外資兼併，但留下的企業變得強大了<sup>142</sup>。

除了積極影響外，學者也提出一些 FDI 對中國大陸帶來的負面影響<sup>143</sup>：(1) 外商投資企業對中國大陸的產業安全造成了影響。(2)FDI 加劇了中國地區的不平衡，拉大了地區的差距。(3)FDI 不利於中國大陸產業結構的協調發展。FDI 一般是趨向於投資利潤比較高、回收期比較短的輕工業項目和重工業中面向消費領域的產品項目。服務業由於面向消費者，投資回收容易，而且跟進投資還可以服務跨國公司在中國大陸的投資企業，因此也是 FDI 的熱門項目。對於經濟中重要的基礎設施和基礎行業的投資則比較少，不利於產業的協調平衡發展。(4)FDI 進一步削弱了中國大陸政府的宏觀調控能力。但是許多研究，對於 FDI 與中國經濟增長的關係進行理論和實證的分析，大多數結論是外商投資的大規模流入為中國經濟增長和對外貿易發展提供了巨大的動力。

---

<sup>141</sup> 孫建中、王美麗，2003，〈外商對華直接投資的經濟影響及對策〉，《經濟理論與經濟管理》，(06)：12-13。

<sup>142</sup> 王紅領、李稻葵、馮俊新，參照前註 136，(02)：54。

<sup>143</sup> 孫建中、王美麗，參照前註 141，(06)：13-14。

### 第三項 小結

中國大陸利用 FDI 有以下幾個重要的特點<sup>144</sup>：(1)從總體規模上看，中國大陸已經成爲發展中國家利用 FDI 最多的國家。(2)從 FDI 的主體看，大型跨國公司已經成爲對中國大陸直接投資的主體。(3)從中國大陸利用 FDI 的地區分布看，東部沿海地區要遠遠高於中西部地區，具有明顯的不平衡性。(4)從中國大陸利用 FDI 的行業分布看，第二產業尤其是製造業居於首位，機械、運輸設備、電子及通信行業是外商投資的熱門行業。(5) 從中國大陸利用 FDI 的方式看，由合資經營爲主，向獨資經營轉變。

## 第二節 外商投資企業對中國大陸勞動就業之影響分析

### 第一項 外商投資企業對於勞動就業之影響

外商直接投資(FDI)一般指通過成立獨資、合資及合作企業的方式且對經營過程具有影響力與控制權的投資，間接投資是指通過國際貸款或購買有價證券而進行的投資，相對於外商間接投資來說，外商直接投資對經濟、社會的影響更爲廣泛、深刻和複雜，對勞動就業的影響也更爲顯著。<sup>145</sup>

FDI 對東道國就業的影響具有雙重性，可分爲吸收效應和擠出效應。當外資以新建企業的形式在東道國投資時，一般會帶來新的就業機會，但如果外資採取兼併收購東道國原有企業的形式投資，外資能否增加東道國的就業就是一個不確定的問題。如果它進一步擴大投資就可能增加就業，而如果它採用先進的技術和資本代替勞動則可能減少就業，而且外資可能會加劇國內市場的競爭，國內企業在競爭中的失利會減少就業。因此外資對東道國就業影響的淨效應就需要進行綜合的分析和評價。<sup>146</sup>

<sup>144</sup> 孫建中、王美麗，參照前註 141，(06)：12。

<sup>145</sup> 丁明智，2005，〈外商直接投資的就業效應剖析〉，《軟科學》，(03)：26。

<sup>146</sup> 霍倩佳、羅良文，2005，〈外商直接投資的就業效應分析〉，《理論月刊》，(01)：53。

對於一個外商直接投資企業，它獲取勞動力的管道不外乎以下三種：雇用外商本國的勞動力、雇用當地的高層次人才、雇用當地的普通勞動力。外商直接投資增加就業機會主要有三個方面：第一，直接的影響，即被外國投資者雇用；第二，間接的影響，即被某些通過與新投資的聯繫作用而獲益的公司雇用；第三，乘數的影響，即被某些受益於收入乘數作用的公司雇用。<sup>147</sup>

1994 年世界投資報告《跨國公司的就業和工作場所》的報告，認為 FDI 對全球就業市場都產生了相當大的影響。FDI 是人力資本積累的催化劑，其主要作用有兩個：一個是 FDI 激勵個體對教育更多的投入，從而在整體上提高人力資本的積累；另一個是 FDI 技術優勢迫使個體對正規培訓投入更多。<sup>148</sup>

## 第二項 外商投資企業對中國大陸在勞動就業方面之影響

中國大陸作為一個二元經濟結構的人口大國，充分就業一直是中國大陸政府關注的宏觀經濟目標之一，通過引進外資增加東道國的就業機會歷來被經濟學家認為是有效之舉。1979 年五屆人大二次會議通過《中華人民共和國中外合資經營企業法》，允許外國投資者與中國大陸國內企業組建合資企業，從此外資不斷注入中國。1983 年國務院第一次外資工作會議決定進一步解除對外資的管制，允許實現資本專案有條件的可兌換，1992 年鄧小平南巡講話後中國大陸引進外資規模突飛猛進。總體來說，中國大陸利用外資的規模龐大，1993 年以來外資規模已連續十六年居發展中國家第一。<sup>149</sup>

關於 FDI 的就業效應，許多學者都有作過相關研究。牛勇平通過對 FDI 與中國大陸就業數量的定量分析發現，在國內投資效率下降時，FDI 對就業增長作用

---

<sup>147</sup> 霍倩佳、羅良文，參照前註 146，(01)：54。

<sup>148</sup> 陳繼杰，參照前註 132，(06)：75。

<sup>149</sup> 丁明智，參照前註 145，(03)：26。

具有重要正效應。<sup>150</sup>霍倩佳和羅良文在〈外商直接投資的就業效應分析〉一文中，建立 FDI 的就業效應模型，分析 FDI 與中國大陸就業總量之間的相關關係。可以得出結論：FDI 的吸收效應大於其擠出效應，即 FDI 對中國大陸國內就業總量是具有正效應的。<sup>151</sup>蔡昉、王德文在〈外商直接投資與就業--個人力資本分析框架〉一文中，透過數據檢驗發現：(1)全部 FDI 就業對城鄉全部就業增長的貢獻率，從 1988 年的 1.5% 提高到 2001 年的 18.14%；(2)城鎮 FDI 就業對城鎮全部就業增長的貢獻率，從 1985 年的 0.4% 提高到 2001 年的 24%；(3)農村 FDI 就業對農村鄉鎮企業就業增長的貢獻率，從 1988 年的 2.4% 提高到 2001 年的 29%。<sup>152</sup>鍾輝的〈FDI 對中國就業影響的動態分析〉的研究中，通過對 FDI 在短、中、長期對中國大陸就業量的影響程度做動態分析，指出影響程度隨著內資企業的競爭力提高和產品市場需求的變化而變化，並非成簡單的正相關。在短期，FDI 可以創造大量的就業機會；中期 FDI 對中國大陸總就業量的影響尚不明確；長期 FDI 對就業的影響是積極的，但這取決於內資企業能否充分吸收 FDI 的外溢效應，能否在競爭中提高自身的創造能力和競爭力。<sup>153</sup>丁明智在〈外商直接投資的就業效應剖析〉的研究，通過實證分析表示：FDI 對就業影響為正效應，但就業增長主要靠國內投資拉動。20 世紀 90 年代中期以來，FDI 的直接就業效應有弱化趨勢，間接就業效應有所增強。<sup>154</sup>陳浩、劉葆金在〈外商直接投資對我國人力資本發展的影響分析〉的研究中，指出中國大陸改革開放以來，FDI 在促進中國大陸經濟增長，增加就業的同時，也促進了中國大陸人力資本的發展，運用實證方法分別從積累效應、收益效應和制度效應三個層面進行分析，可以看出應重視發揮 FDI 在推動中國大陸人力資本型經濟增長方式轉型中的重要作用，把人力資本戰略納入 FDI 發展的核心目標之一，採取有效政策措施，進一步提高 FDI 對中國大陸人力資本發展的

<sup>150</sup> 牛勇平，2001，〈國際直接投資與我國就業量之間的關係〉，《經濟學動態》，(11)：29。

<sup>151</sup> 霍倩佳、羅良文，參照前註 146，(01)：53-54。

<sup>152</sup> 蔡昉、王德文，2004，〈外商直接投資與就業--個人力資本分析框架〉，《財經論叢》，(01)：2。

<sup>153</sup> 鍾輝，2005，〈FDI 對中國就業影響的動態分析〉，《世界經濟研究》，(12)：14。

<sup>154</sup> 丁明智，參照前註 145，(03)：26。

貢獻度。<sup>155</sup>

雖然也有學者提出不同意見，例如：余永定在〈FDI 對中國經濟的影響〉的研究中，認為外資企業在創造就業的同時，也通過競爭減少了原先國有企業提供的就業，所以 FDI 對創造新增就業的貢獻適中，與 FDI 在中國大陸資本積累中的程度相比，FDI 在創造就業方面並不十分理想。<sup>156</sup>桑百川在〈外商直接投資企業對我國的就業貢獻〉的研究中，指出 FDI 對就業的直接影響表現在：一方面，在外商投資初期、資本有機構成<sup>157</sup>不變的條件下，外商投資的增長，對勞動力的需求也相應增加；另一方面，隨著市場競爭加劇，外商投資企業資本有機構成提高，不僅新增加的投資採用新技術設備，更多地用於追加生產資料，更少地用於勞動力，原有投資的技術革新不斷進行，會排擠出剩餘勞動力。FDI 對就業的間接影響表現在：一方面，外商投資企業與內資企業存在分工協作關係，外商投資的增加，會因投資乘數和加速原理，帶動國內投資和市場擴大，從而擴大就業總規模；另一方面，外商投資企業與內資企業存在競爭關係，隨著這種競爭的加劇，內資企業的資本有機構成也會不斷提高，對勞動力的需求會相對減少有時甚至是絕對減少。<sup>158</sup>但長期以來，學術界對於 FDI 所帶來就業效應的研究已經十分廣泛。普遍認為，對於存在較大就業負擔的發展中國家，FDI 在東道國的經濟活動直接或間接地創造了就業機會，提高了就業水準，改善了就業品質，這基本是一個普遍認同的見解。<sup>159</sup>

---

<sup>155</sup> 陳浩、劉葆金，2007，〈外商直接投資對我國人力資本發展的影響分析〉，《中國人口資源與環境》，(02)：127。

<sup>156</sup> 余永定，2004，〈FDI 對中國經濟的影響〉，《國際經濟評論》，(02)：23。

<sup>157</sup> 資本的構成包括技術構成和價值構成兩個方面。資本有機構成：是由資本技術構成所決定的，又反映技術構成變化的資本價值構成。資本有機構成的不斷提高必然導致相對過剩人口的產生。相對過剩人口：指相對於資本需要表現的過剩的勞動力。原因：因為有機構成的提高，導致了資本對勞動力的需求日益相對下降。

<sup>158</sup> 桑百川，1999，〈外商直接投資企業對我國的就業貢獻〉，《開放導報》，(04)。

<sup>159</sup> 劉偉林、胡曉鵬，2005，〈論跨國公司的就業效應〉，《世界經濟研究》，(12)：64。鍾輝，參照前註 153，(12)：11。丁明智，參照前註 145，(03)：26。



FDI 的就業效應具體包括以下幾種：<sup>160</sup>

### (1)直接效應

有學者對外商在華直接投資動機作了分析。結果表明，在利用當地廉價的勞動力、擴大和佔領中國大陸市場、確保原材料的供應和利用當地豐富的自然資源等 15 個投資動機中，利用當地廉價的勞動力位居第一。外商直接投資企業一般除了設置少量外商本國專業人才和管理人員以外，主要是在投資地招募人員。一方面，培養少量的高層次人才，實現「本土人才的國際化」；另一方面，大量雇用當地的普通勞動力。在這一點上，外商直接投資對東道國直接創造就業機會的效應與生產過程的勞動密集程度息息相關。如果勞動密集程度較高，亦即通常所言的勞動密集型生產，則可吸納較多的勞動力，直接創造就業機會的效應也就較大。在勞動密集型的工業部門，如服裝業、電子製造業和食品飲料加工業，FDI 的直接就業效應是非常突出的。

### (2)間接效應和乘數效應

除直接效應外，外商直接投資企業還會通過與東道國企業建立的各種連鎖關係及乘數效應創造就業機會。產業的關聯效應，如汽車、電子等許多外商直接投資的行業都具有廣泛的前向與後向聯繫，可以使供貨商、銷售商和服務代理商創造就業機會。

### (3)就業質量的提升效應

一般來說，外商投資企業不僅給東道主國家帶來了資金，也帶來了先進的技術和管理理念。這一點在跨國公司的投資方面表現的最為突出。很多先進的跨國大公司，非常重視人力資源開發，培養東道國的技術和管理人才，這樣無疑會帶來促進有益於東道國經濟的就業質量提升效應。技術和資本密集型產業的競爭優勢建立在高素質人力資源的基礎上，為了使其技術、設備能夠有效運轉和經營方

<sup>160</sup> 霍倩佳、羅良文，參照前註 146，(01)：54。

針能有效貫徹，跨國公司就必須在投資國培養掌握有經營理念、經營管理知識和技術能力的人才。特別是大型跨國公司，它們都有一整套成熟的員工培訓計畫，培訓內容豐富而實用，這不僅提高了本身企業員工的素質，還為投資國的國內企業培訓員工提供了可供借鑒的現成方式及教材。

接下來，分別以短、中、長期來分析 FDI 對中國大陸就業的影響。<sup>161</sup>

#### (1)在短期方面

FDI 對中國大陸就業的增加是有積極影響的，中國大陸勞動力市場的最大特點是勞動力廉價，但現有的剩餘勞動力多數只能從事簡單勞動，即勞動力市場有量而質低。勞動密集型外資企業主要就是為了利用中國大陸充裕的廉價勞動力，勞動密集型外資企業由於對勞動力的要求並不是很高，可以直接從剩餘勞動力市場獲取所需的員工。

#### (2)在中期方面

FDI 對現有同行業的內資企業既有擠出效應也有擠入效應，從而對就業也有相應的擠入擠出影響。(1)當 FDI 過多地進入競爭性行業，或者是內資企業效率低落，或者是政府對外資有優惠政策，或者是國內投資機會有限，外資與內資爭奪稀缺資源的情況下，FDI 與內資會呈現出擠出效應。當 FDI 與內資呈現擠出效應，必然會減少或阻止內資的形成與運作，在中期產品、服務市場需求不變的情況下，內資企業的就業量必然會下降，因此對就業產生消極影響。(2)當內資企業享受到外資的技術溢出效應從而提高技術水平和競爭力，或者 FDI 投資的行業(如能源產業)存在很強的前向或後向關聯性，或者 FDI 投資於國內發展落後、內資企業不願意進入或無能力進入的高風險、高技術產業，此時 FDI 對內資是擠入效應，當 FDI 對內資呈現擠入效應時，外資的流入引致國內資本形成，促進了市場形成、擴大和發展，因此對就業產生積極影響。

<sup>161</sup> 鍾輝，參照前註 153，(12)：12-14。

### (3)在長期方面

FDI 對就業影響的間接效應比其直接效應突出，對就業的創造主要由內資企業來實現。(1)FDI 擴張方式的轉變：當 FDI 的進入提高了市場競爭效率，促進了經濟增長，導致市場規模擴大，刺激了產品的需求，促使外資企業繼續擴張在中國大陸的規模。在中國大陸市場發展成熟後，外資企業的擴張不再以新建為主，轉變為併購內資企業。這種轉變會對內資企業現有就業產生負面影響，但由於內資企業吸收了 FDI 的溢出效應，具有了同外資企業相抗衡的實力，內資企業也將走上擴張之路，進而創造新的就業機會，因為內資企業的員工數量大於外資企業，所以 FDI 所帶來的總就業量還是增加的。(2)外資企業戰略的轉變：隨著中國大陸市場不斷的變化，外資企業投資目的已不僅僅是簡單地利用廉價勞動力，為了擴大在中國大陸的市場，外資企業將其研發機構、地區總部遷至中國大陸境內。其戰略轉變對中國大陸產業結構產生優化作用，促使中國大陸產業結構從勞動密集型產業轉向資本技術密集型，甚至知識密集型產業。外資結構的變化直接影響中國大陸的產業結構，進而影響中國大陸的就業結構和規模。FDI 直接對就業量的貢獻不會太大，但會將人力資本提升到較高的層次。

中國大陸作為發展中的國家，隨著自身經濟的發展和國際經濟形勢的變化，FDI 的就業效應也是不斷變化的，在不同的時期，將呈現出不同的特點。自 20 世紀 90 年代以來，尤其是在中國大陸加入 WTO 之後，FDI 對就業各方面的影響也發生了很大的變化，FDI 的就業效應出現了一些新的特點：<sup>162</sup>

(1)增加的就業總量下降。長期以來，外國對中國大陸的直接投資主要以新項目、建新企業的方式進行，或者說多數是「綠地投資」，國外流行的收購兼併投資方式在中國大陸尚處在試點和試探階段。20 世紀 90 年代中期以後，中國大陸成長了一大批具有收購價值的企業，而人們從觀念上對併購從反對到接受，這些

<sup>162</sup> 霍倩佳、羅良文，參照前註 146，(01)：54-55。

都使在中國大陸實施併購投資方式的有利條件逐步形成。於是越來越多的外商直接投資是通過併購投資方式進行的。從增加就業角度來看，與綠地投資相反，併購方式並不創造新的就業。隨著跨國公司戰略調整和國際分工進一步深化等情況的變化，從總量上看，FDI 的就業效應與 90 年代前高速發展的時期相比呈現了下降的趨勢。

(2)直接效應的弱化。20 世紀 90 年代初期以來，FDI 大多數進入中國大陸產業結構升級過程中大力發展的產業，投資最集中的行業有微電子業、汽車製造業、家用電器業、通訊設備業、化工業等行業，都是技術、資金密集型的行業。數據表示，全球 500 強企業在中國大陸投資的行業主要集中在電子及通信製造設備、機械、交通運輸設備、化學原料及化學製品等資本、技術密集型行業，500 強在以上 4 個行業的投資項目合計 486 個，占 500 強在中國大陸投資項目總數的 40%；投資規模合計約 166 億美元，佔有 500 強在中國大陸投資規模的 55%。在紡織、服裝等勞動密集型行業投資較少，只占其在華投資總額的 2%。同時，自 1995 年 6 月 20 日中國大陸發布《指導外商投資方向暫行規定》，首次以法規形式指導外商在中國大陸直接投資的產業方向後，中國大陸已從過去單純利用外資的數量變為更重視外資的質量。利用外資政策的變化促進了 FDI 向技術型行業的轉變。這兩方面的變化，使與產業勞動密集程度息息相關的直接就業效應不斷被弱化。

(3)間接效應增強。根據 FDI 間接就業效應的形成機制，隨著世界經濟一體化的不斷發展，以及大型跨國公司內部分工的不斷深化以及垂直一體化程度的逐漸下降，這類效應今後將會更為顯著和變得更為重要。

(4)就業的質量提升效應進一步被強化。隨著 FDI 的產業變化，就業質量本身就有很大的提高。一般來講，在資本和技術密集型產業的外商投資企業雇傭的

勞動力的工資、工作條件要優於勞動密集型產業的勞動力。同時，FDI 的示範效應在不斷的加強，而中國大陸企業對別國經驗的吸收能力也在不斷地學習中越來越強。因此，企業待遇、人員管理和知識培訓等很多方面都會有很大的變化，整體的就業質量也會有很大的提高。

### 第三項 小結

以上分析表明，FDI 對中國大陸國內就業是有很大的貢獻的。現階段 FDI 就業效應呈現出的新特點則說明不要僅僅從直接就業量上去考查 FDI 的就業效應，更要看到 FDI 對中國大陸國內就業的帶動和示範效應。中國大陸要努力提高 FDI 的整體就業效應，以實現中國大陸利用 FDI 的三大目標，即促進經濟增長，加快技術進步和增加就業。中國大陸是一個人口大國，解決勞動力的就業問題將是一個長期的課題。改革開放以來，FDI 為中國大陸的勞動力提供了大量與資本要素結合的機會，在農村勞動力向工業部門轉移過程中發揮了重要作用。在全球經濟一體化的大背景下，中國大陸更應充分利用先進國家的剩餘資本，與中國大陸大量的剩餘勞動力結合起來。應由追求速度為主要目標的經濟增長，轉向以就業為中心的經濟增長。在引進外資過程中，應創造一個最佳的吸引外資的投資環境，結合中國大陸經濟發展的需要，有計劃、有步驟地調整國內外資政策。<sup>163</sup>

### 第三節 勞動合同法對外商投資企業人力資源管理之影響分析

《勞動合同法》對於企業人力資源管理的影響是多方面的，對此業界已基本達成共識。但究竟會產生哪些影響、企業如何有效應對，則是企業關注並極待研究和明確的兩大實際問題。本節將探討《勞動合同法》對外商投資企業人力資源管理之影響。

---

<sup>163</sup> 霍倩佳、羅良文，參照前註 146，(01)：55。

由前述的《勞動合同法》主要內容加以分析了解，可以發現《勞動合同法》會對於在中國大陸經營的企業，無論是內資企業、外資企業在人力資源管理都會產生幾個方面的重大影響，分別是：對於企業用工方面之影響、對於企業勞動成本方面之影響、對於企業員工管理方面之影響、政府嚴格落實勞動監管對於企業之影響。

## 第一項 對於企業用工方面之影響

### 一、用工風險增加

《勞動合同法》對於勞動者的傾斜保護，使企業在法律上處於弱勢地位，其中一個重要的影響就是企業用工風險的增加，包含勞動者離職風險、勞動者適任風險和商業秘密保護風險等方面。

(1)勞動者離職風險：勞動者離職風險的增加乃源於《勞動合同法》對勞動者辭職權的實質性擴大，勞動者辭職權的擴大自然導致離職風險相對提高。《勞動合同法》至少從以下 4 個方面擴大了勞動者的辭職權：

第一，勞動者的「無因辭職權」：《勞動合同法》第三十七條明確規定，勞動者不需理由只要提前 30 天書面通知用人單位即可解除勞動合同，這就是所謂的勞動者「無因辭職權」。

第二，增加勞動者的「有因辭職權」：《勞動合同法》第三十八條擴大了勞動者的「有因辭職權」，主要有兩項：一是因用人單位未依法繳納社會保險費的「隨時解約權」；二是因用人單位規章制度違法而損害勞動者權益的「隨時解約權」。

第三，限制了服務期：《勞動合同法》第二十二條規定，用人單位只有為勞動者出資提供專業技術培訓時才能與勞動者約定服務期以及違反服務期的違約

金。

第四，取消「脫密期」：所謂「脫密期」是指用人單位與知悉企業商業秘密的勞動者約定，在勞動者提前解除勞動合同時有提前通知之期限（一般不超過6個月），而在該期間內用人單位可採取脫密措施以保護自身的商業秘密。《勞動合同法》實施之前，「脫密期」在中國大陸大多地方屬於用人單位合法保護商業秘密的手段，但《勞動合同法》之立法者考慮到「脫密期」大大限制了勞動者的辭職權和擇業權，因此未予提及，實際上就是否定了「脫密期」的合法性，所以「脫密期」的取消也造成勞動者辭職權的擴大。<sup>164</sup>

(2)勞動者適任風險：《勞動合同法》為要遏制當前勞動合同「短期化」之問題，特此制訂了許多相應的規範，以促使實現勞動合同「長期化」與「穩定化」之立法目的。

第一，在無固定期勞動合同方面：根據《勞動合同法》第十四條規定，已連續簽訂兩次固定期勞動合同後續簽者，應當續訂無固定期勞動合同；且勞動者在該企業連續工作滿十年者，亦應當續訂無固定期勞動合同。

第二，在解雇保護方面：例如，根據《勞動合同法》第四十二條規定，對可能遭受職業病危害的勞動者和老齡勞動者有特殊之保護，企業不得任意解僱。

第三，在勞動合同終止補償方面：根據《勞動合同法》第四十六條第五項規定固定期限勞動合同期滿，除用人單位維持或提高勞動合同約定的條件，勞動者不同意續簽外，終止時均應支付經濟補償金。

<sup>164</sup> 陸敬波，2007，《勞動合同法 HR 應用指南》，北京：中國社會科學出版社，頁 9-10。

《勞動合同法》在無固定期限勞動合同、解雇保護、勞動合同終止補償三方面的制度，都將迫使用人單位的勞動關係長期化與凝固化，這給用人單位帶來的主要風險就是無法有效調配人力資源，難以做到適才任用。

(3)商業秘密保護風險：《勞動合同法》第二十四條規定：「競業限制的人員限於用人單位的高級管理人員、高級技術人員和其他負有保密義務的人員。」商業秘密越來越受到企業的重視，而相關的爭議案件也愈來愈多，其中以「競業限制」和「脫密期」之爭議為最，此乃因為「競業限制」和「脫密期」皆被當前許多企業作為保護商業秘密之方式，故《勞動合同法》對於「競業限制」所適用的人員範圍和期限都訂定了更為嚴格的限制，例如「競業限制」僅得適用於高級管理人員、高級技術人員和其他知悉企業商業秘密的勞動者，此將使得多數勞動者被排除在「競業限制」的規範外，導致其保護商業秘密之功用被大大降低；而《勞動合同法》亦取消了「脫密期」之規定。因此《勞動合同法》對於「競業限制」的嚴格規範和「脫密期」的取消，使企業在保護商業秘密之法律手段有減無增，也更增加了商業秘密之保護風險<sup>165</sup>。

2008年12月騰迅公司起訴15名離職員工案，案情簡介<sup>166</sup>：2008年11月16日，騰迅把一批技術人員告上法庭，原因是這些員工違反競業禁止義務。這些員工當初與騰迅簽署的勞動合同中有一項競業禁止約定，規定離職員工在2年內不得加盟其他與騰迅相關業務有競爭關係的企業。但此後，這些跳槽員工帶走大量的技術和商業機密到新公司後依然毫無顧忌地從事與其在騰迅完全類似的工作，給騰迅公司正常的經營活動造成了極大困擾。騰迅不得不採取法律行動，保護公司和員工的合法權益。該案於2008年12月26日首次開庭，雙方爭議的焦點在於騰迅認為，提起違反競業禁止義務訴訟是正當維權，但相關員工認為騰迅

<sup>165</sup> 董保華，2007，《勞動合同法的軟著陸》，北京：中國法制出版社，頁335。

<sup>166</sup> 魏浩征，2009，〈2008年十大勞動爭議案件點評〉，《工會博覽(社會版)》，(02)：25。



未支付競業禁止的經濟補償，因此該協議並不成立。騰迅方面給予的解釋是公司勞動合同中已明文規定了補償條款，「員工在職期間，每個月工資中的 200 元視為公司給予員工的競業補償費用」。雙方對此爭執不下。本案目前正在審理中。

與競業限制相關的案例最近幾年在中國大陸屢見不鮮，本案引發全社會廣泛的關注，在正式開庭前，社會輿論的天平就已向被訴的 15 名員工傾斜。就本案而言，騰迅公司雖與技術人員簽訂了競業限制協議，但根據《勞動合同法》規定：競業限制經濟補償金必須於員工離職後在競業限制期限內按月發放，因此騰迅公司隨工資支付的 200 元費用不能視為是競業限制經濟補償金。而本案的另一個爭議焦點在於公司未支付競業限制經濟補償金的，員工是否還必須履行競業限制義務，即協議是否有效？對於這個問題，目前的法律沒有規定清楚，各方對此也持有不同的觀點。關於保密義務，類似的問題還有能不能繼續使用脫密期、違約金僅能針對競業限制還是也能針對其他保密義務、不約定補償金或約定了補償金但不按約定支付競業限制協議還有效無效..等，這些問題在目前的《勞動合同法》及《勞動合同法實施條例》中均未作明確規定。本案的最終裁判結果或許將對以後的立法產生一定的影響。<sup>167</sup>

## 二、用工規範加強

所謂「用工規範」是指用人單位進行勞動合同管理時所遵循和依據的具有法律約束力的各類規則。主要可分下列為三類<sup>168</sup>：(1)法律法規類，即國家制定的法律、法規、規章、司法解釋…等規範性文件；(2)規章制度類，即用人單位與工會或員工代表通過平等協商制定的各類規章、規則、流程、守則…等；(3)勞動合同類，即用人單位和個體勞動者訂立的勞動合同，及其他的保密、培訓協議…等，而《勞動合同法》所加強用人規範之影響，主要係指關於規章制度類和勞動合同

<sup>167</sup> 魏浩征，參照前註 166，(02)：25。

<sup>168</sup> 熊春景，2007，《中華人民共和國勞動合同法解釋與應對》，上海：上海人民出版社，頁19。

類兩者所造成之影響而言。

(1)規範的內容要合法：規章制度和勞動合同之用工規範都是企業內部的「小法」，即為國家法律之具體化內容，故其內容不可抵觸法律之規定，否則無效。但實務上，企業之規章制度和勞動合同內容違反法律規定的情況非常普遍，因此《勞動合同法》完善了過去立法之缺陷，並提高了企業違法之責任及風險，例如企業之規章制度損害勞動者權益者，勞動者可隨時解除合同並要求企業支付經濟補償金之規定，乃賦予了勞動者「隨時解約權」<sup>169</sup>和「求償權」<sup>170</sup>，故企業實有必要更加注意關於企業用工規範內容之合法性。《勞動合同法》將使得用人單位有必要加強在用工規範合法性方面的工作力度，以確保用工規範不與法律相悖。

(2)規範的內容要完備：用工規範合法只是滿足了人力資源管理的底線要求，並不能滿足人力資源管理的更高要求。例如，如何在合法的基礎上有效控制各類用工成本和用工風險？如何在合法的基礎上培養、留住和使用核心人才？這就要求用工規範要在合法的基礎上創設有效的、可操作的、具體的內容，以滿足人力資源管理的更高要求。<sup>171</sup>

(3)規範的制定程序要合法：《勞動合同法》第四條規定：「用人單位在制定、修改涉及勞動者切身利益的規章制度時，應當與工會或者職工代表平等協商確定。」《勞動合同法》的這一變化使得用人單位不僅要充分徵求勞動者方面的意見，更要得到勞動者方面的同意，規章制度制定的難度因制定程序的變化而顯著提高。

---

<sup>169</sup> 參照《勞動合同法》第三十八條

<sup>170</sup> 參照《勞動合同法》第四十八條

<sup>171</sup> 陸敬波，參照前註 164，頁 15。

### 三、用工方式調整

《勞動合同法》除了對標準用工方式有詳細之規範外，還對勞務派遣和非全日用工..等非標準用工方式進行了規範，但對於勞務派遣的基本態度是規範與限制；而對於非全日用工則是規範與鼓勵，如此將導致企業對用工方式的調整。

(1)勞務派遣用工的再考慮：作為一種新的勞動用工模式，勞務派遣曾受到勞動市場的歡迎。但由於特殊的勞務派遣單位、用工單位及勞動者三方關係的存在，勞務派遣往往容易滋生勞動關係糾紛，這在一定程度上導致中國大陸勞務派遣市場的混亂。《勞動合同法》從立法的層面吸收其作為勞動用工的補充形式的同時，提高了勞務派遣的門檻<sup>172</sup>：1、註冊資本要求提高：依據《勞動合同法》規定，設立勞務派遣公司除應遵循中國大陸公司法的相關規定外，還必須滿足註冊資本額五十萬元人民幣的最低要求，這較公司法對有限責任公司的最低註冊資本額三萬元人民幣高出許多。2、適用勞務派遣的職務：《勞動合同法》第六十六條規定勞務派遣一般適用於臨時性、輔助性或替代性工作職務。接受以勞務派遣形式的實際用人單位不得規避法律規定，自行設立勞務派遣單位向實際用人單位或其所屬單位派遣勞動者。3、跨地區勞務派遣：勞務派遣單位派遣勞動者應當與實際用人單位訂立勞務派遣協定，並約定派遣職位、派遣人員數量、派遣期限、勞動者勞動報酬和社會保險費的數額與支付方式及違反協定的責任。如果是跨地區派遣勞動者時，被派遣勞動者享有以實際用人單位所在地標準的勞動報酬和勞動條件。4、保障被派遣勞動者的利益：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。實際用人單位應當根據工作職務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。被派遣勞動者享有與實際用人單位的勞動者同工同酬的權利，即使被派遣勞動者在無工作期間，勞務派遣單位仍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勞動報酬。以上規定對勞務

<sup>172</sup> 吳民平，2007，〈勞動合同法對用人單位提出新挑戰〉，《上海企業》，(10)：12-13。

派遣予以明確規範，增加勞務派遣單位的法律責任，加大對被派遣勞動者權益的保護力度。

勞務派遣之用工方式在中國大陸被廣泛採用，究其原因主要有下列三大吸引企業之優勢：1、降低用工成本；2、規避用工風險；3、便於用工管理。《勞動合同法》對於勞務派遣進行了諸多方面的規範和限制，其中最具殺傷力的有兩方面是「同工同酬」和「連帶責任」。所謂「同工同酬」：即企業中的勞務派遣員工與正式員工應同工同酬，而使得降低用工成本之優勢不復存在；又所謂「連帶責任」：即勞務派遣企業違法導致受遣員工權益受到侵害者，由實際用人企業和勞務派遣企業共同連帶承擔賠償之責任，此規定也使得規避用工風險之優勢亦不復存在<sup>173</sup>，其結果將是用工單位大幅減少採用勞務派遣這種用工方式。

(2)非全日制用工的採用<sup>174</sup>：根據《勞動合同法》第六十八條規定：「非全日制用工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。」非全日制用工是一種新的、靈活的用工方式，由於協議口頭化、終止無因化、無補償化，可以讓用人單位便於管理且成本低，使得用人單位願意任用，也使得勞動者易於就業。但多數企業和勞動者對此仍較為陌生，但《勞動合同法》卻對其制訂了大篇幅的規範，足見《勞動合同法》對此種用工方式的重視，而且隨後訂定的《就業促進法》<sup>175</sup>也將對此種用工方式作出相應之規定，顯見非全日制用工正受到勞動立法的推動。非全日制用工可達到三贏：1、用人單位贏，非全日制用工的靈活特性，例如口頭化契約、終止的無因化、隨時化和無償化…等特性，可讓用人單位便於管理且成本降低；2、勞動者贏，非全日制用工的小時工資化、多用人單位化等特點，可以使勞動者易於就業；3、國家贏，非全日制用工讓用人單位和勞動

<sup>173</sup> 董保華，參照前註 165，頁 109。

<sup>174</sup> 陸敬波，參照前註 164，頁 17。

<sup>175</sup> 《就業促進法》，2007 年 8 月 30 日頒布，2008 年 8 月 30 日實施。

者雙贏，則也代表就業率的提高，這對國家而言乃好事一樁。《勞動合同法》的實施將使得這種用工方式受到重視和採用。

(3) 專業外包的推廣<sup>176</sup>：勞務派遣用工方式被法律嚴格之限制，因此許多大型勞務派遣機構轉為發展「專業外包」之方式，又稱為「服務外包」。專業外包和勞務派遣之本質不同，主要在於勞務派遣是「賣人」，而專業外包是「賣服務」，這也導致了一系列權利、義務的差異，例如法務外包，即律師事務所派律師進駐企業進行階段性或項目性的法律服務，而律師在企業工作並不像勞務派遣員工一樣接受企業管理，工資也不由企業發放，休假待遇都跟企業無關，若發生工傷也由律師事務所承擔，而企業支付的是律師服務費而非勞務派遣的管理費。《勞動合同法》對於企業勞動成本的增高，導致企業把非核心的部門或者不擅長的業務精簡，代之以專業外包，一方面可降低用工成本，另一方面也順應「專業的事由專家去做」此一當今社會化分工的趨勢。

## 第二項 對於企業勞動成本方面之影響

海基會台商財經法律顧問、漢邦會計師事務所會計師史芳銘估計，工資上漲、加班費的落實執行、到相關的經濟補償，估計 2008 年台商在中國大陸的勞力成本將提高 40%至 50%，數字足以讓台商心驚。<sup>177</sup>上海台商會前會長葉惠德估計，《勞動合同法》實施後，每名員工的勞動成本將增加五成以上。若以上海地區來說，工資成本將增加約 44%，昆山和東莞則增加約四成。同時，基本工時從每週四十二小時減為四十小時，加班費將大幅增加。<sup>178</sup>究竟《勞動合同法》將如何影響企業的勞動成本？包含以下三個方面：

<sup>176</sup> 陸敬波，參照前註 164，頁 17-18。

<sup>177</sup> 呂國禎、林亞偉，2007，〈「新勞改」將把台商逼出大陸？〉，《商業週刊》，(1037)：80。

<sup>178</sup> 蕭勝鴻，2007，〈勞工成本將增五成 郭台銘急見吳儀〉，《商業週刊》，(1035)：62。

## 一、工資成本提高<sup>179</sup>

《勞動合同法》在對勞動合同制度進行全面整合的同時，也對工資制度進行了規定，加強了對工資制度的行政干預，這些都對用人單位的薪酬管理產生直接影響。在市場經濟制度中，工資水平的確定機制主要依靠市場調節。《勞動法》即按此模式規定用人單位根據本單位的生產經營特點和經濟效益，依法自主確定本單位的工資分配方式和工資水平，國家對工資總量實行宏觀調控<sup>180</sup>。隨著市場經濟體制的逐步建立，中國大陸逐步形成了工資分配的三個調整層次：宏觀層次上國家對工資實行底線干預，建立最低工資標準制度，對用人單位和勞動者在最低工資標準基礎上的自由協商給予充分的空間；中觀層次上，中國大陸開始逐步推行工資集體協商，工會或者勞動者集體推選的代表可以要求與用人單位協商工資水平；微觀層次上企業有了包括分配自主權在內的經營自主權，用人單位可以和勞動者平等協商約定工資。《勞動合同法》在對勞動合同制度進行全面整合的同時，也對工資制度進行了規定，在三個層次上對原有的工資管理模式予以調整。

(1)國家對工資制度干預加大：《勞動合同法》在薪酬制度上最突出的變化就是對工資水平由原來的底線干預轉為全面介入：加強了對最低工資的監管，將用人單位執行最低工資標準的情況列入勞動行政部門監督檢查範圍，對違法單位可予以要求賠償金<sup>181</sup>；對事實勞動關係的工資水平按用人單位或行業集體合同標準確定<sup>182</sup>，超過一個月的，用人單位要支付二倍工資<sup>183</sup>；對試用期工資設定了三項標準，勞動者在試用期的工資不僅不得低於最低工資標準，而且不得低於本單位相同崗位最低檔工資或者勞動合同約定工資的 80%<sup>184</sup>；同時也對服務期工資進行了規定，服務期不影響按照正常的工資調整機制提高勞動者在服務期期間的勞動

<sup>179</sup> 楊杰，2007，〈薪酬管理規定的變化和實施〉，《中國勞動》，(12)：14-16。

<sup>180</sup> 參照《勞動法》第四十六條、第四十七條、第四十八條

<sup>181</sup> 參照《勞動合同法》第七十四條、第八十五條

<sup>182</sup> 參照《勞動合同法》第十一條

<sup>183</sup> 參照《勞動合同法》第八十二條

<sup>184</sup> 參照《勞動合同法》第二十條

報酬<sup>185</sup>；對無效勞動合同，如果勞動者已付出勞動的，用人單位應當向勞動者支付勞動報酬，勞動報酬的數額參考用人單位相同或者相近崗位勞動者的勞動報酬<sup>186</sup>；對勞務派遣員工，《勞動合同法》規定被派遣勞動者與直接招用的員工同工同酬，如果用工單位沒有同類崗位的其他勞動者，則派遣勞動者的工資要根據社會水平，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<sup>187</sup>。

《勞動合同法》的這些規定對用人單位的工資管理提出了更高的要求，尤其是兩個方面較為突出：第一，試用期工資水平確定。由於存在較嚴重的試用期工資低於最低工資現象甚至不發工資現象，《勞動合同法》規定勞動者在試用期的工資不僅不得低於最低工資標準，而且不得低於本單位相同崗位最低檔工資或者勞動合同約定工資的 80%。《勞動合同法》對試用期工資水平的差距僅根據崗位標準來確定工資水平，不包括工作技能、工作經驗、工作業績等確定工資水平的因素。在保障了新員工利益的同時，該規定對員工收入相對較高、員工年資較長的企業，可能會增加新員工雇用成本。新員工沒有工作經驗，對工作技能、工作要求需要時間去熟悉、適應、學習，因此他所提供的勞動價值相對較低。同時，用人單位對員工需要投入一定的培訓成本。原本用人單位可以根據自己的承受能力確定新員工的工資水平，只要不低於最低工資即可，在《勞動合同法》實施後則需要按不得低於本單位相同崗位最低檔工資或者勞動合同約定工資的 80%執行。

第二，派遣員工工資水準確定。在勞務派遣中，許多用工單位的派遣員工和自有員工工資水準存在差異，這固然有利於企業降低生產成本，應對市場經濟的激烈競爭，但也對部分派遣員工心理存在消極影響。《勞動合同法》規定被派遣勞動者與直接招用的員工同工同酬，部分企事業單位對同崗位自雇員工和派遣員

---

<sup>185</sup> 參照《勞動合同法》第二十二條

<sup>186</sup> 參照《勞動合同法》第二十八條

<sup>187</sup> 參照《勞動合同法》第六十三條

工執行不同工資標準以此降低工資成本的做法將成爲違法行爲。

(2)工資的集體協商<sup>188</sup>機制加強：《勞動合同法》允許勞動者個人與用人單位約定工資水平，由於擔心勞動者缺乏談判能力，同時又規定了工資水平可以實行集體協商。《勞動合同法》認爲勞動報酬直接涉及勞動者切身利益，要求勞動報酬規章、勞動定額等制度和重大事項必須經過職工代表大會或者全體職工討論，通過協商確定勞動報酬制度最終的內容<sup>189</sup>，立法意圖在於將調整薪酬水準、勞動定額從用人單位單方行使的權利變爲用人單位與勞動者的共同約定。同時《勞動合同法》規定企業職工一方與用人單位通過平等協商可以訂立集體合同，集體合同可以包括勞動報酬事項<sup>190</sup>；並且集體合同中勞動報酬標準應當不低於當地人民政府規定的最低工資標準，勞動合同中勞動報酬標準不得低於集體合同規定的標準<sup>191</sup>。

(3)勞動者對工資水準的自決權利加強：工資水準是用人單位和勞動者協商的產物，只有形成一個雙方都能接受的工資水準，勞動關係才有建立的可能。《勞動合同法》第十七條將勞動報酬規定爲勞動合同的必備條款。《勞動合同法》加

<sup>188</sup> 《集體合同規定》第四條規定：「用人單位與本單位職工簽訂集體合同或專項集體合同，以及確定相關事宜，應當採取集體協商的方式。集體協商主要採取協商會議的形式。」但，此條文未就集體協商概念作任何解釋，因此，我們可從國外勞工學者對集體協商(Collective Bargaining)的定義來看，集體協商是指勞工代表與雇主代表在一適當時間，雙方懷著誠意就彼此利益加以談判，並簽定相互拘束協議，但簽定此協議並不代表脅迫任一方退讓。參閱自 Labor Law: Collective Bargaining in a Free Society, Walter E. Oberer & Kurt L. Hanslowe & Timothy J. Heinsz, 4d ed, 1994, at 144-146。International Employment Law: The Multinational Employer and the Global Workforce, Christian T. Campbell & Donald C. Dowling, Jr., 1999, at 188-189。中國大陸有學者將「集體協商」與「集體談判」二詞作概念上區別，「集體協商」適用在勞資利益一致或國有企業上；反之「集體談判」適用在勞資利益衝突或非國有企業上。參閱自石美遐，1998，《勞動合同、集體合同》，北京：法律出版社，頁166。也有學者把兩個名詞視爲同一概念不加以區分，參閱自齊志榮、徐小洪，參照前註109，頁95。個人認爲，因中文造字可用多字代表同一意思，且不論是協商或談判，都是代表勞資雙方願意透過溝通來化解衝突。所以，重要的是我們要去了解集體協商(談判)的內涵，而非細分兩名詞差異所在。

<sup>189</sup> 參照《勞動合同法》第四條

<sup>190</sup> 參照《勞動合同法》第五十一條

<sup>191</sup> 參照《勞動合同法》第五十五條



強了勞動者個人在工資水準上的權利，使用人單位的工資管理發生兩大變化：

第一，對工資水準進行模糊約定的做法不能使用。《勞動法》第十九條將勞動報酬規定為勞動合同的必備條款。但《勞動法》對勞動報酬條款中是否必須約定工資標準未作規定，對勞動報酬如何確認也未作規定。因此在實務中形成了兩種做法，一種為明確約定工資數額，另一種則不約定數額，只在合同中約定企業按工資制度發放。許多用人單位為便於工資調控，採取在勞動合同中不明確約定工資標準的做法。而《勞動合同法》則要求勞動報酬必須明確約定，約定不明時，工資數額不能按雙方實際履行的數額確認，而是要由雙方重新進行協商；如果用人單位和勞動者協商不成的，則按用人單位集體合同規定的工資水準執行；如果集體合同未作規定的，則實行同工同酬。這些規定促使用人單位必須在勞動合同中列明工資水準，如果模糊約定將可能使企業付出額外的成本。

第二，工資水準調整必須協商進行。勞動合同的履行是一個長期動態的過程，用人單位的經濟效益、人工成本和勞動者所提供勞動的價值都會發生變化，導致用人單位可能需要提高或降低勞動者的工資水準，勞動者也可能會與用人單位就工資水準進行協商，這些可能都會使實際履行的工資水準與勞動合同約定不一致。原有法律不強求在勞動合同中約定工資水準，允許用人單位合理調整。由於實踐中常常出現企業隨意降低勞動者工資的情況，《勞動合同法》對此從嚴規定，對勞動合同的履行強調要按約定履行，對勞動合同變更強調要通過雙方協商一致的方式進行。作為勞動合同必備條款的勞動報酬如需變更，必須由用人單位和勞動者協商一致，並應當採用書面形式。在變更協商中，勞動者一方不同意用人單位變更勞動報酬要求的，用人單位無權予以單方變更，只能繼續履行原合同。即使勞動者同意變更勞動報酬，如果雙方沒有採用書面形式，變更行為也不能得到法律認可。

## 二、勞工相關成本提高

《勞動合同法》給用人單位帶來的最直接、最明顯的影響，或許就是勞工相關成本的提高。從《勞動合同法》的規定看，以下四個方面<sup>192</sup>的勞工相關成本都將被提高，包含：

(1)入職成本提高：《勞動合同法》對於試用期的嚴格限制、服務期的嚴格限制、對於勞動者辭職權的擴大、對於勞動者解雇保護的提高、對於勞動合同終止經濟補償的增加..等等變化，都使得用人單位必須要更加注意「嚴把入門關」，以減少將來員工不必要的流動及由此帶來的成本增加。但「嚴把入門關」就意味著入職環節管理工作量的增加和工作難度的提高，這將帶來入職成本的提高。

(2)開發成本提高：在《勞動合同法》實施之前，用人單位出資培訓的同時可以依法較容易地要求勞動者一定期限的服務期，勞動者如果違反服務期約定則須承擔高額違約金，該違約金兼具懲罰功能和補償功能。但在《勞動合同法》實施之後，勞動者如果違反服務期約定，則違約金數額不能超過用人單位支付的培訓費用，實際支付的數額不得超過服務期尚未履行部分所應分攤的培訓費用，這樣違約金就失去了懲罰功能，而只保留了補償功能。違約金功能的下降意味著用人單位出資培訓風險的增加，成本相對提高。

(3)使用成本提高：《勞動合同法》第四條規定：「用人單位在制定、修改或者決定有關勞動報酬、工作時間、休息休假、勞動安全衛生、保險福利、職工培訓、勞動紀律以及勞動定額管理等直接涉及勞動者切身利益的規章制度或者重大事項時，應當經職工代表大會或者全體職工討論，提出方案和意見，與工會或者職工代表平等協商確定。」該規定意味著此類規章制度的制定權將由用人單位單方行使轉為由用人單位和勞動者雙方共同行使，顯然該規定的立法目的是通過賦予

<sup>192</sup> 陸敬波，參照前註 164，頁 5-7。

勞動者共同的規章制度制定權來維護勞動者的合法權益，但對於用人單位而言，其影響不僅是大大提高了制定規章制度的難度，而且必然使得此類規章制度的內容將較《勞動合同法》實施前有利於勞動者，從而使得平時的勞動者使用成本，如工資、福利、社保、休假、獎懲等相對提高。再者，《勞動合同法》規定，用人單位未依法繳納社會保險的，勞動者可隨時解除合同並要求支付經濟補償金。而且將社會保險費之繳納納入法定監督範圍，屬於政府部門勞動檢查職責部份。原因在於部份企業為節省人事成本，在過去大陸勞動檢查業務與社會保險業務分立之環境下，僅對部份職災發生率較高之廠線勞工投保社會保險，因此在《勞動合同法》通過後，此項將列為勞動檢查部門重點查核項目之一。事實上，《勞動合同法》對使用成本提高的影響遠遠不只上述兩方面內容，還有很多方面的規定都直接或間接提高了使用成本。例如，對於勞務派遣員工同工同酬的規定、對於勞動者工資正常調整機制的規定、對於無固定期限勞動合同的規定..等等，都屬此類。

其中，無固定期限合同的隱性成本更高。由於無固定期限合同無法終止又難以解除，造成勞動者的工齡無限延長。勞動法律中諸多標準和工齡掛鉤，例如與員工醫療期、病假工資的計算直接掛鉤，工齡越長，醫療期越長，病假工資標準越高，又如經濟補償金根據工齡計算，工齡越長，經濟補償金越高。這些都是無固定期限合同的隱性成本。<sup>193</sup>

(4)離職成本提高：在勞動合同終止方面，《勞動合同法》第四十六條第五項關於用人單位應當向勞動者支付經濟補償之規定：「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。」用人單位終止時均應支付經濟補償金。而以往的勞動立法基本上都是規定：勞動合同因期滿終止的，用人單位無須支付經濟補償金。《勞動合同法》使得勞動者解約更加容易，

<sup>193</sup> 董保華，2007，〈依法、合理選擇用工形式〉，《中國勞動》，(08)：19。

用人單位解約更加困難。勞動者解約更加容易，會間接提高離職成本；用人單位解約更加困難，則會迫使企業爲了能夠解約而不得不支付更多的經濟補償金，直接提高了離職成本。

### 三、違法成本加重

中國大陸爲了解決當前許多企業有法不依，甚至故意違法而損害勞動者權益之嚴重問題，《勞動合同法》對此增設了若干新規定，加重了用人單位的違法成本，以促使企業依法行事。

(1)被勞動者解約的成本：《勞動合同法》爲勞動者增設了兩項「隨時解約權」<sup>194</sup>和「求償權」<sup>195</sup>。一是因用人單位未依法繳納社會保險費的「隨時解約權」和「求償權」；二是因用人單位規章制度違法而損害勞動者權益的「隨時解約權」和「求償權」。具體而言，勞動者可以用人單位未依法繳納社會保險費或者規章制度違法爲由隨時解除雙方的勞動合同，並在解約的同時要求用人單位按照其工作年限支付經濟補償金。

(2)未簽書面勞動合同的成本：《勞動合同法》強調了勞動合同書面化這一形式要求，第八十二條規定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，應當向勞動者每月支付二倍的工資。第十四條規定滿一年後仍未簽訂書面勞動合同的，視爲用人單位已與勞動者簽訂無固定期限勞動合同。

(3)違法解雇的成本：《勞動合同法》第八十七條規定：「用人單位違反本法規定解除或者終止勞動合同的，應當依照本法第四十七條規定的經濟補償標準

<sup>194</sup> 參照《勞動合同法》第三十八條。

<sup>195</sup> 參照《勞動合同法》第四十八條。

的二倍向勞動者支付賠償金。」

(4)拖欠刻扣工資的成本<sup>196</sup>：為解決拖欠、刻扣工資問題，《勞動合同法》也對工資支付和法律救濟進行了規定。《勞動合同法》規定用人單位應當按照勞動合同約定和國家規定及時足額發放勞動報酬<sup>197</sup>，沒有及時足額發放的，勞動者可以立即解除勞動合同並要求用人單位支付經濟補償金<sup>198</sup>；為便於勞動者儘快追回用人單位拖欠、刻扣的勞動報酬，《勞動合同法》將民事訴訟中的督促程式引入勞動爭議處理，規定在勞動報酬拖欠、刻扣爭議案件中，勞動者可以向人民法院申請支付令<sup>199</sup>；對用人單位拖欠、刻扣工資的，也可以選擇向行政部門尋求救濟，勞動行政部門依法對用人單位支付勞動合同約定的勞動報酬和執行最低工資標準的情況進行監察，對違法單位可處以賠償金<sup>200</sup>。

### 第三項 對於企業員工管理方面之影響

#### 一、管理意識轉變

(1)對強勢、弱勢的認識：在勞動關係中，究竟誰是強勢？企業？還是勞動者？這好像是一個無需思考即可回答的問題，當然企業是強勢，但這只是從經濟、財力等角度而言，若從法律之角度而言，答案則是勞動者是強勢。《勞動合同法》立法的傾斜性，即傾斜保護勞動者原則，就是要通過賦予勞動者在法律上的強勢地位來與用人單位在經濟和財力方面的強勢地位相平衡。在《勞動合同法》制訂前的勞動立法中，已明確體現了勞動立法對勞動者的傾斜保護原則，乃透過立法賦予勞動者在法律上的強勢地位，而《勞動合同法》之最大特點是更擴大其對勞動者之「傾斜保護」，例如在勞動合同之解除方面，《勞動合同法》將勞動者的解約權大幅擴大，卻將企業的解約權進一步限縮，使得勞動者辭職更加容易，而

<sup>196</sup> 楊杰，參照前註 179，(12)：14。

<sup>197</sup> 參照《勞動合同法》第三十條

<sup>198</sup> 參照《勞動合同法》第三十八條、第四十六條

<sup>199</sup> 參照《勞動合同法》第三十條

<sup>200</sup> 參照《勞動合同法》第七十四條、第八十五條

企業解雇員工則是難上加難，勞動者在法律上的強勢地位得到鞏固和加強，而企業在法律上的弱勢地位則更加明顯。<sup>201</sup>

(2)對企業居高臨下姿態的調整：《勞動合同法》提升了對勞動者的保護力道，鞏固和加強了勞動者在法律上的強勢地位，對此企業應調整固有的居高臨下姿態，代之以更多的平等、協商、溝通和尊重。

(3)對人本管理的提倡：《勞動合同法》的制定是爲了構建和諧的勞動關係，要達成此一目標，人本化的管理將是用人單位所應重視的。

## 二、管理難度增加

《勞動合同法》的實施，將提高企業人力管理的難度，包含以下三個方面<sup>202</sup>：

(1)依法管理的要求提高：《勞動合同法》提高了勞動標準、增加了勞動者的權利、加大了用人單位的違法成本、加強了政府監管的责任，這些變化都將依法管理這一人力資源管理的底線要求顯著提高。

(2)成本與風險控制的要求提高：隨著依法管理的要求提高以及《勞動合同法》所導致的用工成本和用工風險本身的提高，成本與風險控制的要求與難度將明顯增加。

(3)工會的權利擴大：《勞動合同法》第四條規定：「用人單位在制定、修改涉及勞動者切身利益的規章制度時，應當與工會或者職工代表平等協商確定。」平等協商就意味著此類規章制度是由雙方共同制定，由此工會獲得了此類規章制度

<sup>201</sup> 陸敬波，參照前註 164，頁 3-4。

<sup>202</sup> 陸敬波，參照前註 164，頁 12-13。

的決定權。作為勞動者利益的代表者和維護者，工會權利的實質性擴大，在很大程度上將增加人力資源管理的難度。

### 三、人才競爭加劇

企業之間競爭，人才是關鍵，《勞動合同法》的實施，將使得中國大陸人才競爭更加激烈，包含以下三個方面：

(1)勞動者辭職權的擴大：前文曾述及《勞動合同法》至少從四個方面擴大了勞動者的辭職權，分別包括有：1、強調並統一了勞動者的「無因辭職權」；2、增加了勞動者的「有因辭職權」；3、限制了服務期；4、取消「脫密期」等四方面。因此將使得勞動者更加容易「跳出」原單位，而形成跳槽、轉職的風氣，也易造成企業內部勞動力不穩定的影響。

(2)競業限制的收緊：《勞動合同法》對競業限制所適用的人員範圍和期限都作了較原勞動立法更為嚴格的規定，將使得勞動者更加容易投入新工作。

(3)培訓服務期的限制：由於《勞動合同法》將勞動者違反與用人單位約定的出資培訓服務期的違約金功能削弱，降低了用人單位出資培訓的積極性，進而可能轉為直接招聘現成的人才，其必然結果就是「挖角」，導致人才競爭的加劇。

### 四、勞動爭議的增多

勞動爭議是指勞動關係雙方當事人因實現勞動權利和履行勞動義務而發生的糾紛，包括因開除、除名、辭退員工和職工離職、自動離職而引發的爭議；因執行國家有關工資、社會保險和福利、培訓、勞動保護的規定而引發的爭議；因履行勞動合同而引發的爭議；國家機關、事業單位、社會團體與本單位建立勞動合同關係的職工之間，個體工商戶與幫工學徒之間發生的爭議等，及法律法規規

定的其他勞動爭議。<sup>203</sup>

中國大陸近幾年來，勞動爭議案件以 20%~30%左右的年增長率迅速增加，許多地方如蘇州等地的勞動爭議年增長率甚至高達 50%左右。<sup>204</sup>如此高速增加的勞動爭議，是否會受到《勞動合同法》實施的影響？筆者認為《勞動合同法》的實施將使得勞動爭議案件在一段時期內迅速增加；但從長期而言，增加速度會逐漸放緩。

(1)新舊法的「過渡期間」：《勞動合同法》雖對於舊法進行了大規模修改，但並不代表《勞動合同法》實施後，舊法即全部失效且不發揮任何功用，因為《勞動合同法》主要是調整和規範《勞動合同法》實施後的勞動關係，至於實施前已發生之勞動關係仍由舊法進行調整和規範，直至該勞動關係結束為止，此乃所謂新舊法的「過渡期間」。由於法律在過渡期間，企業或勞動者往往都會對於某一勞動關係之認識用法上產生歧義，這些不同的理解和歧義都可能進一步發展成爲勞動爭議，而使得勞動爭議迅速增加。

(2)勞動者權利的增加：《勞動合同法》對勞動者的傾斜保護，在許多方面明顯增加了勞動者的權利，也加重了企業的義務，使得勞動者在法律上的地位得到鞏固和加強，而權利越多，侵權的機率就越高。企業和勞動者對於這些新增的勞動者權利，仍需要適應的時間，而在適應的過程中勞動爭議較容易產生。

(3)勞動者維權意識的提高：勞動者維權意識逐步提高，是中國大陸近年勞動爭議總量快速增長的重要原因之一。例如：根據 2010 年 6 月二十四卷二十三期「亞洲週刊」報導指出，2010 年 5 月以來中國大陸各地罷工事件此起彼伏：廣東

<sup>203</sup> 邵騰，2007，〈企業如何有效地減免勞動爭議的發生〉，《人口與經濟》，(02)：71。

<sup>204</sup> 陸敬波，參照前註 164，頁 19。



佛山市南海本田工廠的新生代工人罷工，提出增加工資和重整工會的訴求，以和平理性的手段進行抗爭，取得初步勝利；河南平頂山平棉集團工人以傳統方式抗爭，貼出毛澤東像，但最終被地方政府強壓下去。從南到北，全國各地的罷工事件此起彼伏：無錫的日資企業尼康，因為員工中毒事件引發連日罷工抗議；中石化旗下儀征化纖公司，因為國企改制和資產分配問題引發老工人罷工抗議；為韓國現代汽車提供車身框架及零部件的北京星宇車科技有限公司，因薪資低於同行引發員工停工抗議；重慶綦江齒輪廠，因為工人過勞死引發罷工等等。研究工人問題的大陸學者于建嶸說：「罷工是個好事情啊，說明工人已經覺醒。全世界都在罷工，罷工是工人的天然的權利，現在說明中國大陸的工人拿出了這個權利，來解決勞資關係出現的緊張！只有工人能夠通過他們的行動表達他們的利益，這個社會才能達到真正的和諧，只有這樣，勞方資方才能達到真正的博弈。」<sup>205</sup>但整體而言，勞動者的維權意識仍處於較低之層次，這也使得大量的企業侵犯勞動者權益的情形被隱藏及忽視，而未實際引發勞動爭議。《勞動合同法》的實施將使勞動者的維權意識獲得跳躍式地喚醒和提高，這是因為當前中國大陸社會之主要政策為構建和諧社會，而民生問題也將成為中國大陸社會關注的焦點，勞動就業也屬於主要的民生問題之一，所以在此時代背景下所制訂出的《勞動合同法》，對勞動者的保護也將引起媒體、工會及社會各界的熱切關注，因此勞動者的維權意識將在短時間內獲得大幅提升，也相對造成勞動爭議案件大量增加。<sup>206</sup>

#### 第四項 政府嚴格落實勞動監管對於企業之影響

為了防止相關規定在實踐操作中流於形式，《勞動合同法》明顯加強了對勞動合同制度實施情況的監督管理，賦予國務院勞動行政部門和縣級以上地方勞動

---

<sup>205</sup> 張潔平、朱一心，2010，〈中國工運要求成立獨立工會改變國運軌跡〉，《亞洲週刊》二十四卷二十三期，網址：

[http://www.yzzk.com/cfm/Content\\_Archive.cfm?Channel=ac&Path=241323811/23ae1a.cfm](http://www.yzzk.com/cfm/Content_Archive.cfm?Channel=ac&Path=241323811/23ae1a.cfm)，最後檢閱日期：2010年7月5日。

<sup>206</sup> 陸敬波，參照前註164，頁19-20。

行政部門不同的勞動監督檢查職權，包含以下三個方面<sup>207</sup>：

(1)增加勞動監管的範圍：國務院勞動行政部門負責全國勞動合同制度實施的管理，縣級以上地方人民政府勞動行政部門負責其行政區域內的勞動合同制度實施的監督管理。

(2)增加勞動監管的項目：對企業制定的勞動規章制度、訂立或解除勞動合同的情形、有關勞務派遣的相關規定、勞動者的工作時間與休息休假情形、合同約定的勞動報酬與執行最低勞動報酬標準的情形、參加社會保險與繳納保險費的情形，及其他法律或法規規定的勞動檢查事項等，縣級以上地方人民政府勞動行政部門依法均得進行檢查。

(3)加強勞動合同的檔案管理：一方面，要求企業在解除或終止勞動合同的時候，應當出具解除或終止勞動合同的證明，並在十五日內為勞動者辦理檔案和社會保險關係的轉移手續；另一方面，要求企業對已經解除或終止的勞動合同文本，規定至少保存兩年。

#### 第四節 勞動合同法對外商投資企業經營策略的影響

根據一份有關企業因應中國大陸《勞動合同法》之變革策略問卷研究<sup>208</sup>，總計收集大陸台商及員工有效樣本 168 份，此研究指出：此研究提出《勞動合同法》宣佈或實施過後，公司採取的變革策略主要有：1、全盤接受；2、廠區內遷；3、招聘退休人員；4、自動化及工作外包；5、遇缺不補或凍結人事；6、要求員工辭職；7、裁員；8、勞動契約到期不續簽；9、提前簽定勞動契約；10、轉移員

<sup>207</sup> 吳民平，參照前註 172，(10)：13。

<sup>208</sup> 徐維秉，2009，〈企業因應中國勞動合同法之變革策略及其對心理契約、組織承諾、核心競爭力、與組織績效之影響〉，國立政治大學心理學研究所碩士論文。

工至派遣公司；11、歇業；12、關廠；13、外移；14、棄廠潛逃等 14 項選項。  
問卷結果如下表(表 4-1)：

(表 4-1) 企業因應勞動合同法之主要變革策略人數及百分比<sup>209</sup>

題項	變革策略	人數	百分比
1	全盤接受	86	56.6%
2	廠區內遷	7	4.6%
3	招聘退休人員	0	0.0%
4	自動化及工作外包	7	4.6%
5	遇缺不補或凍結人事	17	11.2%
6	要求員工辭職	6	3.9%
7	裁員	0	0.0%
8	勞動契約到期不續簽	2	1.3%
9	提前簽定勞動契約	15	9.9%
10	轉移員工至派遣公司	6	3.9%
11	歇業	1	0.7%
12	關廠	4	2.6%
13	外移	1	0.7%
14	棄廠潛逃	0	0.0%

並將上述的變革策略做分類，將「全盤接受」列為『接受法令』；「廠區內遷」、「招聘退休人員」、「自動化及工作外包」、「遇缺不補或凍結人事」列為『接受但有措施因應』；「要求員工辭職」、「裁員」、「勞動契約到期不續簽」、「提前簽訂勞動契約」、「轉移員工至派遣公司」等選項列為『閃躲法令規定』；而將「歇業」、「關廠」、「外移」、「棄廠潛逃」列為『不接受規定』，結果如下表(表 4-2)：

<sup>209</sup> 徐維乘，參照前註 208，頁 75，表格為筆者自行整理編製。

(表 4-2) 企業因應《勞動合同法》之變革策略區分表<sup>210</sup>

題項	變革策略	策略區分	受試者選擇	
			人數	百分比
1	全盤接受	接受法令	86	56.6%
2	廠區內遷 招聘退休人員 自動化及工作外包 遇缺不補或凍結人事	接受但有 措施因應	31	20.4%
3	要求員工辭職 裁員 勞動契約到期不續簽 提前簽定勞動契約 轉移員工至派遣公司	閃躲法令 規定	29	19.1%
4	歇業 關廠 外移 棄廠潛逃	不接受規 定	6	3.9%

根據上述(表 4-2)得知，選擇「全盤接受法令」最多，比列為 56.6%；其次為「接受但有措施因應」，比列為 20.4%；再者為「閃躲法令規定」，比列為 19.1%；最後為「不接受規定」，比列為 3.9%。

針對上述的研究資料，筆者對於外商投資企業因應《勞動合同法》的實施，可採取的變革策略分成「工廠遷移或轉型」、「關廠或撤資」、「規避《勞動合同法》」和「積極面對《勞動合同法》」這四種，並說明如下：

### 第一項 工廠遷移或轉型

#### 一、遷移至其他適合發展勞力密集型產業的國家

以往勞力密集型產業需以大量勞工作為生產基礎，由於技術門檻較低，當企

<sup>210</sup> 徐維秉，參照前註 208，頁 75，表格為筆者自行整理編製。

業發現勞工不適任時，便撤換勞工，導致勞工的流動率高，此情況不利於建立和諧的勞動關係。因此，中國大陸透過《勞動合同法》的種種限制，使得勞力密集型企業不得再恣意的更換勞工，加上《勞動合同法》要求企業落實相關的經濟補償、最低工資、加班費等等，隨著中國大陸的經濟發展，工資水準的提升、勞動意識的抬頭。上述的種種因素使得勞力密集型產業在中國大陸已經不再具有絕對優勢。因此，像是越南、印尼等新興的亞洲國家，由於勞動力豐沛且工資水準較低，將可能成為許多依賴中國大陸低廉勞動成本的外商投資企業重新選擇生產基地的首選。

## 二、生產基地內移

除了外移越南、印尼外，另一個變革模式就是轉變成為「前店後廠」的公司，例如，沿海城市的工資水準上漲，所以沿海城市的廠房改為研發與接單中心，生產工廠設在內陸。例如，寶成國際集團轉投資的香港裕元工業，它原先的生產基地在東莞，但現在慢慢轉移到江西廠，江西廠的產能不斷擴大，已逐漸取代東莞廠，這種模式能避開工資水準上漲的問題。

## 三、工廠規模縮小

工廠宜小不宜大，成為具有生產彈性的工廠。舉例來說，外商投資企業再也不能動輒蓋數萬人的工廠，因為一來工人不好找，二來工廠過大搬遷不易，所以佛山家具大廠--亞都國際總裁王屏生，就把工廠分散到全中國大陸十二個有家具產業聚落的城市，每座工廠最多四千人。小工廠的模式，既可避開勞工短缺的問題，工廠要遷移也較容易。對比之下，台灣的台升家具在東莞的一個工廠，員工就高達二萬人，台升家具如要遷廠，工程就比較浩大，相對沒彈性。<sup>211</sup>

---

<sup>211</sup> 吳聯雅，2008，〈大陸實施勞動合同法對企業人力資源制度的調整與影響---以某台商企業為例〉，國立中山大學企業管理學系碩士論文，頁 105-106。

海基會台商財經法律顧問史芳銘建議：「現在關廠轉進，是需要時間的，而且資遣員工、重新調查新市場、搬移生產線的加總成本也很驚人，因此通常先逐漸縮減在中國大陸的規模，慢慢收，新增的生意則轉移到越南、印尼等地，這是台商可優先考慮的策略。」<sup>212</sup>

## 第二項 關廠或撤資

2007 年底，中國大陸成千上百企業擔心人事成本急劇攀高，關廠、解聘事件頻傳，上百家位於珠江三角洲的台商投資企業搶在 2008 年正式實施《勞動合同法》前吹熄燈號；一些位於長江三角洲的台商投資企業也成立「蒐證課」，收集職工怠惰、違規的相關資料，做為辭退員工的證據。資方為了節省成本，不得不開始考慮員工的去留，員工則擔心 2008 年是否會因《勞動合同法》的實施而被解雇，使得在 2007 年底勞資關係呈現緊張狀態。

根據 104 人力銀行和 104 獵才顧問中心公布的「2008 大陸台商台幹動態暨《勞動合同法》影響」調查顯示，35.2%在大陸的企業表示「不清楚《勞動合同法》影響性」，32.8%企業採取「維持現狀」對策，有 14.4%的企業正進行「人事盤點」，趕在《勞動合同法》上路前和不適任的員工解約，決定撤資者 5.6%，3.5%將減少台籍幹部。<sup>213</sup>

## 第三項 規避《勞動合同法》

中國大陸實施《勞動合同法》是希望透過此法矯正以往不對等的勞動關係，使勞動者的權益能夠受到一定的保障。企業為了降低《勞動合同法》所帶來的衝擊及成本的增加，在《勞動合同法》實施前採取一連串的規避方法來逃避《勞動

---

<sup>212</sup> 蕭勝鴻，參照前註 178。

<sup>213</sup> 104 人力銀行網站，參考網址：

[http://www.104.com.tw/CFDOCS/2000/pressroom/104news961212\\_.htm](http://www.104.com.tw/CFDOCS/2000/pressroom/104news961212_.htm)，最後檢閱日期：2010 年 6 月 21 日。

《劳动合同法》實施後的規範。例如：大規模的解雇員工，減少日後經濟補償金的支出；解雇公司內部資深員工，藉以規避與十年以上的員工簽訂無固定期限勞動合同。其中最受注目的案子莫過於中國大陸華為公司要求資深員工主動辭職，公司再重新錄用。

華為公司包括總裁任正非在內的所有工作滿八年的華為員工，在 2008 年元旦之前，都先後辦理主動辭職手續，之後再與公司簽訂一至三年的勞動合同。華為此舉是爲了規避《劳动合同法》第十四條針對無固定期限勞動合同的規定，在此過程中，華為公司對於主動辭職的員工進行經濟補償，此舉乃是企圖買斷員工在華為工作的年資，華為採取此優渥的條件吸引員工主動辭職。所花費的成本據估計約十億人民幣，用此筆金額換取企業的用人自主權是否划算？仍有待商榷。但值得討論的是，華為此舉乃是短期的作法，並非長久之計。從企業經營的角度來說，爲了降低《劳动合同法》帶給公司的負擔與壓力，「合法」規避用工風險是可以理解的。但若是從整體經濟社會發展的穩定度和和諧的勞資關係著眼，此種「上有政策、下有對策」的作法並非妥當之策。此外，若企業是以永續經營爲前提，必定會面臨到資深員工的問題，簽訂無固定期限勞動合同是遲早必須面臨的課題。企業應以正面積極的態度來面對，而非選擇使用規避的手法來處理。<sup>214</sup>

#### 第四項 積極面對《劳动合同法》

針對上述種種因《劳动合同法》的實施，許多企業聞之色變，紛紛提前解雇、買斷年資、突襲裁員等消極規避法律的方式因應《劳动合同法》。而無法承受《劳动合同法》實施衝擊的企業，則選擇了關廠或撤資等做爲。但仍有許多企業，是以積極的態度面對《劳动合同法》的到來。富士康科技集團即是一例。

富士康在中國大陸成立近二十年，目前年資在十年以上的員工已達到數萬人

<sup>214</sup> 吳聯雅，參照前註 211，頁 107-108。

之多。爲了因應《勞動合同法》及穩定員工，富士康決定，今後全部員工以簽訂長期合同爲主。其中，工作滿八年的員工有機會簽訂無固定期限勞動合同；新到職的普通員工首次簽訂兩年合同，第二次簽三年，第三次則簽訂無固定期限的勞動合同；技術及管理人員首次簽三年，第二次簽五年，第三次則簽訂無固定期限合同。富士康更邀請勞動相關部門至深圳總部講述《勞動合同法》的新規定，總裁郭台銘更率領集團高階主管和員工參加了此次的活動。郭台銘表示，雖然《勞動合同法》會給企業帶來人力成本增加的壓力，但是也能夠促使企業提升工作效率、管理能力和產業升級，對企業長遠發展有好處。<sup>215</sup>

而 2010 年富士康集團在深圳廠區的連環墜樓事件引起了社會各界的關注與重視，不少媒體和社會大眾紛紛質疑富士康集團是否是「血汗公廠」壓榨勞工，在富士康集團的主動公開說明、並邀集媒體進入廠房參觀採訪，以及大陸官方的調查下，排除富士康集團有違反《勞動法》和《勞動合同法》等與勞工相關的法規。中國人力資源和社會保障部新聞發言人尹成基昨表示，富士康員工接連墜樓引發大陸社會廣泛關注，人保部已於 6 月份組織人員進行調查，富士康事件有了比較好的解決，並認爲該事件是因媒體過度炒作才引起社會如此關注。<sup>216</sup>雖然排除富士康集團有違反《勞動法》和《勞動合同法》等與勞工相關的法規的疑慮，但各界人士仍然認爲富士康集團在勞工管理方面有加強改善的必要，而富士康集團也爲了安撫員工而採取加薪的措施，加薪幅度高達 1 倍，使得許多同業感受到人事成本是否會受到波及的壓力。在加薪後，富士康集團也傳出考慮將廠房遷移至內地，這後續產生的效應則有待觀察。

---

<sup>215</sup> 李書良，2007 年 12 月 13 日，〈富士康帶頭遵守勞動合同法 對台企產生指標作用〉，《工商時報》，A11 版。

<sup>216</sup> 李書良，2010 年 7 月 24 日，〈中國人保部 轟媒體 挺富士康〉，《工商時報》，A11 版。



## 第五節 外商投資企業人力資源管理對勞動合同法之因應對策

### 第一項 在企業用工方面之因應對策

#### 一、招聘程序的規範化

《勞動合同法》對辭退員工進行了嚴格、明確、詳細的規定，企業已經不可能再隨意解雇員工了，所以招聘的環節比以往都重要了。除了要運用傳統的招聘技巧之外，還必須掌握先進的面試技術和測試工具，以及學習研究掌握識人的藝術。與人才仲介、諮詢公司建立聯繫，為企業物色合適的人才，防止不適任的人才，否則將會「請神容易送神難」。解決的方法包含：1、建立科學的、可量化的人力資源測試體系，盡量把主管主觀的因素降到最低。2、借鑑人才仲介、諮詢公司的經驗，包括性格測試、心理測試等專業工具，提高判斷的準確性。3、招聘流程制度化，無論將來人力資源管理者是否換人，都維持一定的招聘標準流程或制度，避免人力資源管理者犯主觀上的錯誤。<sup>217</sup>

#### 二、試用期限的調整

根據《勞動法》第二十一條的規定，用人單位可以不論合同簽約期限，皆可與員工約定不超過六個月的試用期。但《勞動合同法》實施後，若與新進員工仍採取一年一簽的方式，只能約定一個月的試用期。試用期的縮短將不利於個案公司對新進員工的認識與評估。因此，某台商投資公司以往與新進員工所簽訂期限為一年，而所約定的試用期皆為三個月。但《勞動合同法》實施後，此公司的作法改採與一般職員簽訂三年勞動合同，故試用期可拉長至六個月，而與廠房的作業人員方面，則是改採簽訂兩年的勞動合同，也有兩個月的試用期。此一試用期的調整與需要，可說是此台商投資公司改變以往一年一簽的原因之一。並且在勞動合同內增加對試用期間必須遵守的約定，以及何謂「試用期不勝任的解聘條件」，以符合《勞動合同法》第三十九條第一項的規定，在試用期的解聘上有了

<sup>217</sup> 袁明仁，《大陸勞動合同法最新解決之道及應用實例》，台北：華信統領企業管理諮詢顧問有限公司，頁 370-371。

明確的依據。此外，也要在勞動合同內加入工作的實際內容，例如：工作的應聘條件、工作崗位、工作說明、工作要求等等。此舉的目的除了明確的說明工作性質外，更有助於績效考核人員針對此新聘員工在試用期間考核的標的為何，如何安排此員工的未來發展，以上的部分是以往沒有載入的部分。<sup>218</sup>畢竟對許多企業而言，一至二個月的試用期實在很難評估出一位新進員工是否將來足以勝任公司所交代的工作。

### 三、合同期限的延長

許多企業以往與員工簽署的勞動合同期限皆是以一年為原則，一年屆滿後視工作績效考慮是否續簽。但因應《勞動合同法》的實施，一年一簽的勞動合同在兩、三年後，幾乎所有的員工將可與企業簽訂無固定期限勞動合同。所以《勞動合同法》的實施後，第一次簽署勞動合同時，簽約的期限拉長至三年到四年。此舉作法的意義除了可以拉長對新進員工的試用期外，在管理上的意涵在於一位員工入職後，第一年到第二年間，會較清楚公司的運作、工作的要求以及自我的績效目標。因此，新進員工通常需要到二到三年左右的時間較可發揮自我的實力與績效。

### 四、企業的無固定期限勞動合同管理

《勞動合同法》關於無固定期限勞動合同的規定將使企業的勞動合同管理發生巨大變化，勞動合同將從以固定期限勞動合同為主轉向以無固定期限勞動合同為主。企業必須建立對無固定期限勞動合同的管理應對機制。

(1)建立無固定期限勞動合同評估機制<sup>219</sup>：由於無固定期限勞動合同不能到期終止，而勞動法規對勞動合同提前解除又予以嚴格限制，所以一旦企業與勞動者

<sup>218</sup> 吳聯雅，參照前註 211，頁 111-112。

<sup>219</sup> 董保華，參照前註 193，(08)：20-21。

簽訂無固定期限勞動合同，可能要一直雇用其直到退休，故對簽訂無固定期限勞動合同需非常謹慎，應當予以充分評估。用人單位應當事先對工作職位進行分析，判斷哪些職位可以接受無固定期限勞動合同，哪些職位不需要無固定期限勞動合同。對固定期限勞動合同應當確定合同期限應為多久，合同簽訂一次還是兩次。對可替代性強的職位，可以對人員進行經常性的更換，在勞動合同簽訂兩次後予以到期終止。以完成一定工作任務為期限的勞動合同簽訂兩次後不會變成無固定期限勞動合同，企業也可以使用以完成一定工作任務為期限的勞動合同代替固定期限勞動合同。企業應對符合簽訂無固定期限勞動合同條件之人員進行專門合同續簽評估，對續簽固定期限勞動合同和續簽無固定期限勞動合同在評估要求上有所區別，企業應選擇具有不可替代性的關鍵員工簽訂勞動合同。

(2)建立無固定期限勞動合同管理機制<sup>220</sup>：企業如決定與勞動者簽訂無固定期限合同的，為避免出現工作效率低下的情況，有必要完善管理機制，建立起適應無固定期限勞動合同的制度體系。無固定期限勞動合同可能持續數年甚至數 10 年，所以無固定期限勞動合同文本必須考慮其長期使用這一特點，在內容表述上能適應長期使用需要，如工作內容和工作地點、勞動報酬等都必須進行特別設計。企業應當通過加強績效管理來保證勞動者始終高效的工作，為此必須細化各職位職責，設計操作性強的考核標準。由於簽訂無固定期限勞動合同後，勞動者不必擔心失業，為激勵員工高效工作，企業必須對工資結構進行調整，加大績效考核部分比重，績效不好的員工只能拿到合同約定的工資，無法獲得企業額外根據績效支付的部分。

2008 年 6 月，北京首例無固定定期合同被解除員工敗訴。案情簡介<sup>221</sup>：2005 年，來自香港的姜甜(化名)入職日立數據系統中國公司，以下簡稱日立數據，2006 年

<sup>220</sup> 董保華，參照前註 193，(08)：21。

<sup>221</sup> 魏浩征，參照前註 166，(02)：24。

姜甜與公司簽訂無固定期限勞動合同，職務是商務經理。2008年3月11日姜甜意外接到了日立數據的一紙解聘通知書。對此深感委屈的姜甜將日立數據告上法庭，要求繼續履行勞動合同。姜甜認為日立數據是在無事實依據和法律依據情況下突然解除勞動合同的。日立數據在庭審中稱姜甜的工作範圍包括數據輸入，但她在該項工作中經常出錯，因此同事發郵件提醒她注意準確性。隨後，姜甜給相關負責人發郵件，表示停止數據輸入工作，並多次拒絕參加職業培訓提升計畫。至2008年3月因姜甜拒絕數據輸入工作已兩個多月，公司不得不另行招人填補空缺。據此，公司才與姜甜解除了勞動關係。日立數據曾多次與姜甜溝通，姜甜拒不接受，並擅自停止工作，且不參加公司的培訓，姜甜的行為已嚴重違反了企業的規章制度。法院認為，日立數據以姜甜違反公司規章制度為由解除勞動合同並無不妥。於2008年6月5日判決駁回了姜甜的全部請求。法院審理認為勞動者嚴重違反企業規章制度，用人單位可以解除勞動合同。

不少企業都認為一旦簽訂無固定期限勞動合同就是終身制的，不能解除。其實，這是一種誤解。此案成為北京首例被審理的無固定期限勞動合同員工被解雇案，但這也看出企業規章制度的重要，尤其是在面對與勞工簽訂無固定期限勞動合同時。

## 五、非標準勞動關係的用工形式選擇

隨著市場經濟的不斷發展，世界進入了彈性勞動與經濟不穩定、工作不穩定時代，而勞動關係出現彈性化趨勢，多種靈活就業方式應運而生，非標準勞動關係已成為當代勞動關係的主要發展趨勢。目前中國大陸勞動力資源供大於求，所以靈活就業也開始在中國大陸各地出現，非標準勞動關係逐步成為企業的重要用工形式。

(1)非全日制用工具有廣闊發展前景<sup>222</sup>：非全日制用工具有用工靈活、成本較低的特點，企業對績效不好的人員可以隨時更換，也不需要支付經濟補償金。企業可以對公司職位進行評估，對適合使用非全日制人員工作的職位儘量使用非全日制用工方式。書面合同有助於避免將非全日制用工與事實勞動關係相混淆，因此雖然非全日制用工不強求簽訂勞動合同，企業應當加強勞動合同管理，與員工簽訂書面合同，明確用工性質為非全日制，並對各項待遇和勞動合同結束進行約定。

(2)勞務派遣使用需要更加規範<sup>223</sup>：勞務派遣可以在企業需要用工時，及時提供大量勞動力，當企業不需要時，企業也可以退回勞務派遣企業，不必繼續雇用，大大提高了企業的用工靈活性。例如企業和一個員工簽訂無固定期限勞動合同後，職位薪酬都難以調整，在勞動者沒有嚴重過失的情況下，要一直雇用其至退休。如果企業通過勞務派遣用工時，在員工沒有工作期間，勞務派遣單位只需要按最低工資標準支付勞動報酬，降低了企業的安置成本。由於企業和勞務派遣單位承擔連帶責任，因此在使用勞務派遣時需要選擇操作規範並願意承擔責任的派遣機構，企業可以通過審查營業執照等證書來確認勞務派遣公司是否有合法資格，同時從風險轉移程度、責任意識、服務能力、派遣成本等多方面進行評估，選擇合適的勞務派遣單位。《勞動合同法》的規定對勞務派遣中的合同簽訂提出了全新的要求，一份完備的派遣合同會大大減少企業在派遣過程中的用工爭議，企業在簽訂派遣合同時，最關鍵的是注意派遣合同是否「責權明晰」，明確規定派遣公司和企業的各自義務。

(3)勞動關係向經濟關係演變：由於企業在使用勞務派遣需要承擔連帶責任，存在一定風險，而非全日制用工也未必適合所有的企業，企業需要尋找更好的替代方案。在歐美等一些先進國家，人力資源外包已經發展成爲一種比較成熟的管

---

<sup>222</sup> 董保華，參照前註 193，(08)：22。

<sup>223</sup> 董保華，參照前註 193，(08)：22。

理模式，西方經濟學學者將人力資源外包定義為：「讓第三方服務商或服務出售商連續提供人力資源活動管理服務，這種管理，過去通常是由企業內部有關部門進行的。服務商將簽訂合約，管理某項特定人力資源活動，提供預定的服務並收取既定的服務費用<sup>224</sup>。」人力資源管理外包實際上是勞動分工的進一步延伸，是外包諸多形式的一種。外包是人力資源外包的上位概念。隨著經濟的全球一體化，企業面臨著更加激烈的競爭，20世紀90年代以來西方企業紛紛實施「回歸主業，強化核心業務」的策略。因此，企業都在積極地探尋組織機構以及管理方式的變革和創新，都在努力朝著扁平化、虛擬化方向發展，業務外包正是在這樣的社會背景下應運而生。總之，勞務派遣只是人力資源外包的一種形式，人力資源外包又只是外包諸多形式的一種，勞務派遣走向人力資源外包，是服務經濟時代的必然趨勢。面對激烈的市場競爭，縮減直接用工規模，通過業務外包將勞動關係變成經濟關係會逐漸成為企業的一項用工戰略。

## 第二項 在企業工資成本方面之因應對策

《勞動合同法》的立法目的在於在工資分配和工資水平確定上擴大勞動者的自主權利：要求用人單位在勞動合同中與員工清楚地約定勞動報酬的標準，一旦約定不清就會以國家標準代替企業標準；限制用人單位單方調整工資的權利，改為用人單位和勞動者協商的形式。《勞動合同法》的規定有利於保障勞動者在勞動合同期間獲得穩定的工資保障，對用人單位的薪資管理提出更高的要求。如果勞動合同期限較長或者是一份無固定期限勞動合同時，當用人單位的經濟效益、人工成本或者勞動者所提供勞動的價值發生變化時，如何控制薪資成本、發揮薪資的激勵作用，則成為人力資源管理必須解決的問題。薪資管理既要發揮固有功能又要適應《勞動合同法》，應當從以下幾個方面著手進行<sup>225</sup>：

---

<sup>224</sup> 瑪麗·庫克(Mary F. Cook)著，吳雯芳譯，2003，《人力資源外包策略》，北京：中國人民大學出版社，頁3。

<sup>225</sup> 楊杰，參照前註179，(12)：15-17。

(1)了解中國大陸規定並全面執行：《勞動合同法》對薪資水平管理進行了規定，面對剛性的法律條文，用人單位只能選擇接受，不應違法，否則將承擔更為嚴重的法律責任。但中國大陸規定較為繁雜，且存在著一些模糊、歧義之處，相關部門有必要作出解釋，便於用人單位依法操作。試用期工資的規定即是一個典型例子，《勞動合同法》規定勞動者在試用期的工資不僅不得低於最低工資標準，而且不得低於同崗位最低工資或者勞動合同約定工資的百分之八十。《勞動合同法》此項「不得低於同崗位最低檔工資或者勞動合同約定工資的百分之八十」規定存在語法問題，導致了四種不同的理解，第一種理解為試用期的工資不得低於同崗位最低工資的百分之八十，或者不得低於約定工資的百分之八十，兩者選一；第二種理解為試用期的工資不得低於同崗位最低工資的百分之八十，也不得低於約定工資的百分之八十，兩者選高；第三種理解為試用期的工資不得低於同崗位最低工資，或者不得低於約定工資的百分之八十，兩者選一；第四種理解為試用期的工資不得低於同崗位最低工資，也不得低於約定工資的百分之八十，兩者選高。其實如果按兩者選高予以解釋，立法時完全可以規定「勞動者在試用期的工資不得低於本單位相同崗位最低工資並且不得低於勞動合同約定工資的百分之八十」，而不應使用「或者」這種有選擇之意的用詞。

用人單位必須理解法律的真實含義，避免由於理解錯誤造成違法事實，也要防範法律歧義帶來的違法風險。

(2)尊重員工獲得報酬權利：獲得勞動報酬是勞動者提供勞動的基本權利，用人單位應當予以尊重，對勞動者的勞動報酬不能拖欠刻扣。中國大陸的工資支付保障制度，主要包括三個部分：其一，工資支付形式。工資應當以法定貨幣支付，不得以實物及有價證券替代貨幣支付。工資應足額支付，不得刻扣。<sup>226</sup>其二，工資支付期限。工資至少要每月支付一次，工資必須在用人單位與勞動者約定的日

---

<sup>226</sup> 參照《工資支付暫行規定》第5條

期支付。如遇節假日或休息日，則應提前在最近的工作日支付。<sup>227</sup>其三，工資支付程序。用人單位應將工資支付給勞動者本人，並應向勞動者提供一份其個人的工資清單。<sup>228</sup>《勞動合同法》對於工資支付的規定基本沿用了原有規定，規定用人單位應當及時足額支付工資，最大變化在於在仲裁訴訟途徑之外另行規定了一種司法程序，將民事訴訟中的督促程序引入勞動爭議，規定在勞動報酬拖欠刻扣爭議案件中，勞動者可以向人民法院申請支付令。這有利於縮短勞動者追討勞動報酬的時間。

支付勞動報酬是用人單位的基本義務，用人單位應當嚴格按照法律規定，履行工資支付義務。不過由於用人單位在一些情形下有扣減、調整勞動報酬的合法權利，也可能產生勞動者不當申請支付令的情形。為避免損失，用人單位應對支付令內容進行分析，對於支付令中勞動者的合法請求應及時履行，如果認為勞動者請求錯誤的，或者用人單位與勞動者還有其他金錢糾紛的，應當自收到支付令之日起 15 日內提出書面異議，人民法院收到書面異議後將裁定終結督促程序，支付令自行失效。

(3)靈活使用薪資管理權利：在人力資源管理中，薪酬制度和用工制度、績效制度是三項最核心的基本制度。用工能進能出、職位能上能下、工資能高能低是市場經濟勞動用工的基本需求。《勞動合同法》出於穩定勞動關係的目的，對企業用工制度、績效制度做了一定改變，薪酬制度也相應予以調整。其一，《勞動合同法》在用工制度上以勞動關係穩定為目標，擴大無固定期限合同簽訂範圍，加大解雇保護。企業現有員工中的絕大多數將成為無固定期限合同員工，企業不能輕易解雇。其二，《勞動合同法》規定合同變更要協商一致進行，要求企業實行書面化管理，企業的單方調整職位等績效管理手段無法再使用。當用工制度、績效制度更加嚴格的時候，薪酬制度的重要性就大大增加，薪酬制度可以為用工

<sup>227</sup> 參照《工資支付暫行規定》第 7 條

<sup>228</sup> 參照《工資支付暫行規定》第 6 條



制度、績效制度的有效運行提供支援。例如，如果企業難以解雇表現不好的員工，企業可以根據薪資制度調整其薪資水平，此時薪資制度對解雇制度就起到支持的作用。當員工業績不好時，薪資制度可以與之相應配套，通過薪資調整起到績效改進作用，薪資制度將成爲企業人力資源管理的基礎。

法律並未對薪資結構作出限定，用人單位可以自行設計。一般而言，單一工資制工資相對固定，結構單一，強調團隊整體和長期考評。複合工資制工資包括多個組成部分，有相對固定的，如職位、職務、年資等；也有相對浮動的，如績效工資，注重及時考核，強調對員工激勵。通常穩定的工資有助於增加員工的安全感，保持團隊穩定；相對變化的工資有助於對員工及時進行激勵，進而增強用工的靈活性。用人單位薪資結構組合設計應當適應中國大陸的法律制度和人文環境。由於《勞動合同法》的規定，用人單位必須在勞動合同中約定工資標準，而且一旦約定，用人單位就不能自行調整，而人力資源管理又需要保證企業在薪資上的自主權，爲了在法律規定和人力資源管理之間保持平衡，複合式薪資結構應成爲企業的首選。在具體操作上企業應當將勞動報酬一部分作爲固定工資，在勞動合同中明確約定；同時增大工資中與業績考核相關部分的比例，這部分工資並不約定具體數額，而是與員工約定按業績考核發放。按此處理時，當用人單位效益下滑或勞動者業績不佳時，用人單位可以調整工資的業績考核部分，對固定部分仍然正常發放。

勞動合同期限較長或爲無固定期限合同時，用人單位可以採用職位聘任制。職位聘任制是指用人單位可以將勞動合同期限和工作職位期限分別予以規定，一般合同期限較長，職位期限較短，如需調整職位的，在職位到期後重新予以聘任原職位或新的職位。職位聘任制在實施中應當與職位工資制相結合。用人單位可以將固定工資分爲多個部分，其中一部分爲職位工資，每個職位的職位工資各

異，待崗人員<sup>229</sup>、脫產人員<sup>230</sup>無職位工資。用人單位和勞動者約定基本工資和在職位聘期內的職位工資，同時雙方可以在勞動合同中對待崗、脫產期間的工資待遇進行約定。在勞動者正常在職工作時，用人單位按約定標準支付基本工資、職位工資，並按考核結果發放業績工資。在勞動者待崗、脫產期間，則僅發放基本工資。

(4) 對職位工資制度進行調整：按原勞動部《關於〈勞動法〉若干條文的說明》的解釋，「同工同酬」是指用人單位對於從事相同工作，付出等量勞動且取得相同勞動業績的勞動者，應支付同等的勞動報酬。企業需要對現行的用工和工資制度進行改革，對自雇員工和派遣員工執行同樣的工資確定標準，或者避免自雇員工與派遣員工從事同類職位的工作。企業無同類職位勞動者的，《勞動合同法》規定參照用工單位所在地相同或者相近職位勞動者的勞動報酬確定派遣人員工資。「企業所在地相同或者相近職位勞動者的勞動報酬」如何確定也將成為企業、勞動者、勞動行政部門和爭議處理部門必須面對的問題。《勞動合同法》在起草過程中曾規定按工資指導價位確定勞動報酬，由於缺乏科學性和合理性受到批評，故予以放棄。《勞動合同法》現有規定有所進步，但存在的問題在於「企業所在地相同或者相近職位勞動者的勞動報酬」在實踐中較難以掌握和判斷。

### 第三項 在企業員工管理方面之因應對策

#### 一、提高管理人員的素質，加強有效的溝通

提高管理人員的素質，是減少企業勞動爭議的根本途徑。在企業正常的運營過程中，企業的人力資源部門中的人員素質，與勞動爭議的發生和處理密切相關，其不僅需要瞭解相關的政策、法律、法規，制定出適合於企業發展的規章制度，同時，在發生勞動爭議時，積極有效地溝通也可消除和減免不必要的勞動爭議。綜合以上所述，為減免在企業中勞動爭議的發生，應做到規範勞動合同的內

<sup>229</sup> 待崗(await job assignment)人員：等候企業分配工作的員工

<sup>230</sup> 脫產(off-job training)人員：屬於企業的員工，但在培訓當中，未擔任任何職務。

容，完善公司的規章制度，提高管理人員的素質，使員工能依法規範自身的行為，從而有效地預防和減免勞動爭議的發生。<sup>231</sup>

## 二、完善勞動規章制度

《勞動合同法》對用人單位建立和完善勞動規章制度提出了更加嚴格而具體的要求。用人單位應如何適應新的要求？在此對用人單位提出五項建議<sup>232</sup>：

(1)審查本單位規章制度的內容是否符合法定要求：《勞動合同法》第四條第一款規定：「用人單位應當依法建立和完善規章制度，保障勞動者享有勞動權利、履行勞動義務。」第八十條規定：「用人單位直接涉及勞動者切身利益的規章制度違反法律、法規規定的，由勞動行政部門責令改正，給予警告；給勞動者造成損害的，應承擔賠償責任。」這就要求用人單位在制定規章制度時，一定要嚴格遵守法律、法規和各項政策規定，不得與法律法規政策和集體合同的規定相違背，否則要承擔相關的法律責任。因此，用人單位應對企業本身制定的規章制度的具體內容進行認真嚴格的審查，及時發現和糾正與法律、法規相違背的條款。例如關於勞動條件和勞動待遇的規定，不得低於法定最低標準和集體合同約定的最低標準。關於懲戒違紀職工或者解除勞動合同的規定，必須同法定的罰則和情形相符，不得侵犯職工的合法權益。等等。同時，要注意審查規章制度制定的主體是否合法。即用人單位的規章制度只能由用人單位行政制定，而非單位行政中的任何一個管理機構制定。一般認為，有權代表企業制定規章制度的，應當是企業行政系統中處於最高層次、對企業各個組成部分和全體職工有權實施全面和統一管理的機構。而其他管理機構不具有制定規章制度的主體資格。

(2)審查本單位規章制度的制定是否符合法定程序：《勞動合同法》第四條第二款規定：「用人單位在制定、修改或者決定有關勞動報酬、工作時間、休息休

<sup>231</sup> 邵騰，參照前註 203，(02)：68。

<sup>232</sup> 蔣天成，2007，〈及時完善規章制度有效預防勞動糾紛〉，《中國勞動》，(11)：45-46。

假、勞動安全衛生、保險福利、職工培訓、勞動紀律以及勞動定額管理等直接涉及勞動者切身利益的規章制度或重大事項時，應當經職工代表大會或者全體職工討論，提出方案和意見，與工會或者職工代表平等協商確定。」這就明確要求用人單位制定規章制度時，一定要讓勞動者瞭解、參與並發表意見，符合法定的程序。而在實際操作過程中，用人單位常因制定規章制度的程序不正確而引發勞動爭議。例如有的用人單位在制定或決定勞動報酬、工作時間、休息休假、勞動安全衛生、保險福利、職工培訓、勞動紀律等直接涉及勞動者切身利益的規章制度時，沒有經職工代表大會或者全體職工討論，而是由人事部門負責起草方案，經董事會或幹部會議等討論研究決定，然後公佈施行。這樣制定出來的規章制度，因不符合法定程序是無效的。因此，用人單位應認真嚴格審查本單位已制定規章制度的程序是否符合法律規定的民主程序。

(3)對修訂和完善後的規章制度要及時告知勞動者：《勞動合同法》第四條第四款規定：「用人單位應當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。」最高人民法院《關於審理勞動爭議案件適用法律若干問題的解釋》（法釋[2001]14號）第十九條規定：「用人單位根據《勞動法》第四條之規定，通過民主程序制定的規章制度，不違反國家法律、行政法規及政策規定，並已向勞動者公示的，可以作為人民法院審理勞動爭議案件的依據。」用人單位制定規章制度後，要及時在企業內部公佈，告知企業全體勞動者。常見的公佈方法包括：在公開區域公佈，如在企業公佈欄公佈；召集全體員工學習培訓，並簽字確認；企業內部網路上發佈，並要求收件回執，總之不管採取什麼方法，都要做到員工人人皆知。在此方面，用人單位應避免兩個易犯的錯誤：一是制定規章制度後不能及時進行公佈，告知勞動者；另一個是召集員工學習培訓沒有進行書面記錄並經員工確認，這樣一旦發生爭議，企業難以提供有效的證據，將會面臨於不利的處境。

(4)要注重聽取職工意見及時完善規章制度：《勞動合同法》第四條第三款規定：「在規章制度和重大事項實施過程中，工會或者職工認為不適當的，有權向用人單位提出，通過協商予以修改完善。」這就要求用人單位在規章制度施行過程中，要認真聽取工會和職工的意見。特別是對於國家新頒布或調整的法律法規，用人單位要及時對照學習，及時修改完善。

(5)制定企業規章制度時要做到具體詳細：中國大陸政府的勞動政策、法律法規調整和規範的是原則性和普遍性的問題，不可能面面俱到，而用人單位根據自身情況及特點自行制定的規章制度，是勞動法律、法規的延伸和具體化，是用人單位管理的重要依據，是企業職工行為的準則。因此，用人單位在制定規章制度時，必須緊密結合自身的情況和特點，制定得準確、具體、詳細、配套，具有操作性，而不應過於原則、廣泛，否則將給用人單位的管理帶來很多麻煩。例如，根據《勞動合同法》第三十九條第三項規定：「勞動者嚴重違反用人單位的規章制度」和第四項規定：「嚴重失職，營私舞弊，給用人單位造成重大損失的」，用人單位可以解除勞動合同，且不需支付補償金。但是在《勞動合同法》中對什麼是「嚴重」違紀，多大損害才算「重大」，都沒有明確的定量、定性的尺度和規定，因此，用人單位可以就這些事項按規定程序與勞動者作出具體的約定。發生糾紛時，勞動爭議仲裁委員會和法院一般也會依照用人單位規章制度的規定作出裁決。例如有的企業規章規定：「職工有以下行為之一的，立即解除勞動合同，並不支付經濟補償金：1、職工不能正常上班應請假，未按程序請假的視為曠工。連續曠工3天以上或1年內累計曠工10天以上者；2、職工在6個月內違紀3次，並經糾正不改者；3、嚴重失職，造成企業直接經濟損失5000元人民幣以上者」有了這樣具體的規定，用人單位不僅可以提高管理效率，而且對違紀職工的處理也能做到有章可依、有據可查。

## 第五章 勞動合同法與外商投資企業發展的法律經濟分析

交易成本的存在是法律產生的重要原因，適當的法律可以節省這種成本。在一個零交易成本世界裏，不論如何選擇法規，配置資源，只要交易自由，總會產生高效率的結果；而在現實交易成本存在的情況下，能使交易成本最小化的法律是最適當的法律。法律能夠影響和制約人的行爲，所有的制度和規則(包括法律)在履行中都會給當事人或行爲人帶來收益或成本，人們則根據法律所引起的成本和收益的變化來調整自己的行爲。當遵守法律對自身有利時，就會自覺的遵守法律，反之，就會想方設法規避法律。也就是說只有那些符合法律主體的理性選擇、成本最小而收益最大的法律，才會被人們自覺遵守。因此，要想保障法律的執行，法律本身要適當地配置權利，由於權利是有限的，一種權利往往不可能同時分配給雙方當事人。《勞動合同法》正是基於這樣的理念，配置用人單位與勞動者的權利，力圖提高資源利用效率，降低交易成本。法律的經濟分析是通過對法律規則進行成本和收益分析及經濟效率分析，使我們可以就法律實施的結果得出結論，並對特定法律安排的社會價值作出評價。所以對《勞動合同法》的權利配置進行經濟分析是必要的。<sup>233</sup>

### 第一節 法律的經濟分析

#### 一、法律的經濟分析

雖然法律制度的初始建立不一定是從經濟方面來考慮，然而，隨著資本主義生產方式的擴展，以效率為首要原則的現代社會，必然會不斷地修正在經濟上無效率的法律。這種案例不僅時常出現在英美法系的國家中，實行大陸法的國家也是不斷地根據經濟發展的要求及時地修正或廢除已有法律或頒布新的法律。就此而言，法律是以價值極大化的方式分配和使用資源，或者說財富最大化是法律的

<sup>233</sup> 郭慧敏、張艷香，2007，〈勞動合同法的經濟分析——探討權利的優化配置〉，《湖南師範大學社會科學學報》，(5)：73。

一個中心目的。那麼，怎樣才能達到社會財富最大化呢？經濟學家們從法理學的角度來闡釋寇斯(Coase)定理：如果交易成本為零，那麼不管法律權利如何配置，有效率的結果都會出現。顯然，現實中的市場都是不完全的，零交易成本根本就是空想。這就啓發人們運用經濟學原理去設計法律制度，降低交易成本，使市場更有效率。於是，寇斯(Coase)定理的複雜形式可以表述為：如果交易成本為正，那麼有效率的結果不可能在法律權利的任何配置下發生。這暗含著一個法律評價標準，即什麼樣的法律權利配置才是有效率的？在這種情況下，首選的法律規則是使交易成本的影響降至最低程度的規則。當雙方能夠一起談判並通過合作解決爭端時，無論法律的基本原則是什麼，他們的行為都將是有效率的。這個被稱為實證的寇斯(Coase)定理的命題是法律的經濟分析中最著名的論點之一。根據實證的寇斯定理，假如談判是成功的，私人協定將會糾正無效率的法律，那麼法律的影響是什麼呢？一個回答是，法律將影響合作剩餘的分配，這對談判雙方關係甚大。實際生活中，法律權利的分配會在很多重要方面改變財富分配，即使零交易成本也是如此。<sup>234</sup>

然而，僅僅對法律進行上述分析是不夠的，這種方法論的個人主義具有先天的道德缺陷：如果通過對法律規則進行成本和收益分析，僅僅以效率為標準，研究在一定社會制度中法律的制定和實施問題，使人們可以就法律實施的結果得出結論並對特定的法律安排的社會價值作出評價，將使人們不會關注倫理道德，而存在著道德風險。十四世紀至十八世紀中葉，所有的工廠立法都是設法限制工人工資和延長勞動者的工作時間，「資本由於無限度地盲目追逐剩餘勞動，像狼一般地貪求剩餘勞動，不僅突破了工作時間的道德極限，而且突破了工作時間的生理極限……資本是不管勞動力壽命的長短。它唯一關心的是在一定工作時間內最大限度地使用勞動。它靠縮短勞動力的壽命來達到這一目的，正像貪得無厭的農場

---

<sup>234</sup> 郭東杰、譚嵐，2006，〈勞動合同法律的經濟分析〉，《社會科學戰線》，(05)：79。

主靠掠奪土地肥力來提高收穫量一樣。<sup>235</sup>」這種狀況一直持續到限制工作時間和最低工資為目的的新工廠法的出現。

由此可見，以財富最大化作為法律的中心目的，主要是實現了法律的個人自由價值，而忽視了其公平價值，那麼秩序價值也就不可能自然而然地得到實現，往往依靠行政力直接介入。勞動立法是工人階級長期抗爭的結果，遊行罷工衝擊了資本主義的市場秩序，資方無法進行有效率的生產。為了恢復正常秩序進行有效率的生產，資方才頒布勞工權利、勞動標準、勞動條件、節假日休息等制度。不僅如此，當代的勞動法律顯然突破了單純的經濟效率標準，更多地表現為道德、人權的衡量尺度。勞動法律已不再簡單地追求社會短期的、直接的經濟效率或者財富最大化，而是更關注實際經濟生產中勞動者和企業之間的關係，基本上傾向於保護勞動者一方。從本質上說，勞動立法的中心目的應該是社會長期的「福利最大化」，不僅包括以效率來衡量的財富，也涵蓋權利和公平等。<sup>236</sup>

## 二、勞動合同法律的經濟分析

在計劃經濟體制之下，勞動關係主要是由政府通過行政手段來規範，並不能構成勞動法律關係。在經濟轉型過程中，企業和勞動者逐漸有了選擇的自由，成為真正的市場主體，由此產生的勞動關係必然是企業和勞動者之間的契約關係；為規範雙方的行為，簽訂正式的勞動合同成為必要，使得勞動關係進一步成為勞動法律關係，否則，產生勞動爭議時，即使是第三方介入也難以解決。許多西方學者支持這樣的觀點：法律不過是執行當事人協議的工具，契約應優先於法律；法官則是利用法律手段，根據契約來幫助受損害的當事人。

在私法體系中，合同法的中心目的就是通過強制履行承諾幫助人們實現他們

<sup>235</sup> 馬克思，中共中央馬克思恩格斯列寧斯大林著作編譯局譯，1975，《資本論》第一卷，北京：人民出版社，頁 295。

<sup>236</sup> 郭東杰、譚嵐，參照前註 234，(05)：80。



的私人目標，前提是合同首先是建立在私法自治、締約自由的基礎之上，因為任何自願交易都會使得社會福利最大化。然而，這種承諾交易與現貨交易不同。後者在交易中是沒有多少真正的理由承諾什麼，即使有也是一些關於產品質量、維修期限的保證，並不影響交易的完成；而前者則是一種緩期的交易或含有完成交易所需時間在內的交易，從事這種交易的雙方必須在完成交易的時間之內作出一定的承諾。理性的決策者只有預計到他們從締約中獲得的收益超過成本時，他們才會心甘情願地約束自己的行為。因為這種緩期交易涉及到未來，許多偶然性的事情都有可能發生，從而影響或者改變交易的性質，產生額外的風險。因此，緩期交易的一個重要任務就是要雙方為這些偶然性分擔責任，或者說如何分擔這些額外的風險。而且，在一個緩期交易過程中，隨著時間的轉移會出現一些新的資訊，這些資訊的交易如何進行呢？合同法正是為進行緩期交易的雙方提供一些處理風險和資訊的規則，從而降低交易費用。<sup>237</sup>

在契約自由原則下，一切勞動關係都建立在雙方合意的基礎之上，通常又以合同的形式加以確認，從而具有法律效力。然而，勞資雙方市場供給需求的不平衡決定了他們在簽約時不可能擁有平等的談判能力；即使他們在法律上是平等的主體，但是名義上的權利平等實際上就不可能在契約執行中得到體現；而且勞動者進入生產過程之後，必須服從組織的權威，雙方就形成隸屬關係。不僅如此，由於人力資本與其生理機能的不可分離性，會產生兩種後果：一方面，勞動者能夠自主控制其努力水準。勞動者可以為了私利或是受到不公正待遇而產生投機行為，例如偷懶；也可以由於受到過度剝削而反抗，例如辭職或罷工；也可能因受到各種激勵而加倍付出，鞠躬盡瘁。另一方面，勞動者的人格權很容易受到侵犯，包含：生命權、身體權、名譽權、健康權等等。資方利用這種不平衡的市場力量，掠奪勞動者的剩餘價值，甚至無視勞動者的人格權。可見，資本主義發展到自由競爭階段，依據私法自治原則建立起來的民法制度，已無法完全解決現實中的各

<sup>237</sup> 郭東杰、譚嵐，參照前註 234，(05)：80-81。

種勞資關係衝突。爲了維持正常的生產秩序，勞資雙方都希望制定一些關於勞動權利和勞動標準的法律，通過立法來確立勞動權利義務的基準，對「契約自由」原則施加一定程度的約束，以彌補私法治理勞動關係的不足。

於是，勞動合同法進行了重要的拓展：一是外在方面，不再把合同看作是「個別的意思表示」，當事人的意志要受到各種法規的制約；二是內在的方面，不再把合同看作是「孤立的意思表示」，當事人的意志往往不是以一次爲限的個別性契約，而是規劃將來交換的過程，形成關係性契約。因爲，事實上任何契約都會有比任何人所能想像的遠爲複雜的後果，因而必然會產生以下二個問題中的一個：「所設定的權力超出了自覺同意的範圍」或者「契約的某些重要方面仍有待同意方自由行使進一步的選擇來確定」。可見，僅僅通過雙方的合意並不能完全地了解契約關係的整體結構：契約不再僅僅是個別的、孤立的意思表示，而是通過社會的「普遍意志」加以聯繫和調整，使個別契約作爲一種社會契約獲得再生。勞動合同一方面要實現權利義務的設立自由，另一方面又要實現國家對勞動關係的干預，以保障人力資本所有者的人格權。勞動合同已不是一種完全意義上的合同，而是一種在契約自由原則基礎上滲透了國家公權力必要干預的、以社會利益爲本位的合同。這種干預是國家基於社會公共管理者的身份，在對勞動關係雙方當事人的實力對比和各自社會地位、身份等情形經過具體考察後，在勞動法的勞動者權利本位、用人單位義務本位的思想指導下所實施的，其目的是爲了實現勞動關係的具體平等、結果平等和實質平等，使雙方的利益格局符合社會公共利益的要求。於是，雙方在實現共同意志時，必然要遵循社會的普遍意志；而勞動法所體現的普遍意志在保障自由意志的同時，逐漸對特殊意志的自由度施加拘束，最終使勞動合同逐漸揚棄了作爲其本質的個別契約自由，成爲以遵從社會普遍意志爲前提，設定勞動權利義務的一種方式。<sup>238</sup>

<sup>238</sup> 郭東杰、譚嵐，參照前註 234，(05)：81。

## 第二節 從勞動經濟學觀點分析勞動合同法強化工會組織之影響

發展和諧勞動關係是建立和諧社會的重要內容之一，而在社會主義市場經濟條件下，和諧勞動關係的建立與發展和市場體系的建立與完善相關，特別是勞動力市場的狀況直接影響到勞動關係的現狀與未來發展趨勢。因此，和諧勞動關係的研究，必須在勞動力市場研究的框架範圍內進行。勞動經濟學是研究勞動力市場及其運行的科學，而勞動關係是勞動經濟學研究不可或缺的內容之一，其研究視角不同於其他學科之處，是以勞動力市場分析為出發點。<sup>239</sup>

### 第一項 勞動合同法所突顯和強化的工會組織

《勞動合同法》大量引入了工會這一法人主體和以工會為代表的集體勞權。《勞動合同法》突顯和強化了工會組織在勞動關係法律規範中的地位，賦予了工會作為勞動者集體勞權代表者的法律身份，為工會在勞動關係領域維護勞動者合法權益提供了比勞動法和工會法更為具體和可操作的法律依據。

#### 一、工會在《勞動合同法》中權利的性質特徵

工會在《勞動合同法》中的權利，其性質特徵在於不是工會自身的直接利益權，而是勞動者一方的利益代理權。工會在勞動者與用人單位之間的勞動合同關係中沒有自身的利益訴求。《勞動合同法》中的工會權利，卻不是工會的自身權利，而是工會代理的勞動者權利，如工會對勞動者勞動合同的指導幫助權、工會在勞動者權益方面的集體協商和集體合同權、勞動合同執行過程中的監督權等等。由於中國大陸在經濟全球化背景下已實現了勞動力的市場化，在勞動力市場不平衡，強資本弱勞工，勞動者權益難以通過個別勞動關係得以實現和保護的現實面前，《勞動合同法》要解決現實勞動關係的不平衡問題，就必然通過強化集

<sup>239</sup> 黃任民，2007，〈論勞動關係的勞動經濟學研究視角〉，《中國勞動關係學院學報》，（05）：20。

體勞動關係來維護勞動者一方的權益。<sup>240</sup>

工會這種間接代理性質的權利，主要規定在《勞動合同法》第一章總則的三項與工會相關的法條之中。《勞動合同法》總則是該法的總綱，有六項基本法條。除了該法的立法宗旨、適用範圍、調整原則三條外，其餘三條也都醒目地主張了工會在勞動關係領域對勞動者的代理權利，這是在中國大陸過去勞動關係立法中尚未有過的。《勞動合同法》總則中突出體現了工會代理勞動者集體勞權的三項基本權利<sup>241</sup>。

(1)勞動力價格的協商契約權：經濟全球化背景下勞動力價格在世界範圍內向下競爭，中國大陸作為所謂「世界工廠」表現得尤為突出。在中國大陸的計劃經濟實現了市場化改革之後，勞動力市場在供求關係和其他因素的影響下，價格過低，缺乏增長機制已成為引發社會矛盾最主要的原因之一<sup>242</sup>。如何制約平衡勞動者個人無法抗衡的資本巨大優勢，是中國大陸勞動立法的重大課題，因此，《勞動合同法》在立法宗旨上明確保護處於弱勢地位的勞動者，在具體條款中強化工會在勞動力定價中的權利，通過平等協商簽訂集體合同形成市場經濟條件下的勞動力價格即工資的增長機制。如《勞動合同法》第六條規定：「工會應當與用人單位建立集體協商機制，維護勞動者的合法權益。」在此基礎上，《勞動合同法》專門就歸屬於工會要約權利的集體合同作出特別規定。第五十一條規定：「企業職工一方與用人單位通過平等協商，可以就勞動報酬、工作時間、休息休假、勞

<sup>240</sup> 許曉軍，2007，〈工會在勞動合同法中的權利及作用〉，《中國勞動關係學院學報》，(05)：1。

<sup>241</sup> 許曉軍，參照前註 240，(05)：1-3。

<sup>242</sup> 勞動者的工資如何決定？這是勞動經濟學中重要的組成部分。關於工資的決定，西方經濟學理論體系中有兩個重要的理論：邊際生產力決定論和均衡價格決定論。前者認為勞動者工資是由勞動力的邊際生產力決定，後者認為勞動者的工資是由勞動力市場上勞動力供給需求均衡決定。不同的工資理論對現實生活中勞動者工資的評價是不一樣的。根據邊際生產力決定論，工資的高低是與勞動者的邊際生產力有關的，若工資過低是勞動者一方的因素決定的，不是資本一方造成的。根據均衡價格決定論，工資的高低是由勞動力供給需求關係決定的，是市場機制作用的結果，若工資過低無法滿足勞動者的基本生活需要，則是因為勞動力供給過剩。參閱自康靜萍，2007，〈構建馬克思主義的現代勞動經濟學〉，《當代經濟研究》，(04)：47。

動安全衛生、保險福利等事項訂立集體合同。集體合同草案應當提交職工代表大會或者全體職工討論通過。集體合同由工會代表企業職工一方與用人單位訂立；尚未建立工會的用人單位，由上級工會指導勞動者推舉的代表與用人單位訂立。」明確將勞動關係中勞動力定價的協商權交給了代表勞動者的工會。第五十五條中規定：「集體合同中勞動報酬和勞動條件等標準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和勞動條件等標準不得低於集體合同規定的標準。」以法規的形式確定工會協商簽訂的集體合同在勞動力價格標準上的權威性。並在第十一條：「用人單位未在用工的同時訂立書面勞動合同，與勞動者約定的勞動報酬不明確的，新招用的勞動者的勞動報酬按照集體合同規定的標準執行」和第十八條：「勞動合同對勞動報酬和勞動條件等標準約定不明確，引發爭議的，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」中，把工會簽訂的集體合同作為確定和調整勞動合同關係的依據。

不僅如此，在勞動關係更為不平衡，勞動者權益受侵害更多的建築業、採礦業和餐飲服務業，《勞動合同法》進一步擴大了工會集體勞權的代理範圍，通過行業或區域集體協商及簽訂集體合同維護勞動者合法權益。如《勞動合同法》第五十三條規定：「在縣級以下區域內，建築業、採礦業、餐飲服務業等行業可以由工會與企業方面代表訂立行業性集體合同，或者訂立區域性集體合同。」

(2)企業規章制度的參與共決權。《勞動合同法》為了調整和平衡個別勞動關係，對工會參與共決規章制度作出了明確的規定。《勞動合同法》第四條規定：「用人單位在制定、修改或者決定有關勞動報酬、工作時間、休息休假、勞動安全衛生、保險福利、職工培訓、勞動紀律以及勞動定額管理等直接涉及勞動者切身利益的規章制度或者重大事項時，應當經職工代表大會或者全體職工討論，提出方案和意見，與工會或者職工代表平等協商確定。在規章制度和重大事項決定實施過程中，工會或者職工認為不適當的，有權向用人單位提出，通過協商予以

修改完善。」

(3)重大勞動關係問題的干預糾正權。在產業革命後的時代，世界各國幾乎都出現了市場經濟條件下的工會這一勞動者聯合組織，在社會各個層面的法律政策制定、執行等方面代理表達和實現勞動者的利益訴求。勞動合同關係，只是以個人契約的形式，奠定勞動者個人勞動權利的基礎。市場經濟勞動關係發展的實踐證明，沒有工會的干預和介入，在勞動合同關係中的勞動者權益就無法充分實現，而工會的干預和介入，按國際慣例和經驗，是通過與政府勞動管理部門、企業代表共同形成的三方機制加以實現的。因此，勞動合同法總則第五條規定：「縣級以上人民政府勞動行政部門會同工會和企業方面代表，建立健全協調勞動關係三方機制，共同研究解決有關勞動關係的重大問題。」

## 二、工會在勞動合同法中的五項基本作用

由於《勞動合同法》明確了工會在勞動者與企業之間形成和實現勞動合同關係中的權利，也就為工會在《勞動合同法》中的作用提供了依據。工會的這些作用表現在勞動合同關係中的五個方面<sup>243</sup>。

(1)對於勞動者在勞動合同關係中的權益認定，工會發揮的是指導作用。

勞動合同關係的產生，以勞動者進入企業為前提。在剛進入企業之時，勞動者對自身在該企業的合法權益，往往處於茫然狀態，起草勞動合同文本和提出簽訂勞動合同要約的主導權掌握在企業手中。單獨依靠勞動者個人的權利意識是難以確保在勞動合同簽訂過程中權益不被侵犯的。為此，《勞動合同法》第六條規定：「工會應當幫助、指導勞動者與用人單位依法訂立和履行勞動合同。」通過工會組織的幫助指導，避免勞動者個人在無法明確認定自身合法權益的情況下簽訂勞動合同。

<sup>243</sup> 許曉軍，參照前註 240，(05)：3-4。

(2)對於勞動者在勞動合同關係中的利益訴求，工會發揮的是表達作用。

個別的勞動者在企業的強大管理壓力面前，往往很難充分表達自己的利益訴求，而且勞動者個人的利益訴求又多是分散的、局部的，缺少概括的。工會組織的作用就是將這些利益訴求集中概括起來，通過合法的組織渠道溝通協商，充分地表達出來，反映勞動者的意願和呼聲，尤其是在企業採取某些方式處理勞動關係，可能危害到勞動者利益之時。例如《勞動合同法》第四十三條規定：「企業單方面解除勞動合同，應當事先將理由通知工會。企業違反法律、行政法規規定或者勞動合同約定的，工會有權要求企業糾正。企業應當研究工會的意見，並將處理結果書面通知工會。」

(3)對於勞動者在勞動合同關係中的利益實現，工會發揮的是維護作用。

工會依法維護勞動者的合法權益，是工會的基本職責。在《勞動合同法》的工會條款中，處處體現了這一點。例如《勞動合同法》第四十一條規定：「需要裁減人員二十人以上或者裁減不足二十人但占企業職工總數百分之十以上的，企業提前三十日向工會或者全體職工說明情況，聽取工會或者職工的意見後，方可以裁減人員。」《勞動合同法》第七十八條規定：「企業違反勞動法律、法規和勞動合同、集體合同的，工會有權提出意見或者要求糾正；勞動者申請仲裁、提起訴訟的，工會依法給予支持和幫助。」

(4)對於企業在勞動合同關係中的強勢地位，工會發揮的是制約作用。

勞動力市場上的勞動力供大於求，確立了企業在勞動關係中的強勢地位，僅憑勞動者個人的力量無法得到保障。勞動合同法據此強化了工會通過集體合同制度發揮的制約作用。例如《勞動合同法》第五十四條規定：「依法訂立的集體合同對企業和勞動者具有約束力。行業性、區域性集體合同對當地本行業、本區域的企業和勞動者具有約束力。」《勞動合同法》第五十六條規定：「企業違反集體合同，侵犯職工勞動權益的，工會可以依法要求企業承擔責任；因履行集體合

同發生爭議，經協商解決不成的，工會可以依法申請仲裁、提起訴訟。」

(5)對於政府部門在勞動合同關係中的執法監督，工會發揮的是協助作用。

勞動合同制度實施的監督管理工作，屬於勞動行政部門的執法權。但是，單靠勞動行政部門監督管理執法，顯然無法有效制止企業的違法侵權行爲。因此，充分發揮工會組織覆蓋面廣，直接接觸勞動者多的優勢，加強工會的群眾性執法監督，是勞動合同的明確要求。《勞動合同法》第七十三條規定：「縣級以上各級人民政府勞動行政部門在勞動合同制度實施的監督管理工作中，應當聽取工會……的意見。」《勞動合同法》第七十八條規定：「工會依法維護勞動者的合法權益，對用人單位履行勞動合同、集體合同的情況進行監督。」

## 第二項 勞動經濟學研究之重要內容--工會理論

在社會經濟轉型中，中國大陸勞動關係日益複雜多變，由行政化的利益一體型通過利益分化向市場化的利益協調型轉變。勞動關係的重大變革客觀上要求工會之運作進行適時的調整，也要求在理論上特別是勞動經濟理論中對其進行研究，同時，社會主義市場經濟條件下的工會理論，也要引入勞動經濟學的研究方法，包含以下三點<sup>244</sup>：

(1)突出勞動經濟權益的維護，促進建立和諧穩定的勞動關係。

維護勞工合法權益必須在遵循勞動力市場規律的前提下進行，尊重市場規律，經濟才能發展；經濟發展，絕大多數勞動者要求工作的基本權利才能得到滿足；經濟繁榮，勞動力需求旺盛，勞動者的收入和其他福利才能得到最好的保證。對勞動力市場干預如果違背了市場規律，影響了勞動力市場的效益，非但不能實現保護勞動者利益的初衷，反而會從根本上損害勞動者的長遠利益。工會作為勞動關係中勞動者的代表，在工會理論研究中，要充分運用勞動力市場理論，對於

<sup>244</sup> 黃任民，參照前註 239，(05)：22-23。



社會轉型中出現的涉及勞工勞動經濟權益保障的問題，要冷靜地做全面分析，以求有效地維護勞工合法權益。

同時，現代勞動力市場不能離開政府的宏觀調控，工會組織應重視參與，積極促進政府、工會和企業的三方協調機制的建立和完善，工會理論在涉及勞動關係的重大問題時，既要從勞動力供給的角度，研究勞動力市場中勞動者的權益保障，還要從維護勞動力市場正常運行的角度，研究涉及三方利益調整的重大理論和政策措施。

(2)結合工人階級及構成變化，研究中國大陸勞動力供給狀況。

改革開放以來，中國大陸工人階級發生了明顯的變化。工人階級的組成成分已經從單一從事體力勞動的產業工人轉變為產業工人、非產業工人及知識份子等多群體的完整工人階級。城鎮就業人口規模從 1978 年的 9514 萬人擴大到 2005 年的 29350 萬人<sup>245</sup>。截止 2007 年，工會會員總數達 19329 萬人，占職工總數的 66%。<sup>246</sup>中國大陸爲了更大地維護廣大勞工權益，擴大工會的社會影響，目前是大力加強基層工會的組織建設工作。

(3)把握勞動關係雙方的經濟利益平衡點，以利於有效維護勞工的經濟利益。

從本質上講，勞動關係作爲勞動者和企業雙方的社會經濟關係是既對立又合作。在市場經濟條件下，凡有投入就都力求獲得最大的產出。資本和勞動力作爲企業生產的兩個最基本的生產要素，其投入也是遵循這一原則。其人格化的表現就是：企業力圖獲得最大的利潤，勞動者則力圖獲得最大的工資。因此，從企業的收入分配看，勞資雙方在經濟利益上存在著此消彼長的對立關係。然而，不應

---

<sup>245</sup> 參照前註 6。

<sup>246</sup> 中華人民共和國國家統計局編，22-4 工會組織狀況，2008 中國統計年鑑，北京：中國統計出版社，頁：735。

忽略的是，資本要素和勞動力要素只有相互有效結合，最終才能創造財富。因此，從企業創造產品，提高經濟效益角度來看，勞資雙方又存在著利益協調的合作關係。

勞動關係的這種對立合作關係，客觀上要求工會在維護勞工的經濟利益時，應把握好勞動關係雙方的經濟利益平衡點。從戰略發展看，勞動關係作為利益的對立合作體，雙方的生存與發展均取決於提高企業經濟效益，增強企業的市場競爭力。而提高企業經濟效益的一個基本前提條件就是降低物力成本和人力成本。這就使得工會幹部要學習企業經營管理知識，把握人力資源管理的知識和技能，成為這方面的專才。唯有此，才能在複雜多變的經濟形勢下，真正有所作為，展示出工會的維權實力，體現工會在協調勞動關係中的存在價值，從而確立自身在勞動關係中的地位和作用。

### 第三節 勞方、資方與政府三方協調機制的博弈分析

#### 第一項 博弈理論

博弈論(Game Theory)又稱賽局理論，是在 20 世紀 40 年代產生於美國經濟學界的一種行為科學理論。該理論是以衝突與合作、鬥爭與妥協的對策選擇及其互動規律為研究物件的，被譽為「社會科學的數學」。<sup>247</sup>

博弈理論主要研究決策主體行為存在相互作用時，行為主體如何利用所掌握的訊息進行決策，以及這種決策的均衡問題，反映了博弈參與者的行動及相互作用間的衝突、競爭、協調與合作關係。一個正式的博弈主要包括以下幾個要素：(1)參與者(players)，是指博弈中的決策主體，根據自己的利益要求決定自己的行為。參與者可以是自然人，也可以是各種社會組織、如企業、家庭、社團及政府

<sup>247</sup> 董保華，2009，〈勞資博弈之道——兼談勞動合同立法博弈中「強資本、弱勞工」的觀點〉，《社會科學家》，(01)：9。

等。(2)訊息(knowledge)，指有關博奕的知識，例如關於其他參與者的特徵、行動等知識，博奕中，參與者可利用訊息的多少是影響其策略行爲的一個重要因素。(3)策略(strategies)，策略是參與者在給定訊息前提下的行動規則，決定了參與者在每種可能情況下要採取的行動。(4)收益(payoffs)，又稱支付，是參與者以各種策略組合中獲得的效用水準，收益是參與者最爲關心的。由於收益是策略組合的函數，所以又被稱爲收益函數。根據參與者之間的協調程度，可將博奕分爲非合作博奕和合作博奕。<sup>248</sup>

法律制度的制定與實施實際上體現爲不同社會行爲主體、利益主體的博弈。我們總是強調法律應該體現大多數人的意志，而大多數人的意志的界定離不開公開的博弈，即只有社會各階層的利益訴求都能得到公開表達，社會各利益階層就法律內容展開公開的討論、辯駁甚至是討價還價，直至在相互協商與妥協之下達成共識，才會有真正的大多數人的意志產生，建立在這種公開博弈基礎上的彙集各階層利益的法律才能說是公正的。所以，對於法律的利益體現的廣泛性與具體規定的公正性而言，立法博弈的環節不可或缺。<sup>249</sup>

立法博弈的結果不外三種情況：一種是各派利益主體都以追求自身利益和價值的最大化爲目標，彼此互不妥協，最後每一派的目標都未達到，全敗俱傷，形成沒有贏家的「共輸」，這種情況在博弈論上稱作「負和博弈」；另一種情況是最強大的那個(或幾個)力量徹底壓倒或消滅其他力量，獲得全勝，形成自己一(或幾)派全贏，其他各派全輸的結果，這在博弈論上稱作「零和博弈」；第三種情況是各派利益主體在堅持自身根本利益和價值訴求的同時，也適當考慮其他利益主體的利益和要求，必要時各派都甘願做出某些讓步，即衝突中有合作、鬥爭中有妥協，最後達成一種整合性的平衡，實現公共利益與價值的最大化，收到「雙

<sup>248</sup> 龔基云，參照前註 104，頁 259。

<sup>249</sup> 魏文彪，2006，〈民主博弈是立法公平的必要程式〉，《人大研究》，(12)：11。

贏」、「多贏」、「共贏」之效，博弈論稱其為「正和博弈」。<sup>250</sup>

## 第二項 勞動關係的博弈分析

勞動與資本是社會生產過程中不可缺少的生產要素。勞資關係是勞動的所有者與資本的所有者通過勞動力市場建立起來的契約關係，本質上是一種社會經濟利益關係。勞資主體雙方是兩個相互獨立的利益群體，有各自明確且對立的利益要求，並因此而存在明顯的利益衝突。這種對立、衝突是必然的，但並非絕對對立，它也有合作的一面，因為無論是社會財富的創造，還是雙方各自利益的實現，對方的存在都是前提。西方先進國家經濟和社會發展的經驗表明，勞資衝突有破壞性的一面，也有建設性的一面，積極利用其建設性可以實現勞資的雙贏。<sup>251</sup>

勞資雙方矛盾衝突中建設性的一面，是指在反覆的衝突和博弈中，找到雙方利益的平衡點，建立起勞資雙方利益的協調機制，達到勞資雙方關係的穩定與協調。市場經濟條件下，資本和勞動都是追求自身利益最大化的理性市場主體，有著不可避免的矛盾，有時甚至是根本的矛盾。但理性的雙方同時也知道，大家有著共同的利益：提高生產效率，創造出更多的財富，這才是雙方利益最大化得以實現的基礎；而且只有勞資雙方意識到及承認對方的權利和利益，並在此基礎上進行合作、協商，才能極大地提高生產效率，真正實現各自的利益最大化。這必須使得資方承認及尊重勞方的合法權益，在企業管理過程中，本著以人為本的思想，將勞動者的福利、成長與企業的發展聯繫起來，通過滿足勞動者的合理需要，激發勞動者的積極、智慧和創造力，實現提高勞動生產率的目的。而勞動者也須承認和尊重資方的權利和利益，以此為基礎將提高自己收入水平的希望寄托於企業的發展和壯大，積極主動承擔勞動任務，服從管理，遵守紀律，並通過職工代

<sup>250</sup> 程漢大，2005，〈正和博弈是立憲成功之道〉，《山東師範大學學報(人文社會科學版)》，(04)：21-22。

<sup>251</sup> 李杰，2007，〈論提高勞動者的市場博弈能力與發展和諧勞動關係〉，《集團經濟研究》，(26)：95。

表或工會等集體組織，以集體談判、協商等制度性方式來表達自己的意願和要求，與企業進行正常溝通。在這種勞資關係下，勞資雙方都有一種發自內心的、積極的評判和認可，勞方對與自己有直接影響的事務有相當發言權，勞資雙方溝通渠道保持通暢，在正常組織制度內化解矛盾和糾紛，即勞資雙方不是通過絕對的對抗和較量來達到平衡，而是通過協商和合作來實現共贏。<sup>252</sup>

### 第三項 勞方、資方與政府--三方協調機制形成的博弈分析

在給定制度安排下，由於行為主體--勞方、資方與政府各自目標的差異和利益的不統一，總是存在著博弈各方的動態博弈。在此，為簡化起見，將政府視為影響勞方與資方雙方博弈策略行為選擇的因素，而將三方協調機制的博弈分析建立在勞資雙方博弈的基礎上。由於資方與勞方間存在著衝突與合作兩種行為互動、交互作用的利益關係，雙方組成一個矛盾統一體。資方與勞方是參加博弈的直接當事人，他們都是博弈決策主體和策略的制訂者，作為有理性的經濟主體，雙方都是從各自利益最大化出發的。在實現利益最大化的過程中，資方和勞方需要相互合作，而合作中又存在著衝突。<sup>253</sup>

#### 一、資方與勞方之間的非合作博弈關係<sup>254</sup>

從委託代理的角度分析，契約關係是企業的本質，企業完全是一種法律假設，是一組個人契約關係的一個聯結。Alchian Woodward 於 1988 年就指出，企業的本質在於它是一種團隊生產或長期契約的集合，而企業的團隊本質又表現為人力資本與非人力資本之間的長期依賴<sup>255</sup>。資方與勞方通過勞動力市場建立聯繫，雙方彼此交換有關價格和人員素質的資訊，當雙方取得一致之後，需要簽訂

<sup>252</sup> 李杰，參照前註 251。

<sup>253</sup> 龔基云，參照前註 104，頁 261。

<sup>254</sup> 李敏，2003，〈私營企業雇主與雇員關係的博弈分析〉，《華南理工大學學報社會科學版》，(03)：54-55。

<sup>255</sup> 楊瑞龍、周業安，1997，〈一個關於企業所有權安排的規範性分析框架及其理論含義〉，《經濟研究》，(1)：17。

某種契約，其內容包括：勞動報酬、工作條件、職業保障、契約期限。有時契約是正式的，例如集體談判協議，有時契約是非書面形式的、非正式的，僅僅以經驗和口頭承諾為基礎，雙方形成一種默契。在寇斯看來，企業實質上就是一個長期雇傭契約。這個契約是不完全的，因為勞動難以測定和計量；這個契約是長期的，因為勞動的權益需要更有利地保護；這個契約包含了權威，因為勞動協調要花費成本等等。因此，在現代契約理論中，把資方與勞方間的雇傭關係看成是委託代理的契約關係，並且是默認契約(或隱性契約)關係。如果雇傭契約規定了雙方的權利和義務，以及在交易活動中可能出現的每一個意外事件，使整個契約可以約束當事人完成特定任務的幾乎所有行為，那麼，資方和勞方之間就形成了一種完備的契約。然而，在現實經濟活動中，三個因素阻礙了資方與勞方之間制定一個完備的契約，即雙方的有限理性、衡量績效的困難和資訊不對稱。所謂有限理性是指在處理資訊、應付複雜環境和尋求理性目標中，資方和勞方個人能力的局限性。衡量績效的困難在於資方難以確定一個準確地衡量勞方行為努力程度的標準，即資方不能觀測到勞方是否努力工作，只可觀測勞方的任務完成狀況。不對稱訊息是指某些當事人擁有而另一些當事人不擁有的訊息，即資方與勞方不能同等地獲得有關契約的訊息。不對稱資訊有兩個基本形式：隱匿訊息(逆選擇問題)和隱蔽行動。隱匿資訊被認為是一方當事人不能得到這些知識或資訊，這樣，前者就擁有隱匿資訊，例如勞方無法瞭解企業盈利和成本的真實數據。隱蔽行動是指一方作出行動，而另一方無法發現或被核實。例如，作為資方無法觀察到勞方究竟是努力還是偷懶，這難以用契約來規定這些行為。資訊不對稱既可能表現為資方擁有私人資訊，也可能表現為勞方擁有私人資訊，因而投機行為對雙方都是可能的。

由於以上因素的影響，資方與勞方之間的契約是不完備的，它沒有完全地描述從可能的意外事件到權利、責任和行動，使得契約具有不完全約束力，或不可強制執行。於是，資方與勞方之間就形成了一個非合作博弈，一方當事人對另一

方當事人所承諾的責任和行動會採取毀約的行為，從而產生衝突。非合作博弈強調的是個人理性、個人最優決策，其結果可能是有效率的，也可能是無效率的，但根據博弈理論，衝突最終應達到一個均衡點。

## 二、資方與勞方對工資的衝突決策模型

在勞動力市場上，資方僱傭勞動力進行生產，勞方提供勞動力獲取收入，雙方之間的交易涉及到僱傭的各個方面，例如勞動保險、工作環境、職業的發展等等。但在私營企業，衝突焦點往往集中在工資上，工資是聯結資方與勞方之間關係的關鍵因素之一。在一個經濟不發達的地區，較高的工資意味著較好的營養、較好的工作質量，資方的收益也會增加。而在經濟較發達的地區，較高的工資意味著能吸引能力更強的勞方，也利於提高資方的收益。但較高的工資，意味著較高的成本。因此，對資方來講，既要以適當的高工資來促進生產和收益，也不能使其過高以致於成本太高反而無利可圖。因此，理論上存在一個適當的工資水準，以調節資方與勞方間的衝突。一方面，資方需要考慮勞方的工資期望值以確定最適當的工資，另一方面，勞方需要考慮資方對自己的選擇和表現可能反應的基礎上決定是否接受工作或是否努力工作。<sup>256</sup>

## 三、合作博弈的實現與三方協調機制的形成

從博弈納許(NASH)均衡的理論分析可以看出，資方與勞方解決衝突的關鍵在於個人是否願意選擇合作。在假定個人追求自身利益最大化條件下，個人願意選擇合作的動機取決於兩個方面：一是雙方合作所帶來的收益要超過背叛所帶來的收益。二是合作的實現機制。在非合作博弈的「囚徒困境」中，由於雙方合作的收益大於背叛的收益，所以，雙方都會有合作動機。問題是，當一方選擇合作時，對方可能選擇背叛，其結果是選擇合作的一方不如選擇背叛更為有利。因此，合作的實現機制是個人願意選擇合作的關鍵。促使合作可能出現的另一個基本條

<sup>256</sup> 李敏，參照前註 254，(03)：55-56。

件是雙方對未來的看法。個人對未來價值的判斷反映在下一步博弈收益與前一步博弈收益的比較上。促進人們由非合作博弈轉向合作博弈的條件在於雙方對預期收益的考慮，即雙方對選擇與退出合作的成本與收益比較。在假定收益一定條件下，當雙方合作的成本大於退出成本時，人們就會選擇退出。只有當雙方合作的成本小於退出成本時，人們才可能會選擇合作。因此，要促進人們的相互合作，一個最基本的條件是提高退出成本。<sup>257</sup>

合作博弈之所以有利於解決偷懶或背叛行爲，是因為：(1)它有利於解決合作對手的「訊息隱匿」問題。在一次性博弈關係中，任何一方都從個人利益出發，隱匿對個人不利的資訊，披露對個人有利的資訊，而另一方又無法對所觀察到的行爲進行核對總和甄別，這就使「資訊隱匿」成爲可能。資方與勞方在一段時間博弈關係的重複推進中，任何一方通過各種途徑暴露出來的資訊會越來越多，進而使任何一方隱匿資訊的成本越來越高，這樣，從觀察、判斷到瞭解對方行爲的真實動機也就變得越來越容易。(2)合作博弈是建立在重複博弈形成的長期關係基礎上的，使得任何一方運用報復性策略來懲罰背叛者變得可信和可行。在動態重複博弈中，個人的任何一種行爲都會得到一種回報，通過這種未來的回報約束個人的現期行爲，這就成爲長期關係形成的一種有效的約束力。如果背叛者在沒有得到相應的回報之前就可以退出，那麼回報行爲就無法實施，致使合作博弈的約束力弱化。因此，只有未來的回報才能約束個人的現期行爲，即只有在重複博弈的長期關係才能實現對個人行爲的未來回報。在西方社會，資方與勞方已經意識到，雙方都必須加入到企業之中，通過長期的合作，把企業這塊餡餅做大，使各自的回報都得以實現。進一步分析，資方追求的目標是企業利潤，勞方追求的目標則是穩定的職位保障、較高的工資、獨立的人格、較高的生活及工作品質，尤其是在當前中國大陸勞動力供過於求的市場環境條件下，大多數勞方第一需求目標是經濟、安全保障，這一目標的實現則更需要企業的生存和發展。正因如此，

<sup>257</sup> 龔基云，參照前註 104，頁 268-279。



雇傭雙方應採取合作的態度。當這種合作真正在勞動關係中發揮作用的時候，也就表明勞動關係在三方協調的基礎上得到重塑。<sup>258</sup>

#### 第四項 勞資雙方在訂立勞動合同方面的博弈分析

從經濟學角度講，企業進行生產經營需要勞動、資本和自然資源等生產要素，企業利潤最大化的過程決定了對生產要素的需求，企業要素雇用決策的基本原則是最後一個單位要素投入所增加的收益等於它所帶來的成本，也就是要素的邊際收益等於要素的邊際成本。要素市場的均衡是要素購買者與要素提供者共同作用的結果。

勞動作爲企業的生產要素之一，其在使用上是有價格的，勞資雙方形成勞動關係的宗旨是自身利益最大化。就勞方而言，穩定持續的高收入是其追求的目標。雖然勞動力資源作爲企業生產要素是不可或缺的，但勞動要素市場的均衡卻並非是常態。一方面，企業在組織生產經營過程中，對勞動的需求是一個變數，另一方面，社會中勞動力資源的供給也處於動態變化當中，這種供需變化造成了供需雙方的矛盾，造成自由市場中勞動力作爲生產要素的價格波動與異化。而決定這種勞動力市場供需矛盾的主要因素是勞動力資源的自身屬性，具體來講有三大屬性<sup>259</sup>：

(1)維持性：主要指勞動者個人勞動能力和勞動資源整體的維持與再生，具體體現在勞動者生命健康維持、後代繁衍以及家庭、社會責任的負擔，其決定了勞動力價格的底線。

(2)稀缺性：勞動資源按其勞動技能與勞動者素質可進行多層次的分類。受勞

<sup>258</sup> 龔基云，參照前註 104，頁 269-270。

<sup>259</sup> 蔡維力、張愛軍，2008，〈當代中國的勞資博弈——《勞動合同法》焦點條款的法經濟分析〉，《山東社會科學》，(5)：105-106。

動者身體狀況、知識掌握、實踐技能等方面素質因素的影響，不同層次的勞動力資源供給量是不同的，當勞動崗位對上述素質要求高而需求量較大時，由於此類勞動資源難以迅速增加，即缺乏供給彈性，則供需矛盾就突顯出來，此類勞動力資源就成為稀缺資源，具有了較強的稀缺性。

(3)替代性：主要指勞動要素與資本要素的互換方面。在企業生產要素構成比例上，企業決策中既可傾向於投資購買勞動資源，也可傾向於購買技術設備資源，當兩者價格相近時，則該類勞動力資源就可被資本所替代，具有可替代性。相反，典型的創造性勞動是不可替代的。

上述三大屬性決定了勞動市場的基本狀況，據此可將勞動力劃分為三個層次，即高端不可替代的稀缺勞動力、中端不可替代的非稀缺勞動力和低端可替代的非稀缺勞動力。勞動力市場中三個層次在結構上一般呈正金字塔型分佈，低端勞動力群體為塔底的多數。實踐中，勞資雙方在對待勞資關係並作出與訂立勞動合同相關的決策，主要就是從這三個因素加以考慮。在市場經濟中勞動者與企業都作為理性的經濟人存在，其行為主要以實現利益最大化或成本最小化為目標。而中國大陸現階段，勞動力市場主要表現為供大於求，失業(包括隱性失業)人員較多，勞動就業壓力較大。這種情況下，勞動力市場中勞資雙方力量對比就明顯失衡，勞動者處於弱勢地位，而資方處於強勢。因此，政府會適度干預，建立健全勞動就業市場，規範勞資雙方的市場行為。

就政府通過勞動合同立法干預勞動力市場，調整勞資關係方面來講，勞動合同立法就是政府在勞動就業制度安排上的具體設計，其立法目標的實現主要看其制度設計否是有效率。這就需要從經濟角度對其進行分析，新制度經濟學作為經濟分析的有力工具，為評價《勞動合同法》中制度設計提供了理論支撐。新制度經濟學以寇斯(Coase)1937年的《企業的性質》一文為標誌，提出了交易成本的概

念，而現在，新制度經濟學把交易成本定義為包括所有與制度或組織有關的建立或變遷以及與制度或組織的使用有關的成本。<sup>260</sup> 寇斯(Coase)指出：「一家企業內部的協調成本和外部的交易成本是由該企業從其他企業那裏購買要素的能力所決定，並且其他企業供給這些要素的能力部分地依賴於它們的協調成本和交易成本，而這些協調成本和交易成本也同樣依賴於其他企業。我們所面臨的是一個複雜的相互關聯的結構。」引申到勞資關係當中，《勞動合同法》作為政府的制度安排，其在執行中既包括對勞方與資方交易成本的影響，又包括政府為此制度運行而發生的成本，兩者共同構成了執行勞動合同法的社會成本。當其中某項條款造成社會總成本增加時，該法條就是無效率的，因此，對交易成本的考慮形成了資方、勞方與政府博弈決策的出發點與歸宿。以此作為分析工具，我們就能分析評價《勞動合同法》中若干條款的效率性與科學性。<sup>261</sup>

#### 第四節 勞動合同法若干重點條款的經濟分析

##### 第一項 對《勞動合同法》中無固定期限勞動合同條款的經濟分析

《勞動合同法》第十四條作出了無固定期限勞動合同的規定。在勞資雙方建立勞動合同關係的博弈中，勞方決定簽訂勞動合同期限時，主要考慮「收入」和「穩定」兩個因素。無固定期限合同正是在保證單位工資不受影響的情況下，最大限度地保證了勞動關係的穩定性。《勞動合同法》第十四條只限制了資方解約，並未限制勞動者自主流動，這樣，當市場勞動力價格上漲時，勞方可以流動，可實現其利益最大化。而資方解約成本加大，勞動力的更新受到一定程度限制，這正是眾多企業規避該條款的原因所在。企業經營需要勞動力合理的更新與競爭機制，當該勞動力具有稀缺性和不可替代性時，則企業會主動延長勞動合同期限，簽訂無固定期限的勞動合同，無需法律強制規定。而當勞動力非稀缺，且可替代

<sup>260</sup> 佛洛波特恩(Furubotn, Eirik G.)，孫經緯譯，1998，《新制度經濟學》，上海：上海財經大學出版社，頁8。

<sup>261</sup> 蔡維力、張愛軍，參照前註259，(5)：106。

性強，則企業會規避勞動合同條款，或直接以資本替代勞動力。所以，針對不同層次的勞動力，資方的決策會有所不同。就高端不可替代勞動力而言，其稀缺性決定了在勞資博弈中處於強勢地位，勞動者利用《勞動合同法》保護能力強，同時，資方為保有資源也會主動提供優厚條件，包括無固定期限勞動合同。如飛行員、特殊工種人員和高級管理人員等；而中端勞動力階層則因其勞動力狀況隨工作年限變化不同而受影響，對年齡不影響其勞動能力的，則資方會願意簽訂無固定期限勞動合同。如果勞動能力隨年齡增長下降的勞動力類型，資方會規避與其訂立無固定期限的勞動合同；就既非稀缺又非不可替代的低端勞動力而言，多為體力勞動或低技術性勞動，年齡對其勞動效率的影響逐年增加，對這類勞動者，資方既可選擇不斷更新，以非全日制用工為主，又可以技術資本投資進行替代。因此，不容易得到《勞動合同法》第十四條的保護，即第十四條對強勢勞動力群體具有保護作用，對低端勞動力群體無效率。第十四條反而設計了一個勞動合同期限的臨界點，其臨界條件為「勞動者在該用人單位連續工作滿十年」和「連續訂立二次固定期限勞動合同，續訂勞動合同的」。資方為了避免簽訂無固定期限勞動合同，就會對中、低端勞動力用工合同限定在 10 年以內和一次續約，使本來可使用的勞動力面臨轉業風險。而中、低端勞動力群體正是最需要保護的。因此，該條款雖然旨在強化對弱勢勞動者群體的保護，但成效如何，有待觀察。<sup>262</sup>

在實務上就發生過為規避訂立無固定期限勞動合同的案例，其中最受注目的案子莫過於前文所提及的中國大陸華為公司要求資深員工主動辭職，公司再重新錄用。華為公司包括總裁任正非在內的所有工作滿八年的華為員工，在 2008 年元旦之前，都先後辦理主動辭職手續，之後再與公司簽訂一至三年的勞動合同。華為此舉就是為了規避《勞動合同法》第十四條針對無固定期限勞動合同的規定。

---

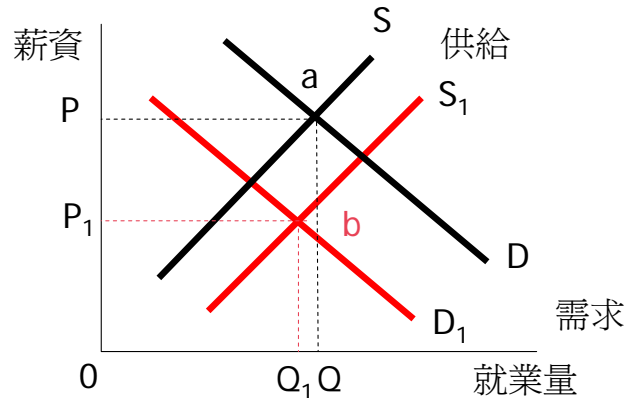
<sup>262</sup> 蔡維力、張愛軍，參照前註 259，(5)：106-107。

## 第二項 對《勞動合同法》中勞動合同解除的經濟分析

訂立契約的主要目的不僅在於履行契約，而更在於契約所能為訂約雙方帶來的經濟利益。所以在勞動合同方面，當履約成本大於履約收益時，勞動合同的履行就變得沒有效率，勞動合同的解除成為有效率的解決方式，所以合同雙方都應享有一定的解除權，不致於因解除勞動合同承擔過高的違約成本。當勞資雙方存在超出合作之經濟效益以外的獲利機會，勞動合同的解除將能促進勞動力資源更高價值的有效配置。

《勞動合同法》使得勞動者解約更加容易，用人單位解約更加困難。對勞動者的單方解除權的規定肯定了勞動力流動的合法性，有利於勞動力資源的合理配置，使勞動者個人需要與社會需要相結合，從而達到人盡其能，實現最大價值。儘管法律在制定上是持著良好的出發點去規劃權利的配置，但由於法律的運行過程複雜，實施後所產生的實際效果可能與立法初衷相左。當初出於維護勞動者合法權益而進行的權利配置，在實踐中經常會造成勞動者自身的損害。例如：假設其他的經濟條件不變的情況下，由於《勞動合同法》使得辭退不滿意的員工更加困難，從而導致用人單位解雇成本增加，將減少收益，使得用人單位勞動需求曲線左移(由D左移至D1)。同時，《勞動合同法》使得勞動者解約更加容易，勞動者換工作的誘因增加，從而使得勞動供給曲線的右移(由S右移至S1)，雙重結果就必然導致勞動報酬的減少(由P下降至P1)，所以，從長遠來看，《勞動合同法》對於勞動者勞動權的維護，表面上是對勞動者有利而對用人單位不利，實際上用人單位在對工作報酬進行調整後，立法的目的就可能達不到了(見圖5-1所示)。這裡須注意一點，由於勞動市場存在政府訂定的最低工資標準，所以工作報酬的調整只會在最低工資標準以上的價格做調整，當個別廠商所能提供的工資水準低於最低工資標準時，廠商將無法聘請任何勞動力，只能選擇關廠。

圖 5-1 勞動市場<sup>263</sup>



所以《勞動合同法》提高企業解雇成本的消極影響包含以下四個方面<sup>264</sup>：

(1) 企業在挑選新員工時會更加謹慎，新進勞動者就業難度加大。解雇成本的提高有利於保護現有在職者的利益，而損害失業者、非正規部門就業者等外部者的利益。因為企業解雇成本提高，企業在篩選新員工時會精挑細選，沒有經驗的大學畢業生、低技能工人..等等的就業率就會降低。而且企業在經營困難時會解雇生產率低的員工，那麼平均而言在職者比失業者的生產率高，在資訊不對稱的情況下，企業會從在職者中招用新員工而不願意招用失業者。因此，解雇成本的提高可能會加大對失業者的歧視，增加失業的持續時間。

(2) 勞動者的初始工資可能下降。如果《勞動合同法》的解雇成本太高，企業會把解雇成本轉移給勞動者，勞動者的初始工資可能下降。

(3) 非全日制用工、調整工作時間等可能會成為企業降低解雇成本的方式。《勞動合同法》對非全日制用工的限制較少，非全日制用工可以採用口頭協議形式，企業可以隨時終止非全日制用工，同時不用支付經濟補償，因此非全日制用工可

<sup>263</sup> 由筆者自行繪圖。

<sup>264</sup> 李春雲，2008，〈《勞動合同法》對企業解雇成本的影響分析〉，《當代經濟》，(10)：41。

能增多。由於解雇員工的經濟補償提高，企業可能更多地通過調整工作時間應對需求的變化，在產量降低時減少員工的工作時間，在產量增加時增加員工的工作時間，以避免解雇成本。

(4)加劇勞動力市場的不平等、勞動力市場分割。《勞動合同法》提高解雇成本可能加劇一級勞動力市場和次級勞動力市場的分割，加劇高技能工人、核心員工與低技能工人、年輕工人、女職工、臨時工之間的福利待遇差距。

### 第三項 對《勞動合同法》中最低工資標準的經濟分析

《勞動合同法》第二十條規定：「勞動者在試用期的工資不得低於本單位相同崗位最低檔工資或者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。」從條文含義來看，一方面，規定了試用期的工資標準，另一方面，也可看出對正常勞動合同的工資底線的規定。在實踐中，過去中國大陸勞動力市場，特別是在非稀缺性勞動力市場上，資方利用勞動市場供過於求的狀態，利用關於試用期工資的立法規定不健全而無故延長試用期，並壓低試用期工資，以達到廉價購買勞動力資源的目的。《勞動合同法》完善了這方面的規定，該條款如能嚴格執行，實質上就是通過制度設計加大了資方的用工成本，保障了勞方收益，達到保護勞動者權益的目的，這也是政府適度干預以調整低端勞動力市場勞資雙方利益失衡的有效措施。不過，最低工資標準也應充分考慮到勞動資源的替代性，如果干預過度，最低工資規定過高，會造成資方交易成本過大，則資方就會在勞資雙方的博弈中選擇以資本替代勞動，安排技術設備投入以減少勞動力需求，造成失業率上升。這樣，反而會加大勞動市場供需的不平衡，政府法律制度的安排也就無法達到保護勞動者權益的目的，轉而為無效率的設計。所以，最低工資標準的合理推算是該制度設計的關鍵。<sup>265</sup>

<sup>265</sup> 蔡維力、張愛軍，參照前註 259，(5)：106。

#### 第四項 對《勞動合同法》中勞動者違反服務期約定應承擔違約金的經濟分析

就《勞動合同法》第二十二條規定：「用人單位為勞動者提供專項培訓費用，對其進行專業技術培訓的，可以與該勞動者訂立協議，約定服務期。勞動者違反服務期約定的，應當按照約定向用人單位支付違約金。違約金的數額不得超過用人單位提供的培訓費用。用人單位要求勞動者支付的違約金不得超過服務期尚未履行部分所應分攤的培訓費用。」該條規定兼顧了勞資雙方的共同利益，且傾向於勞方權益。首先，違約金的規定增加了勞方解約成本及購買企業的交易成本，保障了資方的部分利益，在一定程度上阻止了盲目地跳槽，有利於穩定勞動關係。其次，企業培養自己的勞動力資源，使企業生產經營趨於穩定進行，而勞方離職僅賠償培訓費的分擔額，對彌補企業生產經營斷裂及補充勞動力資源所產生的交易成本是遠遠不夠的。勞動合同法這樣規定體現了適度向勞方傾斜的政策傾向，保證了勞動力的流動自由。同時，規範化處理的制度設計也為勞資雙方預設了交易規則，防止個別談判產生大量糾紛與訴訟，節約了解約成本。但是，如果過度傾斜，則會加大企業培訓稀缺性勞動力資源的風險，喪失培訓投入的積極性，就社會整體的相應勞動資源增加來講缺乏激勵，市場失衡將進一步加劇，其結果對勞動力資源合理構成與相應產業的發展不利。因此，適度是該條款具有效率的關鍵，就目前來看該立法是有效率的。<sup>266</sup>

### 第五節 法制加責於資方對中國大陸之影響分析

#### 第一項 資方受到法制制約對中國大陸之影響

2008年2月1日，《中國企業家》雜誌以「勞動合同法震盪」為題刊登了一組文章，其中《勞動合同法：企業意見調查》一文對中國大陸眾多企業進行了問卷調查，結果顯示，七成企業希望中國大陸有關部門對《勞動合同法》的相關條文進行修改、調整，超過一半的企業對《勞動合同法》的某些條款存有不同看法。這一調查促使社會各方去思索一個嚴肅的問題：一部被媒體宣傳為立法過程最審

<sup>266</sup> 蔡維力、張愛軍，參照前註 259，(5)：107。



慎、徵求意見最多，譽為民主立法、科學立法生動實踐的法律，為什麼在現實中卻遭遇到七成企業的反對？這一調查直接引發了一場《勞動合同法》究竟有沒有正常勞資博弈的討論。<sup>267</sup>

從《中國企業家》雜誌的調查來看，七成企業希望政府有關部門對《勞動合同法》的相關條文進行修改、調整，超過一半的企業對《勞動合同法》的某些條款有不同看法，這顯然不是一個正和博弈。至於這是一個「共輸」的負和博弈還是一勝一負的零和博弈，張五常持的是雙輸論，不僅是用人單位受損失，勞動者同樣是如此。如今所見，《勞動合同法》的效應是勞資雙方皆失！董保華的看法大致相同，認為這是一個顯而易見的負和博弈。但是，為什麼會出現這樣的結果呢？面對如此的問卷，要獲取正確的答案，就必須去探究《勞動合同法》到底經歷了怎麼樣的一場立法「博弈」。<sup>268</sup>

利益博弈進入立法領域，是旨在將利益上升為權利的努力，是從規則的被動接受者到主動參與制定者的覺醒，是從無序爭利到有序博弈的進步。<sup>269</sup>作為中國大陸最早研究利益集團的學者之一，社科院亞太研究所副所長張宇燕認為，在西方政治學文獻中利益團體（Interest Group）一詞本身毫無貶義，它對民主政治來說是不可或缺的存在。因為只有當各種利益集團通過利益表達而使自己的要求得以反映時，政府才能從中獲得大量可供決策參考的資訊，有助於決策的科學性；當政府為利益集團所包圍時，政府的行政權力會受到了來自各方的壓力和影響，從而構成對政府活動的監督作用。<sup>270</sup>

一些研究勞動關係的學者認為：「勞資衝突已經成為了社會的主要矛盾之一」。「在私有制企業中，勞動關係即是勞資關係，具有明顯的階級關係的性質。

<sup>267</sup> 董保華，參照前註 247，(01)：8。

<sup>268</sup> 董保華，參照前註 247，(01)：9。

<sup>269</sup> 湯耀國、朱瑩瑩，2007，〈超越部門立法〉，《瞭望》，(04)：46。

<sup>270</sup> 王健君，2007，〈需要合理博弈的利益集團〉，《瞭望》，(12)：58。

而勞資關係法制化的實質，即是通過法律來維護、保障和實現勞動者的權利。無視勞資矛盾的客觀存在或對於這一矛盾採用放任主義政策，其實質只能是偏袒和縱容資產所有者，其結果只能是激化勞資矛盾，並造成勞動者的自發反抗。」在這些學者的眼中，這種「過度的剝削工人」是你死我活的階級鬥爭，雙方並無多少共同利益，階級鬥爭的結果應當是「保障和實現勞動者的權利」。在中國大陸的勞資關係中，有產階級不僅在經濟上的權利和地位不斷上升，而勞動者的權利和地位處於不斷下降的趨勢中。<sup>271</sup>，顯然，這種「強資本弱勞工」的格局是不適合博弈的，也不可能用博弈理論，通過相互妥協來解決兩者之間的關係。

那麼面對「勞資矛盾越來越激化，勞資衝突已經成為社會最突出的問題」時，這些學者開出的是什麼處方呢？回答是：「勞資不成熟，公權需介入」。「國家對勞動關係的干預，貫穿於勞動關係運行的全過程」<sup>272</sup>。公權需介入就是強調行政廣泛干預，認為「《勞動合同法》的作用就在於通過勞動法律的矯正功能追求一種實質上相對平等的關係。這種矯正功能的基本手段，即是通過公權力的介入，適度限制雇主的權利以保障勞動者的權利，使個別勞動關係實現相對的平等或平衡」<sup>273</sup>。

按照博弈理論，「兩個以上存在利害關係的主體，在處理相互之間的利害關係時，一方的決策受他方制約同時又對他方產生制約」，而按照這些學者的說法，只有通過公權力介入來解決勞資衝突，這就根本沒有兩個利益主體博弈的空間。在國家面前是沒有任何利益主體能夠與之進行博弈的。為了擴大國家的行政空間，這些學者對兩個博弈主體的行為實行了「雙否定」。否定企業管理人格，將企業人力資源管理理解為「讓工人少拿錢，多幹活」；否定工會獨立人格，認為工會不能成為法律上的獨立主體；除國家行為合理外，兩個利益博弈主體的行為

<sup>271</sup> 常凱，2004，〈勞權保障社會主義市場經濟題中之義〉，《中國勞動》，(01)：25-27。

<sup>272</sup> 常凱，2004，〈論政府在勞動法律關係中的主體地位和作用〉，《中國勞動》，(12)：6-7。

<sup>273</sup> 常凱，2006，〈關於《勞動合同法》立法的幾個基本問題〉，《當代法學》，(06)：33。

本身也是判斷為不合理的。<sup>274</sup>

這種以勞資階級鬥爭作為基本論點，是與現代博弈理論相違背的。法律在制定中要對勞動者區別對待，對於不同人力資本的去向應該更多地讓市場去選擇，而不要用法律來過度干預。人定的法要符合市場的法則與規律，否則不是造成市場經濟損失，就是被市場經濟所拋棄。如果只把勞動者看為法律的保護對象，過分偏向企業和勞動者中的一方是不公平的。對於無法預測的情形，則設定原則條款或鼓勵人民自由約定，要給企業喘息的空間。企業與勞工唇齒相依，唇亡則齒寒。「利益團體」的是一個中性的名詞，本來就是市場經濟發展、社會多元化的正常產物。

而在外資企業方面，在前面章節提到 FDI 不論對中國大陸的經濟發展或勞動力就業是有很大的貢獻的。現階段 FDI 就業效應呈現出的新特點則說明不要僅僅從直接就業量上去考查 FDI 的就業效應，更要看到 FDI 對中國大陸國內就業的帶動和示範效應。所以中國大陸應透過提高 FDI 的整體就業效應，以實現中國大陸利用 FDI 的三大目標，即促進經濟增長，加快技術進步和增加就業。中國大陸是一個人口大國，解決勞動力的就業問題將是一個長期的課題。改革開放以來，FDI 為中國大陸的勞動力提供了大量與資本要素結合的機會，在農村勞動力向工業部門轉移過程中發揮了重要作用。在全球經濟一體化的大背景下，中國大陸更應充分利用先進國家的剩餘資本，與中國大陸大量的剩餘勞動力結合起來。<sup>275</sup>

《勞動合同法》力圖在勞動者與用人單位之間的權利配置找到一個均衡點，使二者的合法權益都能得到法律的保護，從而擴大社會的總體經濟效益。在存在交易成本的現實世界中，《勞動合同法》對於權利的明確界定是提高勞動資源利用效率的基礎和保障。《勞動合同法》要發揮其應有作用，必須以市場為依託，

<sup>274</sup> 董保華，參照前註 247，(01)：9-10。

<sup>275</sup> 霍倩佳、羅良文，參照前註 146，(01)：55。

遵循市場規律，對勞資關係加以引導與規範。權利配置失當會使得權利濫用，付出龐大的交易成本，並且造成社會福利的損失和缺乏資源有效的利用與保護，無法達不到資源配置的最適化。

同時，由於勞資雙方的力量和供求關係是不斷變化的，所以權利配置的均衡點也處於不斷的變化中。法律對權利的界定要注意文本法律在實踐中能否取得預期的法律效果。也就是說我們不僅要對權利進行文本意義上的靜態界定，更要關注權利運作過程中的動態界定，防止和避免權利界定在實踐中可能出現的扭曲和變異。《勞動合同法》對於目前存在的諸多問題進行了很好的界定與處理，對前一時期失衡的權利配置，進行了調整與糾正，對中國大陸勞動關係具有深遠的影響。但隨著經濟與社會的發展，勞資雙方力量強弱不停變動，有時權利配置變得過度，就需要及時進行調整。應以市場機制為主，國家引導規範為輔作為立法與執法的基本原則。違背市場規律的條款只會增加社會成本，在實務上是無效率或負效率的，原先為保護勞動者的美意無法達成，反而造成勞資雙方的「雙輸」，甚至進而影響全中國大陸的勞動就業市場和經濟發展，這絕非勞方、資方和政府三方面所樂見的。在制度設計上應適度兼顧資方的權益，讓資方不排斥遵守《勞動合同法》，達到穩定勞動關係的立法目的。

## 第二項 金融海嘯下的《勞動合同法》

2008年9月24日，當時的美國總統布希發表演說稱：美國正面臨嚴重金融危機，這表示著美國已經正式進入了金融危機的嚴重爆發階段。所謂金融危機，又稱金融風暴，通常指一個經濟體出現了貨幣供給數量劇烈波動，金融機構大規模倒閉，本國貨幣對外幣匯率發生大幅度波動，進而引起資本市場震盪，以致實體經濟受損的情況。<sup>276</sup>2007-2008年全球金融危機，又稱金融海嘯、信用危機及華爾街海嘯等，是一場在2007年8月9日開始浮現的金融危機。自次級房屋信貸

<sup>276</sup> 毛亞斌，2009，〈如何依法應對金融危機——淺析中國企業經濟性裁員現象〉，《上海企業》，(03)：10。

危機爆發後，投資者開始對由其所衍生的債務抵押證券的價值失去信心，引發流動性危機。即使多國中央銀行多次向金融市場注入巨額資金，也無法阻止這場金融危機的爆發。直到 2008 年，這場金融危機開始失控，並導致多間相當大型的金融機構倒閉或被政府接管。

許多人用「金融大海嘯」來形容這一次美國次級房貸風暴所狂捲起的金融大災難。但是，對於海嘯的本質，卻鮮少有人有深入的觀察。從海嘯理論來觀察，海嘯的形成是海底有地震，引發海床位移，瞬間引發海平面陷落，然後開始往外擴散，最後，猛然往外撞擊到海洋的最外緣，也就是陸地。最後，大浪回落回震央發源地，整片海洋餘波盪漾。

就此種角度來觀察，一個金融大海嘯發生時，應該是一個區域市場出現價格重挫（美國房價暴跌），引發海床位移（美國次級房貸壞帳升高、信評調降），瞬間造成資金陷落（持有次貸商品的銀行進行資產減計與損失提列），然後資金失衡效應開始往外擴散（歐洲銀行減計資產），最後，空頭勢力猛然往最後加入全球化市場的最外緣區域撞擊（也就是外資撤離中、印兩地的股市）。

當時釀起的全球金融海嘯影響最大的後果不僅是經濟衰退，而且也導致失業人數巨增。中國大陸企業也難獨善其身，在金融海嘯的影響下，裁員現象已日漸突出。目前，經濟性裁員已經成爲企業應對金融海嘯、降低成本而採取的普遍措施。<sup>277</sup>

中國大陸內的企業受全球金融海嘯的影響，採取的形式主要是經濟性裁員。所謂經濟性裁員，是指由於市場因素或者企業經營不善等經濟性原因，導致經營狀況出現嚴重困難，企業面臨生存和發展危機，爲降低運營成本和緩解經濟壓力，企業採取的單方解雇一定數額以上多個勞動者的情形。根據《勞動合同法》

---

<sup>277</sup> 毛亞斌，參照前註 276，(03)：10。

第四十一條規定可知，經濟性裁員是一次性裁員人數應在 20 人以上或者裁減不足 20 人但占企業職工總數百分之十以上，否則不適用經濟性裁員。這是企業經營自主權中用人自主權的突出表現，企業可以根據實際情況在擴大生產時招聘人員，在遇到生產經營困難時裁減人員，符合社會主義市場經濟的規律和要求。世界各國對經濟性裁員都普遍認可，各國勞動法也都有相應規定。但是，由於經濟性裁員涉及的人數眾多，社會影響極大，因此各國在賦予企業經濟性裁員權利時，又嚴格限制其以經濟性裁員為名隨意裁減人員。<sup>278</sup>

此外，部分企業為了避免支付高額的經濟補償金，往往採用「變相裁員」形式，降低經營成本。「變相裁員」形式主要有兩種：一是「停薪休假式裁員」，指在保留勞動者與企業之間勞動關係的情況下，企業停發職工薪資讓部分職工長期休假，根據情況另行聘用。二是「降薪待崗式裁員」，指由於企業部門縮減，原部門人員在大幅度降低工資標準的情況下，長時期等待重新分發新單位的情況。上述兩種「變相裁員」形式的特點是不以解除勞動合同為要件，不屬於法律意義上的裁員，但是卻能起到裁員及降低成本的目的，勞工往往難以忍受零工資或低工資的待遇，最後都會主動提出辭職。根據有關資料顯示，目前部分企業裁員中存在的問題表現在程序性和實體性方面，不僅損害了勞動者的合法權益，也影響了企業正常的生產經營。<sup>279</sup>這部分其實是要表示，當大環境出現變化時，法律的權利配置就需要及時進行調整，權利配置失當會付出龐大的交易成本，並且造成社會福利的損失和缺乏資源有效的利用與保護，無法達不到資源配置的最適化，畢竟勞工保護是建立在勞工有工作的情形之下。

---

<sup>278</sup> 毛亞斌，參照前註 276，(03)：10。

<sup>279</sup> 毛亞斌，參照前註 276，(03)：10-11。

## 第六章 結論與建議

勞動合同立法應當規定最低勞動標準，還是理想勞動條件？通常，法律是對人們行為的底線做出設定，它應該規定最低標準，而不是最高標準。法律是經濟的記載和宣佈，勞動標準的內容尤其如此。如果不切實際地把一些實體標準推得很高，其結果很可能是企業難以實施，或實施成本、代價太大，最終也難以使勞動者從中受惠。在競爭日益激烈的市場條件下，決定了勞動者整體上處於相對弱勢的地位，但在融入競爭的同時，仍需要強調企業的社會責任。《勞動合同法》應該是促進競爭和保護勞動者的工具，應當堅持鼓勵市場經濟以提高國家經濟競爭力與堅持對勞動力市場管制以保護勞動者合法權益為原則，在勞動者權益和企業權益之間尋求平衡，在立法中尋求最佳利益契合點。從理性、效率、長遠的角度看，脫離現實的法規不僅會降低企業的競爭力，使國家宏觀勞動政策失去應有的彈性，同時也會損及勞動者的利益，而這顯然與勞動合同立法初衷不符，也與勞動者的整體訴求不符。平等就業是建立在勞動者能夠獲得工作機會的情況下，當勞動者連工作機會都沒有的時候，談論勞動者保護也就沒有意義。勞動合同立法不能單純強調公平或者單純強調效率，這不是一個非此即彼的選擇，單純強調某一方面的結果都是矯枉過正，難以避免走向企業和勞動者「雙輸」的局面。勞動關係調整的目標應該達到效率、公平和勞動者呼聲的平衡。

本文之研究主要目的為探討《勞動合同法》對外資在中國經營之影響，以及是否反而會對其經濟發展及勞動就業產生負面影響，因此本文將就關於「《勞動合同法》對外商投資企業之影響分析」及「《勞動合同法》與外商投資企業發展的法律經濟分析」提出研究後之發現與結論。最後，綜合外資企業人力資源管理對《勞動合同法》之因應對策，提出個人總結性之研究建議，期許對後續之研究者能有所貢獻。

## 第一節 研究發現

### 第一項 勞動合同法對外商投資企業之影響分析

《勞動合同法》對於企業人力資源管理的影響是多方面的，對此業界已基本達成共識。但究竟會產生哪些影響、企業如何有效應對，則是企業關注並極待研究和明確的兩大實際問題。

《勞動合同法》會對於在中國大陸經營的企業，無論是內資企業、外資企業在人力資源管理都會產生幾個方面的重大影響，分別是：對於企業用工方面之影響、對於企業勞動成本方面之影響、對於企業員工管理方面之影響、政府嚴格落實勞動監管對於企業之影響。

#### 一、對於企業用工方面之影響

(1)用工風險增加：《勞動合同法》對於勞動者的傾斜保護，使企業在法律上處於弱勢地位，其中一個重要的影響就是企業用工風險的增加，包含勞動者離職風險、勞動者適任風險和商業秘密保護風險等方面。

(2)用工規範加強：《勞動合同法》完善了過去立法之缺陷，並提高了企業違法之責任及風險，例如企業之規章制度損害勞動者權益者，勞動者可隨時解除合同並要求企業支付經濟補償金之規定，乃賦予了勞動者「隨時解約權」和「求償權」，故企業實有必要更加注意關於企業用工規範內容之合法性。再者，《勞動合同法》第四條規定：「用人單位在制定、修改涉及勞動者切身利益的規章制度時，應當與工會或者職工代表平等協商確定。」《勞動合同法》的這一變化使得用人單位不僅要充分徵求勞動者方面的意見，更要得到勞動者方面的同意，規章制度制定的難度因制定程序的變化而顯著提高。



(3)用工方式調整：《勞動合同法》提高了勞務派遣的門檻，包含：1、註冊資本要求提高；2、限定適用勞務派遣的職務；3、跨地區派遣勞動者享有以實際用人單位所在地標準的勞動報酬和勞動條件。4、保障被派遣勞動者的利益：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及被派遣勞動者享有與實際用人單位的勞動者同工同酬的權利..等。

## 二、對於企業勞動成本方面之影響

(1)勞工工資成本與相關成本提高：《勞動合同法》在對勞動合同制度進行全面整合的同時，也對工資制度進行了規定，加強了對工資制度的行政干預，這些都對用人單位的薪酬管理產生直接影響，此外，從《勞動合同法》的規定看，勞動者的入職成本、開發成本、使用成本和離職成本都將被提高。

(2)違法成本加重：《勞動合同法》加重了用人單位的違法成本，包含：1、被勞動者解約的成本：勞動者可以用人單位未依法繳納社會保險費或者規章制度違法為由隨時解除雙方的勞動合同，並在解約的同時要求用人單位按照其工作年限支付經濟補償金。2、未簽書面勞動合同的成本：《勞動合同法》第八十二條規定：「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，應當向勞動者每月支付二倍的工資。」3、違法解雇的成本：《勞動合同法》第八十七條規定：「用人單位違反本法規定解除或者終止勞動合同的，應當依照本法第四十七條規定的經濟補償標準的二倍向勞動者支付賠償金。」4、拖欠刻扣工資的成本：《勞動合同法》規定用人單位應當按照勞動合同約定和國家規定及時足額發放勞動報酬，沒有及時足額發放的，勞動者可以立即解除勞動合同並要求用人單位支付經濟補償金；勞動行政部門依法對用人單位支付勞動合同約定的勞動報酬和執行最低工資標準的情況進行監察，對違法單位可處以賠償金。

### 三、對於企業員工管理方面之影響

(1)管理意識轉變：由於《勞動合同法》對勞動者權益之擴大保護，使企業將改變傳統之管理意識，並調整企業高姿態之態度，以提倡人本管理之概念。

(2)管理難度增加：包含以下三個方面：1、依法管理的要求提高：《勞動合同法》提高了勞動標準、增加了勞動者的權利、加大了用人單位的違法成本、加強了政府監管的責任。2、成本與風險控制的要求提高：隨著依法管理的要求提高以及《勞動合同法》所導致的用工成本和用工風險本身的提高，成本與風險控制的要求與難度將明顯增加。3、工會的權利擴大：《勞動合同法》第四條規定：「用人單位在制定、修改涉及勞動者切身利益的規章制度時，應當與工會或者職工代表平等協商確定。」作為勞動者利益的代表者和維護者，工會權利的實質性擴大，在很大程度上將增加人力資源管理的難度。

(3)人才競爭加劇：《勞動合同法》的實施，將使得中國大陸人才競爭更加激烈，包含以下三個方面：1、勞動者辭職權的擴大：《勞動合同法》至少從四個方面擴大了勞動者的辭職權，分別包括有：勞動者的「無因辭職權」、「有因辭職權」、限制了服務期及取消「脫密期」等四方面。因此將使得勞動者更加容易「跳出」原單位，而形成跳槽、轉職的風氣，也易造成企業內部勞動力不穩定的影響。2、對競業限制所適用的人員範圍和期限都作了較原勞動立法更為嚴格的規定，將使得勞動者更加容易投入新工作。3、由於《勞動合同法》將勞動者違反與用人單位約定的出資培訓服務期的違約金功能削弱，降低了用人單位出資培訓的積極性，進而可能轉為直接招聘現成的人才，其必然結果就是「挖角」，導致人才競爭的加劇。

(4)勞動爭議的增多：中國大陸近幾年來，勞動爭議案件以 20%~30%左右的年增長率迅速增加，許多地方如蘇州等地的勞動爭議年增長率甚至高達 50%左

右。如此高速增加的勞動爭議，是否會受到《勞動合同法》實施的影響？筆者認為《勞動合同法》的實施將使得勞動爭議案件在一段時期內迅速增加；但從長期而言，增加速度會逐漸放緩。

#### 四、政府嚴格落實勞動監管對於企業之影響

爲了防止相關規定在實踐操作中流於形式，《勞動合同法》明顯加強了對勞動合同制度實施情況的監督管理，賦予國務院勞動行政部門和縣級以上地方勞動行政部門不同的勞動監督檢查職權，包含以下三個方面：增加勞動監管的範圍、增加勞動監管的項目、加強勞動合同的檔案管理。

### 第二項 從勞動經濟學觀點分析勞動合同法強化工會組織之影響

#### 一、工會在勞動合同法中的五項基本作用

由於《勞動合同法》明確了工會在勞動者與企業之間形成和實現勞動合同關係中的權利，也就爲工會在《勞動合同法》中的作用提供了依據。工會的這些作用表現在勞動合同關係中的五個方面：(1)對於勞動者在勞動合同關係中的權益認定，工會發揮的是指導作用。(2)對於勞動者在勞動合同關係中的利益訴求，工會發揮的是表達作用。(3)對於勞動者在勞動合同關係中的利益實現，工會發揮的是維護作用。(4)對於企業在勞動合同關係中的強勢地位，工會發揮的是制約作用。(5)對於政府部門在勞動合同關係中的執法監督，工會發揮的是協助作用。

#### 二、勞動經濟學研究之重要內容--工會理論

勞動關係的這種對立合作關係，客觀上要求工會在維護勞工的經濟利益時，應把握好勞動關係雙方的經濟利益平衡點。從戰略發展看，勞動關係作爲利益的對立合作體，雙方的生存與發展均取決於提高企業經濟效益，增強企業的市場競爭力。而提高企業經濟效益的一個基本前提條件就是降低物力成本和人力成本。這就使得工會幹部要學習企業經營管理知識，把握人力資源管理的知識和技能，

成爲這方面的專才。唯有此，才能在複雜多變的經濟形勢下，真正有所作爲，展示出工會的維權實力，體現工會在協調勞動關係中的存在價值，從而確立自身在勞動關係中的地位和作用。

### **第三項 勞方、資方與政府三方協調機制的博弈分析**

#### **一、勞方、資方與政府三方協調機制的博弈分析**

資方追求的目標是企業利潤，勞方追求的目標則是穩定的職位保障、較高的工資、獨立的人格、較高的生活及工作品質，尤其是在當前中國大陸勞動力供過於求的市場環境條件下，大多數勞方第一需求目標是經濟、安全保障，這一目標的實現則更需要企業的生存和發展。正因如此，雇傭雙方應採取合作的態度。當這種合作真正在勞動關係中發揮作用的時候，也就表明勞動關係在三方協調的基礎上得到重塑。

#### **二、勞資雙方在訂立勞動合同方面的博弈分析**

《勞動合同法》作爲政府的制度安排，其在執行中既包括對勞方與資方交易成本的影響，又包括政府爲此制度運行而發生的成本，兩者共同構成了執行勞動合同法的社會成本。當其中某項條款造成社會總成本增加時，該法條就是無效率的，因此，對交易成本的考慮形成了資方、勞方與政府博弈決策的出發點與歸宿。以此作爲分析工具，我們就能分析評價《勞動合同法》中若干條款的效率性與科學性。

### **第四項 勞動合同法若干重點條款的經濟分析**

(1)對無固定期限勞動合同條款的經濟分析：《勞動合同法》第十四條作出了無固定期限勞動合同的規定。根據研究發現，第十四條對強勢勞動力群體具有保護作用，對低端勞動力群體無效率。第十四條反而設計了一個勞動合同期限的臨界點，其臨界條件爲「勞動者在該用人單位連續工作滿十年」和「連續訂立二次

固定期限勞動合同，續訂勞動合同的」。資方爲了避免簽訂無固定期限勞動合同，就會對中、低端勞動力用工合同限定在 10 年以內和一次續約，使本來可使用的勞動力面臨轉業風險。而中、低端勞動力群體正是最需要保護的。因此，該條款雖然旨在強化對弱勢勞動者群體的保護，但成效如何，有待觀察。

(2)對勞動合同解除的經濟分析：《勞動合同法》使得勞動者解約更加容易，用人單位解約更加困難。對勞動者的單方解除權的規定肯定了勞動力流動的合法性，有利於勞動力資源的合理配置，使勞動者個人需要與社會需要相結合，從而達到人盡其能，實現最大價值。儘管法律在制定上是持著良好的出發點去規劃權利的配置，但由於法律的運行過程複雜，實施後所產生的實際效果可能與立法初衷相左。當初出於維護勞動者合法權益而進行的權利配置，在實施過程中經常會造成勞動者自身的損害。

(3)對最低工資標準的經濟分析：最低工資標準應充分考慮到勞動資源的替代性，如果干預過度，最低工資規定過高，會造成資方交易成本過大，則資方就會在勞資雙方的博弈中選擇以資本替代勞動，安排技術設備投入以減少勞動力需求，造成失業率上升。這樣，反而會加大勞動市場供需的不平衡，政府法律制度的安排也就無法達到保護勞動者權益的目的，轉而爲無效率的設計。所以，最低工資標準的合理推算是該制度設計的關鍵。

(4)對勞動者違反服務期約定應承擔違約金的經濟分析：《勞動合同法》第二十二條有關違約金之規定，兼顧了勞資雙方的共同利益，且傾向於勞方權益。首先，違約金的規定增加了勞方解約成本及購買企業的交易成本，保障了資方的部分利益，在一定程度上阻止了盲目地跳槽，有利於穩定勞動關係。其次，企業培養自己的勞動力資源，使企業生產經營趨於穩定進行，而勞方離職僅賠償培訓費的分擔額，對彌補企業生產經營斷裂及補充勞動力資源所產生的交易成本是遠遠

不夠的。勞動合同法這樣規定體現了適度向勞方傾斜的政策傾向，保證了勞動力的流動自由。同時，規範化處理的制度設計也為勞資雙方預設了交易規則，防止個別談判產生大量糾紛與訴訟，節約了解約成本。

## 第五項 法制加責於資方對中國大陸之影響

《勞動合同法》對於目前存在的諸多問題進行了很好的界定與處理，對前一時期失衡的權利配置，進行了調整與糾正，對中國大陸勞動關係具有深遠的影響。但隨著經濟與社會的發展，勞資雙方力量強弱不停變動，有時權利配置變得過度，就需要及時進行調整。應以市場機制為主，國家引導規範為輔作為立法與執法的基本原則。違背市場規律的條款只會增加社會成本，在實踐上是無效率或負效率的，原先為保護勞動者的美意無法達成，反而造成勞資雙方的「雙輸」，甚至進而影響全中國大陸的勞動就業市場和經濟發展，這絕非勞方、資方和政府三方面所樂見的。

## 第二節 研究建議

### 第一項 對外商投資企業應對勞動合同法之建議

#### 一、在企業用工方面之因應對策

(1)招聘程序的規範化：包含：1、建立科學的、可量化的人力資源測試體系，盡量把主管主觀的因素降到最低。2、借鑑人才仲介、諮詢公司的經驗，包括性格測試、心理測試等專業工具，提高判斷的準確性。3、招聘流程制度化，無論將來人力資源管理者是否換人，都維持一定的招聘標準流程或制度，避免人力資源管理者犯主觀上的錯誤。

(2)企業的無固定期限勞動合同管理：《勞動合同法》關於無固定期限勞動合同的規定將使企業的勞動合同管理發生巨大變化，勞動合同將從以固定期限勞動

合同為主轉向以無固定期限勞動合同為主。企業必須建立對無固定期限勞動合同的管理應對機制。包括：建立無固定期限勞動合同評估機制、建立無固定期限勞動合同管理機制。

(3)非標準勞動關係的用工形式選擇：隨著市場經濟的不斷發展，世界進入了彈性勞動與經濟不穩定、工作不穩定時代，而勞動關係出現彈性化趨勢，多種靈活就業方式應運而生，非標準勞動關係已成為當代勞動關係的主要發展趨勢。

## 二、在企業工資成本方面之因應對策

薪資管理既要發揮固有功能又要適應《勞動合同法》，應當從以下幾個方面著手進行：

(1)了解中國大陸規定並全面執行：《勞動合同法》對薪資水準管理進行了規定，面對法律條文的規定，用人單位只能選擇接受，不應違法，否則將承擔更為嚴重的法律責任。

(2)尊重員工獲得報酬權利：獲得勞動報酬是勞動者提供勞動的基本權利，用人單位應當予以尊重，對勞動者的勞動報酬不能拖欠刻扣。

(3)靈活使用薪資管理權利：在人力資源管理中，薪酬制度和用工制度、績效制度是三項最核心的基本制度。當用工制度、績效制度更加嚴格的時候，薪酬制度的重要性就大大增加，薪酬制度可以為用工制度、績效制度的有效運行提供支援。

(4)對職位工資制度進行調整：按原勞動部《關於〈勞動法〉若干條文的說明》的解釋，「同工同酬」是指用人單位對於從事相同工作，付出等量勞動且取得相

同勞動業績的勞動者，應支付同等的勞動報酬。企業需要對現行的用工和工資制度進行改革，對自雇員工和派遣員工執行同樣的工資確定標準，或者避免自雇員工與派遣員工從事同類職位的工作。

### 三、在企業員工管理方面之因應對策

(1)提高管理人員的素質，加強有效的溝通：在企業正常的運營過程中，企業的人力資源部門中的人員素質，與勞動爭議的發生和處理密切相關，其不僅需要瞭解相關的政策、法律、法規，制定出適合於企業發展的規章制度，同時，在發生勞動爭議時，積極有效地溝通也可消除和減免不必要的勞動爭議。

(2)完善勞動規章制度：《勞動合同法》對企業建立和完善勞動規章制度提出了更加嚴格而具體的要求。用人單位應如何適應新的要求？在企業建立規章制度上，提出五項建議：1、審查企業內部規章制度的內容是否符合法定要求；2、審查企業內部規章制度的制定是否符合法定程序；3、對修訂和完善後的規章制度要及時告知勞動者；4、要注重聽取職工意見及時完善規章制度；5、制定企業規章制度時要做到具體詳細，避免勞動者以企業規章制度違法為由解除勞動合同並要求企業支付經濟補償。同時，透過企業的規章制度明確界定《勞動合同法》第三十九條規定的「嚴重違反用人單位規章制度」、「嚴重失職」、「營私舞弊」、「給用人單位造成嚴重損害」..等法定解雇情形，員工出現這些情形時，企業可以掌握解除勞動合同的主導權，避免處於不利地位及支付經濟補償。

(3)加強績效考核體制建設，讓不適任員工合法退場：企業擔憂用工自主權的喪失，主要是擔心無法解雇不適任員工，績效考核體制應該能成為企業讓不適任員工合法退場的有效保障。《勞動合同法》第三十九條規定：「員工在試用期內不符合錄用條件的，企業可以解除勞動合同且不用支付經濟補償」；第四十條規定：「員工如果不勝任工作，經過培訓和調崗仍然不能勝任工作的，企業可以依



照一定程序解除勞動合同」。只要企業建立了較為完善的績效考核體制，就不用擔心無法解雇不適任的員工。人力資源管理體制的健全能夠使企業有效、合法地實現不適任員工退場機制。

## 第二項 對台商投資企業的建議

《勞動合同法》的實施，未嘗不是台商投資企業轉型的契機，台商投資企業可以透過對法令的貫徹實施，釋放效率，促使企業獲得更大的競爭力。個人在此對於台商投資企業的建議是：第一、對於投資環境的改變，台商投資企業需要的是積極面對，了解法規制定背景、觀察現狀、研究對策，採取符合企業自身特點的措施去應對。第二、對於《勞動合同法》給台商投資企業帶來的影響，毋庸置疑，台商投資企業大部分是代工型的勞力密集型產業，而且有一定比例的台商投資企業在勞工管理制度上不健全，因此《勞動合同法》的實施必然增加其經營成本。但是對於台商投資企業而言，目前較可行的策略應是採用「改善經營」與「創新經營」的模式，至於「轉移陣地」的模式也是許多台商投資企業會考慮的策略之一，例如西進中國大陸內地，因為內地不但平均工資較沿海地區低，並且在中國大陸官方「鼓勵企業西進內地，帶動中國城鄉均衡發展」的政策下，不少內地的地方政府也很樂意提供企業協助，藉以發展其地方經濟。然而，並非所有企業都能像富士康集團那般，可以配合地方政府政策並享受優惠措施；畢竟沿海地區仍具有許多優勢，如：(1)交通便利，運輸成本可控管、(2)上下游企業集中，便利的供應鏈整合、(3)生活設施進步，較類似於台灣、(4)人力成本尚處於可忍受的範圍，畢竟一線作業人員的薪資相較之下，仍低於台灣，以及(5)大陸內需市場的灘頭堡..等等因素。所以對大多數企業，特別是中小企業主的投資，沿海地區仍有相當吸引力。所以「西進內地」的模式可能不會對於所有的台商投資企業都有太大的成效。此外，遷廠至東南亞國家，如「越南」、「印尼」等，也是不少台商投資企業考慮的方案。

台灣 1984 年實行「勞動基準法」時，許多廠商考量勞動成本上漲，所以紛紛將生產線轉移到東南亞地區及中國大陸。如今中國大陸實施《勞動合同法》，台商投資企業是否還只能維持過去的「轉移陣地」模式，為作一個賺取勞力錢的代工者，繼續「逐水草而居」？或許對於中小企業而言，這是目前不得不考量的經營策略之一，但筆者相信東南亞地區的國家，在不久的將來也會實施類似的勞動立法，所以「轉移陣地」的模式並非長久之計，而且對許多企業來講，「轉移陣地」也不是說搬就能立刻搬。因此短期內，台商投資企業需對其管理模式進行調整與升級，實現向管理要效益，透過良好的管理來降低成本。

《勞動合同法》所產生的衝擊及中國大陸實施的決心，個人認為是毋庸置疑的，其目的不僅要保護勞動者，也希望能迫使中國大陸境內產業升級，淘汰不良及低端企業。所以筆者認為台商投資企業目前應順勢而為，重新思考企業的定位、為將來的長遠計畫策劃。

## 參考文獻

### 一、中文著作

1. Mary F. Cook 著，吳雯芳譯，人力資源外包策略，北京：中國人民大學出版社，2003 年初版。
2. 王文杰著，中國大陸法制之變遷，台北：元照出版有限公司，2002 年 10 月初版。
3. 王文杰著，嬗變中之中國大陸法制，新竹：國立交通大學出版社，2008 年 6 月二版一刷。
4. 王文科、王智弘著，教育研究法，台北：五南出版社，2004 年。
5. 中華人民共和國國家統計局編，2005 中國統計年鑑，北京：中國統計出版社，2005 年。
6. 中華人民共和國國家統計局編，2008 中國統計年鑑，北京：中國統計出版社，2008 年。
7. 中華人民共和國國家統計局編，2009 中國統計年鑑，北京：中國統計出版社，2009 年。
8. 佛洛波特恩(Furubotn, Eirik G.)，孫經緯譯，新制度經濟學，上海：上海財經大學出版社，1998 年初版。
9. 吳宏洛，轉型期的和諧勞動關係，北京：社會科學文獻出版社，2007 年 5 月。
10. 馬克思著，中共中央馬克思恩格斯列寧斯大林著作編譯局譯，資本論第一卷，北京：人民出版社，1975 年。
11. 袁明仁，大陸勞動合同法最新解決之道及應用實例，台北：華信統領企業管理諮詢顧問有限公司，2008 年 4 月初版。
12. 陸敬波著，勞動合同法 HR 應用指南，北京：中國社會科學出版社，2007 年 12 月初版。
13. 賀紹奇編，中華人民共和國勞動合同法實用問答，北京：人民法院出版社，2007 年 12 月初版。
14. 張左己主編，中國勞動體制改革研究，北京：中國勞動出版社，1994 年 7 月初版。

15. 張海平編著，高上社會研究法第二回，台北：高點出版社，2005年。
16. 程延園編著，勞動關係，北京：中國人民大學出版社，2007年11月第2版。
17. 黃同圳，大陸台商人力資源管理，台北：風和出版社，1995年。
18. 黃越欽著，勞動法新論，台北市：作者自刊，2006年修訂三版。
19. 黃茂榮著，法學方法與現代民法，臺北：國立台灣大學法律學系法學叢書編輯委員會，2002年9月4版。
20. 湯樹榮、習龍生主編，勞動法實務全書，北京：中國工人出版社，1994年8月初版。
21. 董保華，勞動合同法的軟著陸，北京：中國法制出版社，2007年7月初版。
22. 齊志榮、徐小洪，中國勞動關係導論，杭州市：浙江人民出版社，1995年。
23. 熊春景，中華人民共和國勞動合同法解釋與應對，上海：上海人民出版社，2007年10月初版。
24. 鄭玉波主編，民法債編論文選輯上冊，台北：五南出版社，1984年初版。
25. 劉清波著，中國大陸司法制度，台北：華泰書局，1995年4月初版。
26. 韓忠謨著，法學緒論，臺北：韓聯甲發行，2002年再版。
27. 關懷、趙履寬主編，中華人民共和國勞動法實務全書，北京：經濟日報出版社，1994年7月初版。
28. 龔基云著，轉型期中國勞動關係研究，安徽：安徽人民出版社，2006年10月初版。

## 二、中文期刊

1. 丁明智，外商直接投資的就業效應剖析，軟科學 2005年第19卷3期，四川省成都市：四川省科技促進發展研究中心，頁26-29。
2. 中華民國行政院大陸委員會，《兩岸經濟統計月報》，第194期，台北：中華民國行政院大陸委員會。
3. 王紅領、李稻葵、馮俊新，FDI與自主研發：基於行業資料的經驗研究，經

- 濟研究 2006 年 02 期，北京：中國社會科學院經濟研究所，頁 44-56。
4. 王全興，勞動合同立法爭論中需要澄清的幾個基本問題，法學 2006 年 09 期，上海：華東政法學院，頁 19-28。
  5. 王健君，需要合理博弈的利益集團，瞭望 2007 年 12 期，北京：新華通訊社，頁 58-61。
  6. 牛勇平，國際直接投資與我國就業量之間的關係，經濟學動態 2001 年 11 期，北京：中國社會科學院經濟研究所，頁 29-32。
  7. 毛亞斌，如何依法應對金融危機——淺析中國企業經濟性裁員現象，上海企業 2009 年 03 期，上海：上海企業聯合會，頁 10-12。
  8. 田成平，關於《中華人民共和國勞動合同法(草案)》的說明——2005 年 12 月 24 日在第十屆全國人民代表大會常務委員會第十九次會議上，中華人民共和國全國人民代表大會常務委員會公報 2007 年第五號，北京：全國人大常委會辦公廳，2007 年 7 月，頁 420-423。
  9. 江小涓，跨國投資、市場結構與外商投資企業的競爭行爲，經濟研究 2002 年 09 期，北京：中國社會科學院經濟研究所，頁 31-38。
  10. 朱偉雄、陳晴敏，〈論大陸基層工會委員會〉，《台商張老師月刊》第 47 期，2002 年 3 月，台北：台北市企業經理協進會，頁 10-12。
  11. 汪習根、王麗莎，論勞動權法律保障機制的完善——全球化視野下的思考，湘潭大學學報，武漢：湘潭大學 2005 年 9 月，第 29 卷第 5 期，頁 85-88。
  12. 余永定，FDI 對中國經濟的影響，國際經濟評論 2004 年 2 期，北京：中國社會科學院世界經濟與政治研究所，2004 年 3~4 月，頁 22-23。
  13. 何魯麗，全國人大常委會執法檢查組關於檢查《中華人民共和國勞動法》實施情況的報告——2005 年 12 月 28 日在第十屆全國人民代表大會常務委員會第十九次會議上，中華人民共和國全國人民代表大會常務委員會公報 2006 年第 1 號，北京：全國人大常委會辦公廳，2006 年 2 月，頁 82-87。
  14. 李杰，論提高勞動者的市場博弈能力與發展和諧勞動關係，集團經濟研究

- 2007 年 26 期，北京：中國集團公司促進會，2007 年 9 月，頁 94-95。
15. 李敏，私營企業雇主與雇員關係的博弈分析，華南理工大學學報社會科學版 2002 年 03 期，廣東省廣州市：華南理工大學，頁 54-57。
  16. 李春雲，《勞動合同法》對企業解雇成本的影響分析，《當代經濟》2008 年 10 期，湖北省武漢市：湖北省經濟幹部管理學院，頁 40-42。
  17. 沈坤榮、耿強，外商直接投資、技術外溢與內生經濟增長—中國資料的計量檢驗與實證分析，中國社會科學 2001 年 05 期，北京：中國社會科學院，頁 82-93。
  18. 谷書堂、李鋒，勞動力市場配置——國有企業勞動就業制度改革的方向，經濟縱橫 1994 年 07 期，吉林省長春市：吉林省社會科學院社科聯，1994 年 7 月，頁 1-4。
  19. 吳民平，勞動合同法對用人單位提出新挑戰，上海企業 2007 年第 10 期，上海：上海企業聯合會和上海市企業管理協會，頁 11-13。
  20. 邵騰，企業如何有效地減免勞動爭議的發生，人口與經濟 2007 年 02 期，北京：首都經濟貿易大學，2007 年 4 月，頁 68-72。
  21. 芮立新，勞動合同立法的宗旨、背景及主要制度，中國勞動 2007 年 7 月，北京：中國勞動學會、勞動科學研究所，頁 16-20。
  22. 胡光寶，全國人民代表大會法律委員會關於《中華人民共和國勞動合同法(草案)》修改情況的匯報—2006 年 12 月 24 日在第十屆全國人民代表大會常務委員會第二十五次會議上，中華人民共和國全國人民代表大會常務委員會公報 2007 年第五號，北京：全國人大常委會辦公廳，2007 年 7 月，頁 423-428。
  23. 胡光寶，全國人民代表大會法律委員會關於《中華人民共和國勞動合同法(草案三次審議稿)》審議結果的報告—2007 年 6 月 24 日在第十屆全國人民代表大會常務委員會第二十八次會議上，中華人民共和國全國人民代表大會常務委員會公報 2007 年第五號，北京：全國人大常委會辦公廳，2007 年 7 月，頁 431-432。

24. 姚樹潔、馮根福、韋開蕾，外商直接投資和經濟增長的關係研究，經濟研究 2006 年第 12 期，北京：中國社會科學院經濟研究所，頁 35-46。
25. 孫建中、王美麗，外商對華直接投資的經濟影響及對策，經濟理論與經濟管理 2003 年 06 期，北京：中國人民大學，頁 12-14。
26. 陳浩、劉葆金，外商直接投資對我國人力資本發展的影響分析，中國人口資源與環境 2007 年 02 期，山東省濟南市：中國可持續發展研究會、山東省可持續發展研究中心、中國 21 世紀議程管理中心、山東師範大學，頁 127-130。
27. 陳繼杰，外商直接投資對可持續發展影響的研究綜述，經濟社會體制比較 2006 年 06 期，北京：中共中央編譯局當代馬克思主義研究所，頁 72-77。
28. 郭東杰、譚嵐，勞動合同法律的經濟分析，社會科學戰線 2006 年 05 期，吉林省長春市：吉林省社會科學院，頁 78-83。
29. 郭慧敏、張艷香，〈勞動合同的經濟分析——探討權利的優化配置〉，《湖南師範大學社會科學學報》2007 年 05 期，湖南：湖南師範大學，頁 73-76。
30. 常凱，勞權保障社會主義市場經濟題中之義，中國勞動 2004 年 01 期，北京：中國勞動學會、勞動科學研究所，頁 25-27。
31. 常凱，論政府在勞動法律關係中的主體地位和作用，中國勞動 2004 年 12 期，北京：中國勞動學會、勞動科學研究所，頁 4-7。
32. 常凱，關於《勞動合同法》立法的幾個基本問題，當代法學 2006 年 06 期，吉林省長春市：吉林大學，2006 年 11 月，頁 31-34。
33. 康靜萍，構建馬克思主義的現代勞動經濟學，當代經濟研究 2007 年 04 期，吉林省長春市：中國資本論研究會、長春稅務學院，頁 45-48。
34. 許曉軍，工會在勞動合同法中的權利及作用，中國勞動關係學院學報 2007 年第 5 期，北京：中國勞動關係學院，2007 年 10 月，頁 1-4。
35. 閻海，我國經濟性裁員的法律規制及改革，學術論壇 2010 年 02 期，廣西南寧市：廣西社會科學院，2010 年 2 月，頁 127-133。
36. 湯耀國、朱瑩瑩，超越部門立法，瞭望 2007 年 04 期，北京：新華通訊社，

頁 46-47。

37. 程延園，勞動合同立法:尋求管制與促進的平衡，中國人民大學學報 2006 年第 5 期，北京：中國人民大學，頁 79-85。
38. 程延園，勞動合同立法如何平衡勞動者與企業的權益，法學雜誌 2007 年第 3 期，北京：北京市法學會，頁 33-36。
39. 程延園，《勞動合同法》：構建與發展和諧穩定的勞動關係，中國人民大學學報 2007 年第 5 期，北京：中國人民大學，頁 104-110。
40. 程漢大，正和博弈是立憲成功之道，山東師範大學學報(人文社會科學版)2005 年 04 期，山東省濟南市：山東師範大學，頁 20-24。
41. 黃任民，論勞動關係的勞動經濟學研究視角，中國勞動關係學院學報 2007 年第 5 期，北京：中國勞動關係學院，2007 年 10 月，頁 20-23。
42. 黃智聰，外資企業在中國大陸生產效率之比較—以工業部門為例，遠景基金會季刊第四卷第一期，台北：兩岸交流遠景基金會，2003 年 1 月，頁 94-123。
43. 喬健、姜穎，中國大陸市場化進程中的勞資衝突及其治理，政大勞動學報 19 期，台北：政治大學，2006 年 01 月，頁 41-74。
44. 楊景宇，廣泛宣傳、認真學習、切實貫徹實施勞動合同法，思想理論教育導刊 2007 年第 12 期，北京：高等教育出版社，2007 年 12 月，頁 4-10。
45. 楊杰，薪酬管理規定的變化和實施，中國勞動 2007 年 12 月，北京：中國勞動學會、勞動科學研究所，頁 14-17。
46. 桑百川，外商直接投資企業對我國的就業貢獻，開放導報 1999 年 04 期，廣東省深圳市：綜合開發研究院，頁 31-32。
47. 霍倩佳、羅良文，外商直接投資的就業效應分析，理論月刊 2005 年 01 期，湖北省武漢市：湖北省社會科學聯合會，頁 53-55。
48. 董保華，依法、合理選擇用工形式，中國勞動 2007 年 8 月，北京：中國勞動學會、勞動科學研究所，頁 19-22。
49. 董保華，論勞動合同法的立法宗旨，現代法學 2007 年第 6 期，重慶市：西



- 南政法大學，2007 年 11 月，頁 69-75。
50. 董保華，勞資博弈之道——兼談勞動合同立法博弈中「強資本、弱勞工」的觀點，社會科學家 2009 年 01 期，桂林市：桂林市社會科學界聯合會，頁 8-14。
  51. 劉偉林、胡曉鵬，論跨國公司的就業效應，世界經濟研究 2005 年 12 期，上海：上海社會科學院世界經濟研究所，頁 64-68。
  52. 蔡昉、王德文，外商直接投資與就業--個人力資本分析框架，財經論叢 2004 年 01 期，浙江：浙江財經學院，頁 1-14。
  53. 蔡維力、張愛軍，當代中國的勞資博弈——《勞動合同法》焦點條款的法經濟分析，《山東社會科學》2008 年 05 期，山東省濟南市：山東省社會科學界聯合會，頁 104-107。
  54. 蔣天成，及時完善規章制度有效預防勞動糾紛，中國勞動 2007 年 11 月，北京：中國勞動學會、勞動科學研究所，頁 45-46。
  55. 鍾輝，FDI 對中國就業影響的動態分析，世界經濟研究 2005 年 12 期，上海：上海社會科學院世界經濟研究所，頁 11-15。
  56. 關懷，《勞動合同法》與勞動者合法權益的保護，法學雜誌 2005 年第 05 期，北京：北京市法學會，頁 6-9。
  57. 魏文彪，民主博弈是立法公平的必要程式，人大研究 2006 年 12 期，甘肅省蘭州市：甘肅省人大常委會，頁 11。
  58. 魏浩征，2008 年十大勞動爭議案件點評，工會博覽(社會版) 2009 年 02 期，北京：北京市總工會，頁 24-25。
  59. 顧永紅、胡漢輝，外商直接投資激勵對產業升級影響的分析，世界經濟研究 2007 年 10 期，上海：上海社會科學院世界經濟研究所，頁 59-63。

### 三、中文論文

1. 李彥銳，中國大陸勞動合同制度之研究，國立政治大學勞工研究所碩士論文，1986 年 6 月。

2. 吳聯稚，大陸實施勞動合同法對企業人力資源制度的調整與影響---以某台商企業為例，國立中山大學企業管理學系碩士論文，2008年6月。
3. 徐維秉，企業因應中國勞動合同法之變革策略及其對心理契約、組織承諾、核心競爭力、與組織績效之影響，國立政治大學心理學研究所碩士論文，2009年6月。
4. 黃春玉，中國實施勞動法對台商之衝擊及台商之因應，國立中正大學勞工研究所碩士論文，2005年7月。
5. 趙東濟，中國(共)涉外投資法之研究—以三資企業經營管理為中心，國立台灣大學法律研究所碩士論文，1984年6月。

#### 四、中文報章雜誌

1. 李書良，富士康帶頭遵守勞動合同法對台企產生指標作用，台北：工商時報，2007年12月13日，A11版。
2. 李書良，中國人保部 轟媒體 挺富士康，台北：工商時報，2010年7月24日，A11版。
3. 呂國禎、林亞偉，「新勞改」將把台商逼出大陸？，商業週刊2007年10月第1037期，台北：城邦文化事業股份有限公司，頁80。
4. 蕭勝鴻，勞工成本將增五成 郭台銘急見吳儀，商業週刊2007年9月第1035期，台北：城邦文化事業股份有限公司，頁62。

#### 五、外文書籍及期刊

1. Balasubramanyam, V. N.; M, Salisu and D. Sapsford, "Foreign Direct Investment and Growth in EP and IS Countries" , *Economic Journal* , 1996, 106 (January) , pp92-105.
2. Bhagwati, J. N., 1994, "Free Trade : Old and New Challenges" , *Economic Journal* , 104 , pp231-246.

3. Brander, J. A. and B. J. Spencer. Export Subsidies and International Market Share Rivalry, *Journal of International Economics*, 1985, 18, pp83-100.
4. Dunning, J. H. *International Production and the Multinational Enterprises*. London : Allen & Unwin, 1981.
5. Hwang, H. and C2C. Mai. The Tariff-jumping Argument and Location Theory. *Review of International Economics*, 2002, 32, pp109-129.
6. *International Employment Law: The Multinational Employer and the Global Workforce*, Christian T. Campbell & Donald C. Dowling, Jr., 1999.
7. *International Labour Law: Selected Issues*, Dr. Lammy Betten, 1993.
8. International Labour Office, *International labour standards: a workers' education manual*, Geneva, Switzerland: International Labour Office, 1998, 4th (rev.) ed.
9. *Labor Law: Collective Bargaining in a Free Society*, Walter E. Oberer & Kurt L. Hanslowe & Timothy J. Heinsz, 4d ed, 1994.
10. *Transnational corporations as engines of growth*, WORLD INVESTMENT REPORT 1992, New York : United Nations, 1992.

## 六、網路資料

1. 104 人力銀行網站，網址：  
[http://www.104.com.tw/CFDOCS/2000/pressroom/104news961212\\_.htm](http://www.104.com.tw/CFDOCS/2000/pressroom/104news961212_.htm)，最後檢閱日期：2010 年 7 月 5 日。
2. 中華人民共和國商務部官方網站，網址：  
<http://big5.mofcom.gov.cn/aarticle/tongjiziliao/v/201002/20100206785656.html>，最後檢閱日期：2010 年 7 月 5 日。
3. 張潔平、朱一心，〈中國工運要求成立獨立工會改變國運軌跡〉，《亞洲週刊》2010 年二十四卷二十三期，香港：亞洲週刊有限公司，網址：  
[http://www.yzzk.com/cfm/Content\\_Archive.cfm?Channel=ac&Path=241323811/23ae](http://www.yzzk.com/cfm/Content_Archive.cfm?Channel=ac&Path=241323811/23ae)

1a.cfm，最後檢閱日期：2010年7月5日。

