

# 國立交通大學

高階主管管理學程碩士班

## 碩士論文

中國勞動合同法對台商投資中國的衝擊與因應

The China new Labor Regulation Impact to the Taiwan

Inventor and Their Confront Potential Development

研究生：莊清喜

指導教授：王文杰

中華民國 97 年 5 月 30 日

中國勞動合同法對台商投資中國的衝擊與因應

The China new Labor Regulation Impact to the Taiwan Inventor  
and Their Confront Potential Development

研究生：莊清喜

Student : Ching-Hsi Chuang

指導教授：王文杰

Advisor : Wen-Chieh Wang

國立交通大學  
高階主管管理學程碩士班  
碩士論文



Submitted to Master Program of Management for Executives

College of Management

National Chiao Tung University

in partial Fulfillment of the Requirements

for the Degree of

Business Administration

May 2008

Hsinchu, Taiwan, Republic of China

中華民國九十七年五月

# 中國勞動合同法對台商投資中國的衝擊與因應

學生：莊清喜

導教授：王文杰博士

國立交通大學 高階主管管理學程碩士班

## 中文摘要

中國於 2008 年 1 月 1 日施行的『勞動合同法』其目的不僅要保護勞工，其另一層背後的目的就是中國想以企業成本及經濟的力量迫使境內產業升級，淘汰不良及低端企業。而實施後所產生的衝擊，台商應如何面對，重新思考企業的定位將是將來長遠的策略，畢竟台商企業還要一直維持過去的模式作一個賺取勞力錢的代工者，繼續「逐水草而居」嗎？本論文以作者實際管理中國地區公司的經驗為例提供自決策層面(包含產業投資層面、企業經營層面、人力資源層面、內部管理層面、風險控制層面、供應商管理、企業轉型及海峽兩岸政治變化對經濟的影響)和執行層面(包括整理更新公司規章制度、建立工會、招聘的變化、企業培訓、勞動合同管理、經濟補償金的執行、平時證據的收集保管以因應勞資爭議、維持良好員工關係等)的簡析以做為台商企業在中國投資的參考。

**Student : Ching-Hsi Chuang**

**Advisor: Dr. Wen Chieh Wang**

The China new Labor Regulation Impact to the Taiwan Inventor  
and Their Confront Potential Development

## **Abstract**

China executes “The labor contract law” from January 1, 2008 and its purpose not only to protect the labor, its another further purpose is China wants to push domestic enterprises upgrading and to eliminate enterprises with bad performance and low level by increasing private corporate costs and by the economical strength. But after execution, the impact arises, how should the Taiwan inventor confronts, pondering enterprise's orientation will be the future long-term strategy. Does the Taiwan inventor still need to maintain the past operation mode to be a generation of labor, who earned less payment, continue to seek cheap and large manpower? The author manages a company in China who provides his actual experience as the example both from the policy-making end (contains industrial investment, enterprise operation, human resources, internal management, risk control, management of supplier, enterprise reforming and the politics change between Taiwan and China reflecting effect of economy) and the execution end (including reorganization of renewal company rules and regulations, establishment of labor union, employment recruit change, enterprise training, management of labor contract, compliance of economical compensatory payment, collection of evidence certainly prepared for labor dispute, maintenance smooth relationship with employee and so on) by this thesis for the Taiwan inventor's reference which invests in China.

## 誌 謝

二年的交大 EMBA 日子一轉眼已過去，一邊工作一邊讀書的過程確實不怎麼輕鬆，卻也讓自己在這期間，更懂得安排時間，學習到更多知識與經驗，只是苦了家人。

拙生的論文得以大功告成，最要感謝的是指導老師王文杰博士。從論文題目、架構與觀念上的溝通與提醒、到論文完成並通過口試。王老師均不厭其煩，諄諄教誨，讓我能順利完成，感激之意，無法言表。此外更要感謝論文口試委員賴源河教授，陳榮隆教授，鄭冠宇教授細心審閱論文，並於論文口試時，提出寶貴的建議與指正，使本文能更臻完備。

在研究過程中，感謝中強光電集團子公司-蘇州璨宇光學公司-公共行政處處長陳修博先生以及人事副理朱澤先生，提供了許多大陸相關人事的實務經驗及參考資料，同時也感謝蘇州璨宇光學法務部劉春玲課長幫忙收集許多資料，並提供許多大陸地區許多的法律實務經驗，使得論文內部不單純只是法律條文的論述，更能與企業實務運作有所連結；同時也要感謝交大科法所碩士班學生廖嘉琳學妹，幫忙搜集資料，讓我在論文的撰寫上能更得心應手。

本次論文得以完成，特別要感謝中強光電的董事長張威儀先生及總經理黃經洲先生。不僅完全支持我在工作期間能夠繼續進修，讓我能便利地往返蘇州和台灣並完成學業。

最後一定要感謝我的妻子與兩位女兒的支持與關懷，沒有你們的鼓勵與體諒，兩年的EMBA 學程及論文撰寫是沒有辦法順利完成的。僅將所有的喜悅與成果與你們分享。最後，衷心祝福曾幫助我的每一位貴人，感激人生旅途能有你們作伴，我會將這份得來不易的緣份永銘於心，時時感恩。

# 目錄

	Page
中文摘要 .....	i
英文摘要 .....	ii
誌謝 .....	iii
目錄 .....	iv
<b>第一章 緒論 .....</b>	<b>1</b>
1.1 研究動機與目的 .....	2
1.2 中國『勞動合同法』立法背景 .....	3
1.3 研究範圍、方法及限制 .....	10
<b>第二章 中國『勞動合同法』立法沿革與發展 .....</b>	<b>15</b>
2.1 中國勞動合同立法條文新舊規定及學術相關著作	
2.1.1 2007年12月31日之前勞動法現況 .....	15
2.1.2 2008年1月1日實施之新『勞動合同法』 .....	20
2.1.3 中國官方文件與當地學術報告 .....	29
2.2 媒體報導與評論 .....	30
2.2.1 中國當地期刊、報紙之論述文章 .....	30
2.2.2 台灣之新聞媒體期刊及報紙論述報導 .....	33
<b>第三章 中國『勞動合同法』演進適用與分析 .....</b>	<b>35</b>
3.1 中國『勞動合同法』的起源與演進、時程 .....	35

3.1.1 中國『勞動合同法』的起源 -----	35
3.1.2 中國『勞動合同法』的演進背景與時程 -----	40
3.2 新舊勞動合同法主要差異條文的比較分析 -----	43
3.2.1 主要的差異條文比較分析-----	43
3.2.2 個案探討 -----	49
<b>第四章 勞動合同法對台商企業的影響和因應措施 ---</b>	<b>53</b>
4.1 差異條文對台商所產生的可能衝擊與影響 -----	54
4.2 台商可能採取的對應措施-----	60
<b>第五章 結論與建議與後續研究 -----</b>	<b>67</b>
附註：參考文獻-----	78



## 第一章 緒論

2008年元月，中國大陸正式實施『勞動合同法』，新法對於僱員的試用期、勞動合同的期限，還有資方單方面終止合同時須付的補償金等，都有新的規定，被投資者視作向勞工傾斜。一些原本已飽受人民幣升值、加工貿易政策持續收緊、原材料上漲等威脅的台商、港商，甚至日商、韓商等，都因經營成本加劇而紛紛關廠停廠遷廠，情況以珠三角地區的中小企業最為嚴重。面對這場大震盪，商人被迫進行淘汰賽，有智慧和有能力者能繼續生存，否則，就要被趕出局。

新『勞動合同法』實施，不少條文規定用人單位應依法建立和完善勞動規章制度，保障勞動者享有勞動權利，履行勞動義務。由於當局對環保要求提高，也令企業成本增加，2007年前三個季度，廣東省出動環保執法人員18萬次，檢查排汙企業十萬多家，查處違法案件近五千件，總共罰款7800多萬元人民幣（約合一千萬美元），關停企業一千三百多家，限期整改六千六百多家，其中就有部分台資企業。台商投資大陸，看中的是其廣闊的市場、低成本的勞動力與土地資源。十多年前，台商也許要風有風，要雨有雨，所在地的外資企業普遍沒有工會，投資環境令台商頗為滿意。但隨著大陸經濟發展，解決民生問題的呼聲高漲，產業開始轉型升級，經濟發達地區的土地與勞動力成本日漸高漲。出口退稅、加工貿易限制目錄以及有關勞動者切身利益的勞動報酬、工作時間、休息休假、勞動安全衛生、保險福利等的完善，激起加工貿易企業的巨大反應。當年率先舉起改革開放大旗的珠三角，加工貿易的形式從最初委託經營的來料加工，轉變為目前的企業自主經營的進料加工為主。當下，在珠三角，政府不再審批「三來一補」（來料加工、來樣加工、來件裝配及補償貿易）企業的項目，加工貿易的政策調整也已成爲定局。持續多年高速增長之後，東南沿海地區的土地、人力生產要素成本上升，珠三角地區尤甚，近年接連遭遇「民工荒」、「電荒」、「油荒」、「土地荒」等問題，而在國際市場上，隨著人民幣升值，統一內外資企業所得稅稅率，取消了出

口退稅機制和一些國家實施貿易保護，珠三角這些內資和外資企業的市場競爭力受到嚴峻挑戰。大陸宏觀經濟環境發生變化，給台商、港商、韓商、日商等外商，帶來前所未有的壓力。

台商在過去十幾年來於中國大陸投資甚深，中國大陸近年有關外商投資最重要的勞動立法『勞動合同法』，已於 2007 年 6 月 29 日完成立法，並於 2008 年 1 月 1 日開始實施。此一法律為求勞動關係明確化、保障勞動者權利最大化，將用人單位與勞動者訂立和履約勞動合同行為作更進一步規範。然而，該法有那些重要內容修正或簽訂時之注意事項？又該法案的實施，對於在大陸投資的台商人士在經營、財務、人力資源管理，人力成本等各方面有何影響，又該如何因應？

本論文將針對『勞動合同法』的背景與意義、『勞動合同法』主要條款解讀、『勞動合同法』與『勞動法』之關係、台商因應之道及潛在之影響推測等方面，進行剖析。

### 1.1 研究動機與目的

在八〇年代末期，兩岸開展民間性的互動交流，促使兩岸長期來因人為的政治阻絕得到鬆綁，這種交流尤其是台商赴大陸投資的增加，而使得台灣也開始對於陌生的大陸法制問題進行研究。的確，對於一個國家或地區法律制度的評價與研究很大的起因在於使用<sup>1</sup>，因經貿上的往來，台灣已經成為頻繁使用大陸法律的國家之一，也許這是我們著手研究大陸的動機之一，但這些動機往往是出自於商業上的考慮，因實務上的需求，促使對於大陸法律問題的研究形成迫切的課題，但這僅僅是對實務上問題的解決，使得國內對於大陸法制研究往往停留於法律顧問層次之上，猶如便利商店的交易一樣，頻繁而沒有體系，無法讓我們進一步掌握其具體法制轉變的全貌。晚近，大陸法制研究也逐漸吸引國內研究者的關心，進而對個別單一實體法律的研究成為國內學者與研究生們寫作或研究的主題，這些豐富的研究成果

<sup>1</sup> CASS R. SUNSTEIN, FREE MARKETS AND SOCIAL JUSTICE, 72 OXFORD UNIVERSITY PRESS (1997).

使我們更為深度地理解大陸個別法律制度的內涵。然而，當這兩者的經驗累積與研究成果達到一定程度的時候，大陸多面向的法制變化與快速的社會經濟發展，促使我們必須開始思索更全方位的大陸法律制度的發展歷程，必須朝向一種不同社會秩序安排方式的關注，一種發自內心對於大陸法律制度發展更深層次的關注<sup>2</sup>。

從台商的角度，投資中國在於看中於其廉價的勞動力，而中國在有關勞動的法制特別是在 2007 年所頒布的『勞動合同法』這項被視為中國大陸近年最重要的勞動立法，由於該項新法傾向保護勞動者，且對於勞動關係有多項重大變革，因此該法案的實施，勢必將對企業人力資源管理乃至企業全面經營管理產生深遠的影響。茲依新法條文重點條款及新舊差異，就其中對於用人單位有利與不利之規定，分別加以簡要剖析，在消極方面期使台商有所因應，以避免不當觸法而受行政處罰或民事賠償責任。而在積極方面則以改善公司體質，提升企業競爭力，藉由勞動合同法的實施進行優勝劣敗，適者生存的法則，淘汰投機的企業，以導正產業秩序，進行公平競爭，讓真正質優企業得以持續經營。

## 1.2 中國『勞動合同法』立法背景

### 1.2.1 立法背景

#### 1.2.1.1 立法進程

中國現行的勞動合同制度，是 1994 年 7 月全國人大常委會通過的勞動法確立的。11 年來的實踐證明，勞動法確立的勞動合同制度，對於破除傳統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，實現勞動力資源的市場配置，促進勞動關係和諧穩定，發揮了十分重要的作用。

勞動保障部在認真總結中國現行勞動合同制度實施經驗並借鑒一

<sup>2</sup> 王文杰著，嬗變中之中國大陸法制，交通大學出版社，2004 年 12 月，第 1 頁。

些發達市場經濟國家勞動合同制度的基礎上，起草了《中華人民共和國勞動合同法（草案送審稿）》，於 2005 年 1 月報請國務院審議。在此基礎上，法制辦會同勞動保障部、全國總工會經過廣泛徵求意見，反復研究修改，形成了《中華人民共和國勞動合同法（草案）》（以下簡稱草案）。草案已經 2005 年 10 月 28 日國務院第 110 次常務會議討論通過<sup>3</sup>。並送交全國人大常委會。

『勞動合同法』起草過程中，前後徵集到的超過 19 萬條意見，它在中國全國人大常委會審議了 4 次才最終得以通過<sup>4</sup>。

（一）從 2004 年開始由中國勞動保障部起頭，『勞動合同法』就已經開始起草工作。於 2005 年 10 月，中國全國人大常委會展開了『勞動法』執法大檢查，重點檢查簽訂和執行勞動合同、落實和完善最低工資制度、解決拖欠工資問題和實施社會保險等問題，結果發現『勞動法』施行情況不容樂觀，對此全國人大常委會提出了具體的建議：要在全國範圍內推行以勞動合同為基礎的勞動用工登記制度，明確用人單位是簽訂勞動合同的責任主體，不簽訂勞動合同就是違法行為<sup>5</sup>。正是全國人大常委會對『勞動法』的執法檢查，直接推展了『勞動合同法』的催生。

（二）2006 年 3 月 20 日，『勞動合同法草案』開始向全社會公佈徵求意見，這是中國大陸自建國以來向社會公開徵求意見的第五部法律，然而沒想到引起全國民眾的高度關注，在短短的一個月時間，收到了 19 萬條意見，這在中國大陸的立法史上是從來沒有過的現象，而這時大量來自用人單位方面的意見，如企業的規章制度要經過工會和職工代表大會討論通過，用人單位一方的代表對這個反映意見較大，對『勞動合同法草案』第二稿的修改產生了重要影響。

<sup>3</sup> 參見田成平，關於《中華人民共和國勞動合同法（草案）》的說明，中國人大網 [http://www.npc.gov.cn/npc/xinwen/lfgz/flca/2006-03/21/content\\_347917.htm](http://www.npc.gov.cn/npc/xinwen/lfgz/flca/2006-03/21/content_347917.htm) 2006 年 03 月 21 日

<sup>4</sup> 中國發展門戶網，[www.chinagate.com.cn](http://www.chinagate.com.cn) < 解析勞動同法：黑磚窯案使其最後全票通過>，2007 年 12 月 28 日

<sup>5</sup> 何魯麗，在第十屆全國人民代表大會常務委員會第十九次會議上的講話，參見大唐網 <http://www.china-cdt.com/regulationstandar/fwjs/lm3/848898.html> 2005 年 12 月 28 日

(三) 2006年12月26日，歷經一年修改的『勞動合同法草案』(第二稿)再次提交全國人大常委會審議，然而各方代表對於這一版本的意見分歧依然很大，但爭議的焦點已經集中到了勞務派遣、終止勞動合同的經濟補償和無固定期限勞動合同等問題上。

(四) 2005年到2006年是大陸煤礦安全事故高發生率的兩個年份，大量煤礦災難事故發生後，許多礦業主刻意隱瞞死亡人數，針對這些突發的事件，中國亦進行相關的檢查報告<sup>6</sup>，並『勞動合同法草案』於第三稿中就刻意加入了相應的條款：要求勞動關係從用工之日起建立，而且要求在建立勞動關係時，必須要建立職工名冊。

(五) 2007年4月20日，『勞動合同法草案』第三稿提交全國人大常委會審議，一般的法律在三審的時候都能透過，然而這部『勞動合同法草案』到了第三稿的時候，在試用期、服務期以及就業限制等焦點問題上，各方面都沒有妥協，第三稿的討論仍然激烈。

(六) 『勞動合同法草案』進入到了第四稿的修改之中，然而就在此期間，一起突發事件促使『勞動合同法』的頒布突然加速。如果沒有發生這個事情，這部法律可能還得討論一段時間。

『勞動合同法』在制定起草過程中，經過無數次爭論和修改，其實，圍繞法律草案的每一輪爭論，每一筆修改，都是在對各方利益重新做一次權衡和調節，那又是什麼事件，最終促成了『勞動合同法』的誕生？中國中華全國總工會法律工作部部長謝良敏接受CCTV採訪時表示：「應該說它‘黑磚窯’事件的出現，使『勞動合同法』最後能夠全票透過。」2007年5月隨著山西省一些地方存在‘黑磚窯’的現象被媒體披露後，引起了社會輿論的強烈關注，起初，山西省一些地方的公安機關依照群眾舉報，在運城、臨汾和晉城一帶查處了幾處涉嫌非法用工的黑磚窯，但是在搜查過程中，卻發現這些黑磚窯存在著拐騙農民工、限制人身自由、雇用童工，甚至毆打農民工致人死命的嚴重違法犯罪行為。在檢查的3347戶磚窯廠中，涉及非法使用農民

<sup>6</sup> 參見，華建敏，關於突發公共安全事件應急預案編制工作和安全生產情況的報告，全國人大常委會公報，2005年第2號，第163頁。

工 53036 名，經調查，已立案 534 件，取締非法磚窯廠 315 個，補發拖欠農民工工資 72 萬元，涉及農民工 1024 人<sup>7</sup>。

謝良敏說：「現在應該說現在的 93 條和 94 條，乃至 95 條都是這個依照‘黑磚窯’這個事件的影響，做出的有針對性的問題。」，『勞動合同法』第 93 條和第 94 條規定了不具備合法經營資格的用人單位和個人承包經營違法招工，給勞動者造成損害的，要承擔相應的責任，而第 95 條更是第一次對勞動行政部門和有關主管部門及其工作人員怠忽職守等行為規定了具體賠償和責任。與此同時，山西‘黑磚窯’事件還直接造成了第 38 條的修改。「‘黑磚窯’事件發生之後，很大的刺激了立法機關，包括眾多委員的感到不可理解，感到必須要加以嚴懲，所以說這就推動了這部法律的通過。」<sup>8</sup>除‘黑磚窯’外，社會各界對『勞動合同法』的反應熱烈，近年來恐怕沒有任何一部法律能夠像『勞動合同法』的頒布實施一樣令整個中國社會都感到焦慮與不安了。在該法實施前，無論是外商投資企業、中國國營企業、私營企業，還是事業單位，很多都在開始忙著「規範」用工形式。普遍做法是不再直接和員工簽訂勞動合同，而改由勞務派遣企業派遣；花錢買斷老員工年資，以避免和他們簽訂無固定期限勞動合同；或者乾脆裁員。

買斷年資則隨著中國最大的電信設備製造商華為一場耗資人民幣 10 億元的動作而達到喧嘩的頂峰。在這場「7000 多名員工先辭職再聘用」的作法當中，包括總裁在內的所有年資 8 年以上的老員工一律辭職買斷年資，之後再重新聘用。

中國全國人大常務委員信春鷹指出：「正是「華為辭工事件」起了頭，使得很多企業和勞動者都開始有了焦慮。企業將勞動合同法當成了洪水猛獸；勞動者在企業一波波的「規範改變」活動中變得不安和困惑<sup>8</sup>」。

<sup>7</sup> < 解析勞動合同法：黑磚窯案使其最後全票通過>，參見 中國發展門戶網，  
[http://cn.chinagate.com.cn/law/2007-12/28/content\\_9445203.htm](http://cn.chinagate.com.cn/law/2007-12/28/content_9445203.htm) 2007 年 12 月 28 日。

<sup>8</sup> 參見《信春鷹（人大法工委副主任）談勞動合同法立法背景》，人民網，  
<http://npc.people.com.cn/GB/6661318.html>，2007 年 12 月 17 日版。

### 1.2.1.2 立法重要性

那麼，為什麼中國會有這樣的一部『勞動合同法』出來？對目前依然還在高速經濟成長的中國而言，這部勞動合同法所帶來的會是如同立法當時所相信的效果，亦或會造成經濟發展的危機？又想要消除人們的焦慮、疑惑和偏見，立法者信春鷹表示有必要從宏觀上和微觀上重申『勞動合同法』立法的重要性。

(一) 宏觀上：中國有條件讓經濟發展模式轉型了。

亞洲一些國家的發展過程顯示，當經濟發展到某一個點，一定會有一個跳躍，而這個跳躍首先就表現在對勞工的保護上。只有完成了這個跳躍，中國的社會才會往前進一大步。從宏觀上，有幾個方面促進了勞動合同法的頒布。

首先，中國經濟持續三十年高速發展，創造了經濟上的重大成績，其中第一個原因就是中國充足的廉價勞動力。那麼，中國的勞動力到底有多低廉？以廣東為例，2006年的最低工資調漲了之後才是人民幣670元，也就是不足100美元，以華東的蘇州為例2007年十月之前最低月工資是人民幣750元，而在美國，工人的月平均工資卻是3000美元。三十年經濟的快速發展，使得中國現在有能力來逐步提高人力成本了。2007中國財政超收差不多又到人民幣10,000億元。中國財富，在大幅增加，使得中國已經有條件讓經濟發展模式有一點點轉型了。

第二個重要背景就是中國想建立「和諧社會」。相信「和諧社會」其中一個最關鍵的關係就是「勞資關係」，如果勞資關係不和諧，這個社會和諧就是空洞的。而『勞動合同法』的頒布，並不僅僅是為了保護勞動者正當的勞動權益，其本質是對中國長期勞資不平等帶來的諸多問題，如血汗工廠、以死討薪等重大社會不公平現象的一次矯正。中國國務院總理溫家寶在2008年3月5日十屆全國人大第一次會議政府工作報告中，其中特別提到要提高工資性收入在國民經濟中的比例。這就是說GDP各種組成當中，其中一塊是人力支出的部份，就是所謂的工資支出。現在中國這個比例是14%，西方發達國家是

60%-70%。1993年，人力支出在中國GDP裡所占的比重是19%，現在下降到了14%。其原因就是經濟發展特別快，蛋糕是越做越大，但每個人的所得並沒有相對應增加。

第三個重要背景就是現在講科學發展觀。勞動者的權利保護是維護可持續發展的一個很重要條件，勞動者的素質和產品質量相關，一個沒有知識的勞動者不可能生產出高級產品，產品品質又和中國的產品品質升級，和中國在整個國際產業鏈中的位置相關。

整個世界產業鏈上面，中國目前尚處於最低端。中國商務部的兩組數字就值得我們深思：一是中國用8億件襯衣去換回來一架波音飛機；二是中國用2萬條牛仔褲換回來一個晶片；8億件襯衣和2萬條牛仔褲，耗費了多少勞動力？用去了多少資源？又污染了多少的水？而這一切是因為「中國目前的產業太低端了，沒有辦法在高端上面競爭。」，所以從科學發展觀、可持續發展的角度，對工人需要有一個比較好的保護，勞資狀況需要有大一點的改善。

## （二）微觀上：讓人民有穩定可預期的生活

國家的義務就是要建立一個公正的制度，讓每一個人只要有工作，就應該有一個穩定的可預期生活。微觀上，『勞動合同法』立法時主要是針對以下三方面的問題。而解決這些問題的根本目的就是，「建立一個公平的制度，讓每一個人只要有工作，就應該有一個穩定的可預期生活。」。

第一個問題是：「勞動合同簽訂率低」。2005年中國人大常委會做了一個執法檢查，發現中小企業和非公企業勞動合同的簽約率不到20%，個體經濟組織的簽約率就更低。勞動合同簽訂率低帶來的直接問題就是出現勞動爭議的時候很難處理，企業很難處理，工人也很難處理。

第二個問題是：「勞動合同短期化」。勞動合同一年一簽，甚至是一年四簽。經調查，發現這是一個非常普遍的問題。而調查研究人員由類似事例認為，從長遠來看，合同日期過短，員工不能全身心投入

工作，或造成員工的流動率高，如此並不利於企業的日常營運及長遠發展。

第三個問題是：「用人單位侵犯勞動者合法權益的現象比較突出」。實際上，中國社會各界對『勞動合同法』的修改都表現出極大的熱情與關注，新法的實施，對於用工單位而言，考驗的是企業的人道精神、平等觀念及社會責任感，對於企業既是挑戰也是機遇；對於勞動者而言，使得其地位提高、權利增加，但也考驗著勞動者<sup>9</sup>。

### 1.2.2 立法動機（必要性）

中國頒布實施『勞動合同法』的重要意義，從中國的觀點有以下三點：

第一，制定『勞動合同法』是尊重勞動，保護勞動者的重要措施。勞動者是社會主義國家的主人，切實保護廣大勞動者的合法權益，是中國社會主義現代化建設的根本要求，也是社會主義制度生命力和優越性的體現。『勞動合同法』通過對勞動合同的訂立、履行、解除、終止等作出符合社會主義市場經濟要求和中國國情的規定，在尊重用人單位用工自主權的基礎上，要求用人單位必須與勞動者訂立書面勞動合同、規定用人單位必須全面履行勞動合同、引導用人單位合理約定勞動合同期限、規範用人單位解除和終止勞動合同行為、要求用人單位在解除和終止勞動合同時必須依法支付經濟補償，從而在勞動者十分關心的這些問題上，有效地保護勞動者的合法權益。

第二，制定『勞動合同法』是落實科學發展觀、構建社會主義和諧社會的重要內容。勞動是人類社會最基本的社會活動，勞動關係是最基本的社會關係，所以，以人為本，重要的是要以勞動者為本；社會和諧，重要的是勞動關係的和諧。勞動關係和諧穩定，是保證企業正常的生產經營秩序、促進經濟社會和諧發展的前提和基石。在勞動

<sup>9</sup><《勞動合同法》：勞動關係和諧要素>，參見內蒙古新聞網，

<http://ztpd.nmgnews.com.cn/system/2007/12/29/010005759.shtml> 2007年12月29日。

本章節<1.2.1.2 立法之重要性> 整體論點引述：參照 引注 8

關係中，用人單位與勞動者一方面有共同的利益，另一方面又有不同的利益需求，是一個既統一又對立的矛盾共同體。『勞動合同法』在維護用人單位合法權益的同時，側重於維護處於弱勢一方的勞動者的合法權益，以實現雙方之間力量與利益的平衡，從而促進勞動關係和諧穩定，促進社會主義和諧社會的構建。

第三，制定『勞動合同法』是完善勞動保障法律體系的重要措施。勞動合同在保護勞動者各項勞動保障權益中發揮著關鍵作用。勞動合同一方面可以從形式上確立勞動關係，從而為勞動者獲得勞動報酬、休息休假、社會保險等各項法定權益奠定了基礎；另一方面又從內容上具體約定了勞動者的工資、工作內容、工作時間等權益，從而為勞動者實現和保障自身的權益提供了依據。勞動合同的重要性，決定了『勞動合同法』在勞動保障法律體系中處於基礎地位。制定『勞動合同法』，不僅可以直接維護勞動者的勞動合同權益，而且還可以起到間接維護勞動者的其他各項勞動保障權益的作用。由此可見，『勞動合同法』的頒布，標誌著中國在完善勞動保障法律體系方面邁出了重要的一步。



### 1.3 研究範圍、方法

1.3.1 透過『勞動合同法』之調整範圍，把握中國勞動法律之立法趨勢。首先，『勞動合同法』宗旨為保護勞動者，加大企業違法用工之成本及風險。『勞動合同法』開宗明義的規定了以保護勞動者的合法權益為首要目的，促進勞動關係的和諧穩定。同時，『勞動合同法』保護勞動者的宗旨還進一步細化到具體條文中<sup>10</sup>。

（一）勞動關係理解有利於勞動者。

勞動合同法草案規定：「用人單位和勞動者對是否存在勞動關係有不同理解的，除有相反證明的以外，以有利於勞動者的理解為準<sup>11</sup>。」

<sup>10</sup>邱婕（中國人民大學博士生、國務院勞動合同法立法課題小組成員），天涯社區，<http://www.tianya.cn/techforum/Content/217/12909.shtml> 2006年10月18日

<sup>11</sup>參見《勞動合同法草案》第9條

即，如果勞動者認為與用人單位存在勞動關係，而用人單位不能提供有效證明，其與勞動者不存在勞動關係的，依有利於勞動者的原則，作存在勞動關係的裁定。個人以為，雖然本條最終未獲得立法者表決通過，但是無疑的發現勞動立法愈發重視對勞動者的保護的趨勢。

## （二）勞動合同理解有利於勞動者

同時，『勞動合同法』草案還規定：「勞動合同文本由用人單位元提供。用人單位和勞動者對勞動合同的內容理解不一致的，應當按照通常理解予以解釋，有兩種以上解釋的，應當採納最有利於勞動者的解釋。」勞動合同雖然也是合同，應該經過合同雙方的平等協商，但是實際情況是勞動合同基本由用人單位提供，勞動者並沒有多大的發言權。故此，將合同文本的製作和提供規定為用人單位的法定義務。同時，在司法裁量的角度給予勞動者保護，在是否存在勞動關係和對勞動合同內容理解等問題上將以有利於勞動者的解釋為準。我從具體在中國的實務經驗發現：雖然本條最終未獲得表決通過，但是這樣的規定充分體現了對勞動者的側重保護，進一步嚴格了用人單位元的合同文本製作義務，極其有可能日後由司法解釋<sup>12</sup>或其他規範性文件予以規定。

## （三）勞動關係法制化（如第四條,第十一條等）

『勞動法』作為中國勞動力市場建立之初的立法，遵循了以「宜粗不宜細」的立法精神<sup>13</sup>，其中對勞動合同制度僅作了原則性的規定，

<sup>12</sup> 為因應快速變動的社會發展，從大陸的作法觀察，一是立法手段的因應，但是法律的立法、修正或廢除其程式較為繁雜且不易，為改善具體社會環境的事實，因此授權國務院以及地方行政機關就改革方面的問題作出暫行規定以為因應，這很大程度上也是立法權的下放。另一種便是利用司法解釋的手段，亦即在保證現行立法相對穩定性的前提下，擴大司法機關的管轄權限，加強司法解釋，立法只作原則性的規定，具體標準由最高人民法院與最高人民檢察院規定，從而使司法解釋具有「準立法」的職能。近年來大陸全國人大在頒布重要的法律的同時，最高人民法院都隨後做了詳細、具體的司法解釋，這些解釋的可操作性甚至比相關的法條要具體的多。華成著，法律解釋比較研究，中國人民大學出版社，1993年11月，第191頁。參見周道鸞，論司法解釋及其規範化，中國法學1994年第1期，第89至90頁。

<sup>13</sup> 大陸經濟體制改革以來，由於法制建設剛處於初步發展的階段，其立法並非詳盡而完善，因此法律制度建設的本身無法像德國學者Max Weber所說的使法律成為一個「無縫的網」，對於具體案件中所出現的每種情況都能在法律中找到現成的答案，這對大陸在此一階段而言是一種奢談。正因為大陸對於國家法制現代化的總體設計，一開始並不表現出有一個完整的法制建設藍

有許多內容僅僅是點到為止沒有做進一步的細化規定，或者根本沒有做相應的規定。這些原則性的規定使原有對勞動關係的調整相對任意性，勞動關係雙方有較大的自由約定空間。『勞動合同法』針對這一情況，對勞動關係的各方面作出了法律規定，限制了用人單位的意思自治空間，對勞動關係的管理進一步法制化。

#### （四）禁止企業 扣押擔保（第九條）

用人單位不得藉招募勞工要求勞動者提供擔保物或擔保人，不得收取押金或扣押勞動者的身份證等證件。並需承擔相應賠償責任。

（五）服務期約定(第二十二條)、競業限制及違約金條款有了細化規定。

### 1.3.2 研究方法

（一） 首先，應透過勞動合同法所涉及的相關條文，調整企業人力資源管理、進而妥善處理勞資關係。中國在人力資源管理整體的思維模式，及大方向的建構建方面，為勞資關係是非常薄弱的一方<sup>14</sup>。

1.『勞動合同法』的立法背景，是經濟全球化這樣一個大背景。由於中國的改革開放，使得中國境內各企業也都逐步變成是在國際供應鏈上很重要的環節。全球化對於中國的影響，就積極方面而言，市場化的生產方式，對於中國經濟有極大的促進作用。但是同時我們也可以看到，市場化的內在矛盾，它對於中國的社會，中國的企業，也會有著更加深刻的影響。這就是勞資關係問題。但是在許多市場經濟國家，人力資源最重要的內容是勞資關係的協調。目前很多企業的人力資源管理的理念在相當程度上具有局限性，僅僅盯在企業自身

---

圖，而是表現為逐步地、隨著社會改革深入而不斷提出新的法律體系的規劃。在此時期中對於立法的精神採取「成熟一個制定一個」、「宜粗不宜細」的原則，致使法律中空白條款過多，法律內容規定過於原則；經濟改革逐漸加深之際，相關立法速度也呈現滯後的情況，難以適用於新型態經濟類型案件的需求。參見王文杰著，嬗變中之中國大陸法制，交通大學出版社，2004年12月，第183頁。

14 常凱：勞動合同法的立法趨向及對勞動關係的影響，參見勞動合同法網，<http://www.ldht.org/Html/jiedu/gejiejiedu/54265136046.html> 2007年12月29日。

上，盯在目前的眼前的發展上，但如何持續提昇卻不予規劃。人力資源就本職要求，應該是提高企業競爭力。但企業競爭力的根本除了企業人才以外，還在於建立一個和諧的企業組織，筆者認為和諧的企業組織的中心，在於和諧的勞資關係。

2. 和諧的勞資關係，如果我們回顧國際上的經驗，第二次世界大戰以後，德國和日本都是戰敗國，不論從經濟發展還是從國民信心上，在 40 年代的時候他們都處於最低落的階段。但是 50 年代德日的經濟恢復，60 年代德日的經濟發展，70 年代德日的經濟起飛，80 年代就成為整個國際上的經濟強國。每十年一個改變，經驗究竟為何，當然原因很多，可是最重要的一點，就是德國和日本的勞資關係，形成了適合自己國家的這樣一種比較和諧的有效的或者高效的穩定的持續發展的這樣一種狀態。這恐怕是最重要的。從德國看就是共同決定，員工參與，工人委員會，這是德國重要的一種經驗。日本在 80 年代以前，是終身雇傭，企業工會，但是 80 年代以後這種狀況開始在改變。

3. 但是勞資關係每個國家都有自己的特點，中國不可能直接照搬任何一個國家的模式。但是其中一些原則性的東西是一致的。就是企業的組成，就是資本和勞動的結合的方式。如何結合資本和勞動之間使他們形成一個共同體，這是中國積極想要解決的問題。最重要的問題在那裡？勞動關係的長期化，勞動合同的短期化，而勞動合同在這當中，最確認勞動關係的明確雙方權利義務這樣一種契約形式，在更多方面，中國是一種形式主義。其中的很多內容並沒有按照法律的規定去實施。

(二) 其次，應理解『勞動合同法』的頒布對於企業人力資源管理的影響。在這個問題上，中國境內企業應有一個充分的準備，就是勞動合同法的頒布實施，對於目前企業的人力資源管理，顯然會有一種重要的影響。

1. 影響的第一點在於，在整個理念上，人力資源管理必須要把勞資關係調整，放在自己工作的中心地位人力資源管理的物件是員

工，但是這個員工從不同的角度來看，如果從企業的角度來看，它可以僅僅看作是一種勞動力成本，但是如果從這個勞動法律的角度來看，企業的員工，就是勞資關係的一方主體。那麼目前中國的勞資關係發展的趨向是什麼呢，就是團體化應該是中國勞資關係發展的一個不可忽視的趨勢。可以瞭解一下，在人力資源管理非常典型的，就是中國更多是參照的美國經驗來看。美國人力資源管理，就是薪酬最高的職位是員工關係主管。尤其是在高層領導上，員工關係的主管或者勞資關係的主管薪水是最高的。因為員工或者勞資關係的話，它的處理，不僅僅是一個技術性的問題，他需要更多的知識和能力，比如對於勞工法律的熟悉，對於員工狀況的熟悉，對於處理員工關係技巧的熟悉。它比招聘，或者薪酬績效考核，更技術性的問題要求高一些，但是，中國目前的企業在人力資源整個功能設計上，不但許多單位都沒有這樣的設置，而且嚴格來看距離這樣的層次還有很大的距離。

2. 第二點為企業的人力資源管理，在理念上最需要調整的就是，企業應該有一個更長遠，更持久的提高企業競爭力的這種戰略計畫，所謂戰略人力資源管理，應該怎麼樣做呢，我個人覺得並不僅僅是把技術問題放大。而是要有一種更長遠的。比如對於員工，員工和企業這個關係問題，除了從企業角度，從管理的角度去出發，我個人覺得更重要，要把它當成一種合作的夥伴。在私營企業裡面，工人能不能把它當成自己的企業，這點是不一樣的。所以人力資源管理，往往以人為本，他不應該僅僅是一種口號，是一種工具，而應該確實把它當成一種事實性的基本理念才行，但是在這點上，很顯然目前中國的企業還是有相當差距的。

3. 第三點，就在企業人力資源管理的整個內容設計上和對應上，應該有所準備。例如在企業招聘、規章制度、勞動合同內容等方面應改變以往僅單方考量企業利益的做法。從立法的角度，希望是更多的是考慮企業長期競爭力和國家長期競爭力。同樣從企業長期發展考量，人力資源部門應協助企業指定鼓勵員工積極性的規章制度，力求事先企業與員工的共同發展。以人為本，提供員工對企業的忠實程

度，才能構建一個和諧的勞資關係，從這個意義上，『勞動合同法』的頒布，從整體上來說，對於企業的長遠發展，是具有極大的積極意義的。

## 第二章 中國勞動合同法立法沿革與發展

### 2.1 中國勞動合同法新舊條文及學術相關著作

#### 2.1.1 2007 年 12 月 31 日之前勞動法規狀況

##### （一）1994 年『勞動法』簡析

1994 年『勞動法』制定頒布時，中國剛進入市場經濟初期，剛確立社會主義市場經濟體制的改革目標，社會保障體系建設處於起步階段，積極的就業政策尚在探索之中，勞動關係調整方式正由行政管理向依法調整轉變。『勞動法』的立法依據還是計劃經濟下的勞動關係調整準則，對市場經濟下將出現的問題缺乏處理經驗。在這種特殊的歷史背景下，『勞動法』對社會保障、促進就業、企業工資宏觀調控的規定比較原則、簡略，對勞動關係的規範比較單一，對法律責任較輕。制定『勞動法』是社會主義市場經濟發展的迫切需要。市場經濟體制要求以市場作為勞動力資源配置的基礎性手段。隨著市場經濟的發展和勞動領域改革的不斷深入，我國勞動體制逐步向市場配置勞動力方向發展和完善，勞動力開發、配置和使用的商品化、社會化程度明顯提高，開放性、競爭性日益明顯，客觀上要求將各方面勞動關係納入市場運行的軌道。勞動關係主體的行為和權利、義務，勞動力市場秩序，都需要用法律來規範和維護。因此，急需制定『勞動法』<sup>15</sup>。

一直到 2008 年的今天，中國社會主義市場經濟體制已經基本建立；中國成功加入世界貿易組織，並進一步參與經濟全球化，結構調

<sup>15</sup> 李伯勇，關於制定中華人民共和國勞動法（草案）的說明，法律圖書館  
<http://www.law-lib.com/fzdt/newshtml/20/20050805183952.htm> 1994 年 3 月 2 日

整和經濟轉型也正在進行；城鄉協調發展已經提上日程，農民進城就業規模越來越大。由此影響到經濟成份、就業方式、用工形式越來越多樣化，勞動關係遠比 10 年前複雜，維護勞動者權益的任務遠比 10 年前艱巨。由於中國勞動關係發生巨變，變得複雜化、法律化；非公有制勞動關係不斷加重，出現性質多元化的局面；在勞動關係中，勞動者與用人單位相比更處弱勢。因此，『勞動法』存在薄弱環節，其中的一些現行規定在實際工作中出現無法調整或難以有效調整的尷尬局面，迫切要求儘快進行修改和完善。再加上當前及今後一段時期，中國仍處於體制改變和經濟轉型過程中，各種過去長期積累的深層次矛盾和隨著改革深化出現的新問題交織在一起，都直接或間接地影響到勞動保障工作，使『勞動法』的貫徹實施面臨著一些亟待解決的問題<sup>16</sup>。

## （二）1994 年『勞動法』及相關配套法規的主要缺陷為

（1）法律衝突問題。中國『勞動法』和現行的其他法律法規和地方的法律法規之間存在衝突，使得『勞動法』在執行中援引法律存在困惑，剖析如下。

在司法實務中『勞動法』和中國制定的其他法律法規之間存在衝突。例如，2004 年北京首例工會主席被炒案<sup>17</sup>引發了許多的社會爭論。大致情況是：2004 年 8 月 30 日，北京市三環相模新技術有限企業以“工作嚴重失職”為由解除了企業工會主席唐曉東的勞動合同，而唐曉東則認為這是該企業借機報復自己為工人爭取合法權益的行為，他以「企業違反『工會法』及不支付工會經費」為由，向法院提起訴訟。二審終審，法院均裁定駁回「違反『工會法』...」的規定，口頭通知不受理「不支付工會經費」的起訴。在此案中，三環相模新技術有限企業正是依據『勞動法』第 25 條第 3 款的規定，認為唐曉東工作嚴重失誤，據此解除唐曉東的勞動合同。然而，依照 2001 年

16 鄭尚元著：《勞動法學》，中國政法大學出版社，2004 年 9 月，第 5 頁。

17 北京首例工會主席被合資企業開除案引發關注，參見

<http://news.sina.com.cn/c/2004-09-06/12014243984.shtml> 法制晚報，2004 年 9 月 6 日

修改的『工會法』第 17 條規定：「除非在任的工會幹部在工作中出現重大過失或者達到法定退休年齡，企業不能解除工會幹部的勞動合同」。在企業解除與工會幹部的勞動合同問題上，『勞動法』與『工會法』出現了衝突，在究竟應該引用那一部法律出現了爭議<sup>18</sup>。類似的情況還存在於多項其他法律中。

中國除了 1994 年頒布的『勞動法』外，各省級還制定了地方性的勞動法規和勞動規章。從法律位階效力上說，『勞動法』是由國家立法機關依據憲法制定的調整勞動關係的規範性律法，其法律效力僅次於憲法而高於其他法規。但是在具體的司法實務中，由於存在『勞動法』和地方性勞動法規的衝突，使得『勞動法』在執行中援引法律存在困惑，也使得有些法官在司法判決時無所適從。又例如：2001 年 12 月 24 日，北京市政府以第 91 號令發布了『北京市勞動合同規定』。依照最高人民法院的司法解釋規定，如果勞動合同期限屆滿，而仍存在事實勞動關係，沒有續延勞動合同，應按原來的條件履行，用人單位終止勞動關係的，法院應予以支持。而北京的規定卻明確在這種情況下用人單位不得終止勞動關係。二者存在著衝突<sup>19</sup>。

## (2) 勞動爭議處理機制不完善

現行的勞動爭議制度已不能適應目前日趨複雜的勞動關係，主要是「仲裁前置程式」的不合理性、勞動爭議處理時間過長、仲裁水準有待提高、勞動爭議仲裁缺乏有效監督等一系列問題。

依照中國相關的法律規定，目前的勞動爭議處理是採取「一調一裁二審」的單軌體制。仔細思考，會發現在實務上此體制存在如下的弊端：「仲裁前置程式」的不合理性。它妨礙了勞動爭議當事人行使解決勞動爭議權利的自由，不利於切實維護當事人的合法權益。當事人之間發生爭議或者權利受到侵害時，其享有法律賦予的不可剝奪、不可讓予的請求中立的司法機關給予公正裁判的權利。而中國的「仲

<sup>18</sup>北京首例工會主席被炒案中的法律適用問題[http://www.law-lib.com/lw/lw\\_view.asp?no=3790](http://www.law-lib.com/lw/lw_view.asp?no=3790)

<sup>19</sup>《北京市勞動規定》<http://www.china.org.cn/chinese/PI-c/103437.htm>

裁前置程式」卻妨礙了勞動爭議當事人行使解決勞動爭議權利的自由。

(3) 勞動爭議處理時間過長，「一調一裁二審」的處理制度在一定程度上使勞動者「有冤有處申」，但事實上，中國現行的勞動爭議處理機制從調解，到仲裁，再到人民法院的兩級審理，此程序的完成，正常情況下所需時間為一年左右。從實務來看，這一處理機程序過多，時間過長，不利於案件及時了結。

(4) 仲裁水準有待提高，仲裁員的素質普遍偏低，與法律職業共同體目標之建立相背

(5) 勞動爭議仲裁缺乏有效監督。雖然中國『勞動法』和『勞動爭議處理條例』規定了勞動爭議仲裁的基本制度，但對勞動爭議仲裁如何監督卻缺乏必要的和有效的機制。

### (三) 對弱勢群體的保護不夠

對於在勞動關係雙方中明顯處於劣勢的勞動者一方來說，勞動法律提供的保護不夠。由於勞資雙方在經濟地位、資訊獲取、供求關係等方面的不平等，從而使得勞動者一方處於明顯的弱勢，這在農民工、私營企業工人、低收入階層表現尤為明顯。94年『勞動法』規定過於籠統，勞動監察力度也不夠，從而未能給勞動者提供的有力的法律保護。而其主要表現在：

勞動雙方在簽訂勞動合同時的不平等地位。由於在就業市場上資方處於有利的地位，就在勞動合同上大做手腳，主要表現在：拒絕或拖延簽訂勞動合同、在合同中任意延長試用期限、對工資標準制定模糊等。尤其是農民工進城之務工人員，更是極少有簽訂用工合同的，這使得在勞動糾紛中勞動者處於十分不利的地位。

(2)任意侵犯勞動者合法權益。主要表現在：任意延長勞動者工作時間、不按照國家正常假期休假、工作環境不達標準、不按照國家規定為勞動者交納相關保險金、強迫勞動者抵押現金或證件等。

(3)正因為勞動爭議經常被當作民事案件審理，舉證責任也要按

照民事訴訟「誰主張、誰舉證」的原則來分配，這對勞動者來說，顯然是強其所難。在勞動訴訟中，因物證一般為用人單位或雇主掌握(如考勤記錄、加班加點手續、工資發放憑證等)，勞動者無法舉證。在訴訟費用方面，勞動者與用人單位在訴訟過程中的優劣態勢更顯而易見。因此，多數國家設立專門的勞動法院或者勞動法庭來審理勞動案件，在舉證責任和訴訟費用上都明顯體現出保護勞動者的傾向<sup>20</sup>。

(4)勞動合同簽約率非常低。據抽樣調查統計，中國勞動合同簽約率並不高，特別是建築業、餐飲服務業的簽約率只有40%左右。農民工勞動合同簽約率在30%左右，中小型非公有制企業簽約率不到20%。因此，制定一部專門規範市場經濟條件下勞動合同制度的法律，被提上了立法機關的日程<sup>21</sup>。

#### (四) 其他一些需要補充的地方

(1)涉外勞動關係的法律適用空白。非常遺憾的，『勞動法』作為一個基本法律，並未設立「涉外勞動關係」的法律適用專章。涉外勞動關係的適用是指勞動關係的主體、客體、內容具有涉外因素時對於法律的選擇，是衝突法律規範。近年來，涉外勞動關係的問題日顯突出，尤其是外國人到中國工作和中國人到外國工作的數量增多。『勞動法』要確定準據法，還要考慮不同勞動法律規範對於勞動者權利的影響<sup>22</sup>。

(2)對於企業違反勞動合同的處罰不夠嚴厲。在現行『勞動法』中，對於企業違反勞動合同的處罰規定比較籠統或處罰過輕，例如現行『勞動法』第12章第89條和第90條規定明顯規定過於籠統，對企業的違法行為的認定和賠償責任沒有細則化。中國『勞動法』對有關法律責任的規定中，用人單位出現違反規定情況時，絕大多數情況下就

<sup>20</sup>鄭尚元著：《勞動法學》，2004年9月，中國政法大學出版社，第314頁

<sup>21</sup>《有效尋求勞資訴求契合點 勞動合同法草案今表決》，參見新華網，

[http://news3.xinhuanet.com/legal/2007-06/29/content\\_6305812.htm](http://news3.xinhuanet.com/legal/2007-06/29/content_6305812.htm) 2007年6月29日。

<sup>22</sup>遼迎州 淺論我國現行《勞動法》的缺陷，中國論文網，

[http://www.soulw.com/Html/sfzd/072501752\\_2.html](http://www.soulw.com/Html/sfzd/072501752_2.html) 2007年5月9日

是由勞動行政部門給予警告，責令改正，只有在延長勞動時間、使用童工、暴力侵害勞動者人身三種情況下可能被處以罰款或吊銷營業執照。吊銷營業執照後用人單位完全可以重新註冊繼續經營；罰款和賠償等後果出現的前提是被裁判或被查處，而勞動者由於在勞動關係中的弱勢地位，大多會忍氣吞聲，並且由於勞動監察不到位等原因，使得這些後果的出現概率少之又少。這樣用工單位違法成本實在是很低，這樣就造成了一些企業的僥倖心理，從而造成更多的對勞動者的侵權行為<sup>23</sup>。

(3)另外『勞動法』中一些法律條文規定比較含糊。例如『勞動法』第20條規定：「勞動合同的期限分為有固定期限、無固定期限和以完成一定的工作為期限。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。」這一條的規定就比較含糊了，站在不同的立場上可以各取所需、任意解釋。勞動者可以理解為：在同一單位連續工作十年了，就有權力簽訂無固定期限的勞動合同。用人單位卻認為，前提是「當事人雙方同意續延勞動合同的」，如果用人單位根本不同意和勞動者續延勞動合同，連短期合同都不簽訂，哪裡談得上無固定期限的合同？用人單位立即要解除勞動者的勞動合同，勞動者不能反對，如此就造成理解上和法律執行中的困惑<sup>24</sup>。

### 2.1.2 2008年1月1日實施『勞動合同法』

2008年實施的三部勞動法規，『勞動合同法』和『就業促進法』同

<sup>23</sup>鄭尚元著：《勞動法學》，2004年9月，中國政法大學出版社，第288頁

<sup>24</sup>鄭尚元著：《勞動法學》，2004年9月，中國政法大學出版社，第126頁。特別是進入新世紀以來，國民經濟連年高速增長，社會財富急劇增加，但勞動所得在國民收入中的份額直線下降，勞資關係嚴重失衡。勞動所得占GDP的比重，不僅無法與發達國家相比，也遠遠低於印度等發展中國家。因此，新《勞動合同法》除了對原《勞動法》作了為數有限和謹慎的推進外，主要是堵塞漏洞，明確了對有法不依行為的懲罰措施，使生效了十多年被許多人漠視的舊《勞動法》相關條款多少增加一些約束力，改變守法的吃虧、違法的得益這種怪現象。比如，許多人認為新《勞動合同法》要求給低端勞動者上社會保險會給企業過重的負擔，其實許多地方早已根據原《勞動法》制定了相應的規定，並已執行多年，否則也就不會出現廣東深圳等地近年來農民工流動時大批退保的現象了。參見華生，勞動合同法被嚴重誤讀的背後，中國證券報，2008年3月11日，第7版。

時於 2008 年 1 月 1 日起正式實施，『勞動爭議調解仲裁法』也將於 2008 年 5 月 1 日起頒布實施。

中國全國人大常務委員信春鷹認為，『就業促進法』、『勞動合同法』和『勞動爭議調解仲裁法』等三部法律所確立的制度，具有緊密的內在聯繫。就業不僅僅是謀生的手段，也是一個人和社會發生關係、實現自身價值的重要方式；任何國家都把公民就業放在公共政策的重要位置。勞動關係是一個社會最基本的社會關係，勞動關係是現代全部社會體系所圍繞旋轉的「軸心」，是實現社會和諧的基礎。在此同時，一個和諧的社會不是代表沒有爭議和糾紛的社會，而是有完善的機制解決爭議和糾紛的社會；如果把勞動爭議比喻為水，勞動爭議調解仲裁法就是管道，流暢的管道能夠合法、公正、及時地化解勞動爭議。她認為，三部勞動法律的貫徹實施，將使中國的勞動法律制度進入一個新階段<sup>25</sup>。

『勞動合同法』是繼『勞動法』之後，中國勞動領域最重要的一部國家立法。它的一個最鮮明的特點，就是採取切實措施，保障普通勞動者的合法權益，促進企業的健康發展。這些措施主要有：

(一) 規範勞動關係的建立與解除。

實務當中，不少企業，特別是經濟相對比較發達地區的非公有制企業，不願與勞動者簽訂書面勞動合同的現象相當嚴重。其目的就是想逃避應盡的法律責任，讓勞動者即使在權利受侵害時，也因為沒有證據而無法主張權利。

對於這些行為，近年來，勞動行政部門的規章以及最高法院的司法解釋都已採取一些應對的措施，例如事實勞動關係也會受到法律保護等。在這些規定的基礎上，『勞動合同法』進一步採取三項措施：<sup>26</sup>

1、規定勞動關係自用工之日起建立。只要有事實的勞動用工，

<sup>25</sup> 信春鷹在 2007 年 12 月 29 日全國人大法工委、勞動和社會保障部、國務院法制辦公室、中華全國總工會、中華全國工商業聯合會、中國企業聯合會等部門學習《勞動合同法》座談會上講話。

<sup>26</sup> 該 1~3 項措施參考，《勞動合同法》第 10, 82, 14 條。

勞動關係即產生。書面勞動合同主要起證據作用。

2、如果用人單位未在用用工之日起一個月內訂立書面勞動合同，但在用工之日起一年內訂立了書面勞動合同的，那麼，應當在此期間向勞動者每月支付二倍的工資。

3、如果用人單位用工之日起滿一年仍然未與勞動者訂立書面勞動合同的，除在不足一年的違法期間向勞動者每月支付二倍的工資外，還應當視為用人單位與勞動者已訂立無固定期限勞動合同。

面對以上這些措施，誓必迫使故意不與勞動者簽訂書面勞動合同的企業今後一定會“三思而後行”。

4、企業須依法解除勞動合同並承擔相應的責任。

從理論上來看，勞動合同的特殊性（勞動者的人身自由、經濟相對不自由）使其否定了傳統合同契約自由的理論原則，更多體現出多弱勢群體即勞動者的保護<sup>27</sup>。

從世界各國的立法趨勢上看，鑒於勞資雙方主體的不平等，對企業解雇勞動者的規範呈現保護勞動者即解雇保護制度的原則，如對於一般條件下的解雇的補償，特殊條件下不得解雇（女職工特殊時期、勞動者工傷期間等）。如北交大教授石美遐及勞動法專家董保華都對雇工解雇保護的必要性做過專篇詳細的論述<sup>28</sup>。

依照『勞動合同法』第 39 條、第 40 條、第 41 條的規定，出現法定情形時，用人單位可以單方解除勞動合同。為保護一些特定群體勞動者的合法權益，『勞動合同法』合同第 42 條同時又規定在六類法定情形下，禁止用人單位依照勞動合同法第 40 條、第 41 條的規定單方解除勞動合同。對用人單位不得解除勞動合同規定的理解需注意以下兩個方面：一是本條禁止的是用人單位單方面解除勞動合同，並不禁止勞動者與用人單位協商一致解除勞動合同；二是本條的前提是用

<sup>27</sup> 侯玲玲，《勞動合同特殊性研究》，《法學》，2006 年第 1 期。

<sup>28</sup> 石美遐《中外勞動合同法立法比較研究》，參見中國勞動和社會保障法律網

<http://www.cnsslw.com.cn/list.asp?Unid=2733>，2007 年 4 月 5 日。

人單位不得依照『勞動合同法』第 40 條、第 41 條解除勞動，即使勞動者具備了本條規定的六種情形之一，用人單位仍可以依照『勞動合同法』第 39 條的規定解除。

## （二）規範勞動合同的期限。

勞動合同短期化是中國勞動領域日益嚴重的現象。據各種調查資料顯示，現實中大多數勞動合同，期限僅有一年，甚至半年、三個月。這種現象的結果，增加了勞動者就業的不穩定，不利於勞動者與企業的長遠發展，甚至影響到社會的穩定與和諧。

為對應這種短期化現象，『勞動合同法』主要採取了以下兩條措施：

1、鼓勵用人單位續簽固定期限的勞動合同。法律規定，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，在固定期限勞動合同期滿終止時，用人單位應當依法向勞動者支付經濟補償金。

2、擴大『勞動法』（勞動合同法 第十四條）簽訂無固定期限勞動合同的範圍。其中特別規定，如果用人單位與勞動者連續訂立二次固定期限勞動合同，且勞動者沒有法律規定的違紀違法情況，續訂勞動合同的，應當訂立無固定期限合同。

另外，如果用人單位違反法律規定不與勞動者訂立無固定期限勞動合同的，法律規定，自應當訂立無固定期限勞動合同之日起，用人單位應向勞動者每月支付二倍的工資(第八十二條)。

### 勞動合同法無固定期限合同對資方的衝擊

新《勞動合同法》實施剛剛一個多月，就有調查顯示 70%的企業，特別是民營企業希望修改相關條款，具體說是兩條：無固定期限勞動合同的規定和關於經濟補償的條款。其實新法早已引起了一些人的恐慌，甚至拋出「如果實施這樣的法律，我們將撤資」等言論。經濟

學、勞動關係學界專家學者仁智互見，交鋒尖銳。看來，改革的過程中確實都要經歷波折的。

中國在改革開放三十年中創造了經濟增長的神話，而神話卻是在這樣的福利下創造的：第一，勞動者報酬水準很低，且在經濟總量中的比例持續下降。2005年報告顯示，城市工廠企業工人每小時工作報酬0.95美元，城市以外地區工人每小時平均收入為0.41美元，平均工資估計為每小時0.57美元。1997年至2005年，勞動者報酬占GDP的比例從52.8%降低到41.4%，降了近12個百分點。而國際上這一比重大多在50%以上，一些發達國家達到了65%。第二，社會保障嚴重不足。2006年，參加養老保險者占城鎮就業人口66%，如果扣除離退休者，職工覆蓋率為不足50%。如果將農民工也加入到基數中，則覆蓋率不足37%。而醫療保險的就業覆蓋率僅為30%。第三，農村轉移勞動力的生存環境更差。就上述保障指標對這個群體而言，工傷保險的情況相對較好，也僅有25%被覆蓋（以1億農民工計算）。

說到底，中國還是一個「強資本、弱勞工」的社會。仔細研究新法，是什麼讓企業家感受到了前所未有的壓力和挑戰呢？無非就是成本。實施新法所增加成本包括實施後的管理成本，更主要的則是逃避責任的機會成本，因為如果以前能嚴格守法的企業，在新法執行後所增加的管理成本不僅不足為道，而且還是提高企業管理水準的契機。而新法對勞動合同中的報酬、保險以及違反處罰等條款更為明確，原來應當承擔的責任更難逃避或規避，這才是那些企業恐慌的真正原因。

企業（包括外商投資企業）對新『勞動合同法』的態度直接反映了中國企業社會責任的現狀。試問，企業如果不能為員工提供必要的生活、醫療、退休保障等基本保障，何談履行「社會責任」？還可以從調查資料反思一個更為重要的問題，即企業對法規的漠視。接受調

查的企業中有 31.71% 的企業表示還沒有相應變動，或者說現行法律還沒有對他們形成足夠的威懾力。

體面勞動和一定的保障條件是勞動標準的重要內容，也是勞動關係穩定和諧的基本條件。有關勞工保護的基本法律規則，即勞動者的勞動報酬、勞動條件、勞動福利及其他如結社、罷工等公民權利國際上被視為核心勞工標準。而中國勞動法律制度水準、執法力度和客觀效果與國際核心勞工標準的差異是非常顯著的。新法不是過度偏向勞動者，而是對以往勞動者保護不力的一種矯正。在這種情況下，個人以為：中國政府必須毫不猶豫地加強改善勞動者的保障條件，通過承擔立法和嚴格執法責任予以保證，進而改善民生<sup>29</sup>。

### （三）規範試用期制度(勞動合同法第十九條至二十一條)。

濫用試用期用工是近些年中國不少企業的常見現象。對於濫用試用期的違法行為，《勞動合同法》主要採取三項措施：

1、嚴格限定試用期的期限。法律規定：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。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者，不得約定試用期。同一用人單位與同一勞動者只能約定一次試用期。

2、規定試用期的工資標準，不得低於本單位同職務最低工資或者勞動合同約定工資的百分之八十(現實中常見的試用期工資為正常工資的 70%)，並不得低於用人單位所在地的最低工資標準。

3、除了有法律規定的勞動者不符合錄用條件、有違紀違法行為，以及不勝任工作等情況，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。

<sup>29</sup>于秀麗，恐懼新《勞動合同法》的真正原因，金融網，  
<http://www.financeun.com/news/2008220/0748069706.shtml> 2008年2月20日，

#### （四）規範勞動合同的必備條款。

與『勞動法』有關規定相比，『勞動合同法』規定的勞動合同必備條款，有較大變化，相信『勞動合同法』實施後，「勞動合同文本」將是一個新的樣貌：

1、增加了部分必備條款。例如：增加了用人單位與勞動者基本資訊條款；工作地點條款；工作時間和休息休假條款；社會保險條款；職業危害防護條款。

2、取消了部分必備條款。（1）取消了『勞動法』規定的勞動紀律、勞動合同終止的條件等條款。勞動合同法實施後，勞動紀律將是企業與工會或者職工代表平等協商的事項，無須由單個的勞動合同確定。勞動合同的終止必須符合法定條件，而不能在合同中約定。（2）取消了違反勞動合同的責任條款。『勞動合同法』（第二十三條）規定，只有在依法約定的培訓服務期以及競業限制條款中，用人單位才能與勞動者約定違約金，其他任何情況，企業都不得再約定違約金。

上述條款的增加和取消，進一步突顯了勞動合同應當規定的重要內容，有利於明確合同雙方的權利與義務，促進勞動合同的切實履行。特別是違約金條款、合同終止條件條款的取消，對於保障勞動者的就業選擇自由和職業穩定性大有幫助。

#### （五）規範勞務派遣。

近些年來，勞務派遣在中國發展迅速。由於缺乏必要的規範，這種用工形式已經成為一些企業逃避責任的重要途徑。針對勞務派遣行業的混亂狀況，『勞動合同法』做出以下幾點規定<sup>30</sup>：

1、規範勞務派遣單位的設立：勞務派遣單位的設立應當依照公司法，註冊資本不得少於人民幣 50 萬元。

<sup>30</sup> 參見勞動合同法第五章第二節，第 57 條～第 67 條。

2、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，按月給被派遣勞動者支付勞動報酬；被派遣勞動者在無工作期間，勞務派遣單位應當按照所在地人民政府規定的最低工資標準，按月向其支付報酬。

3、限定勞務派遣崗位的範圍。法律規定勞務派遣一般在臨時性、輔助性或者替代性的工作崗位上實施。

4、現實當中，在被派遣勞動者合法權益受到侵害時，勞務派遣單位與用工單位常常出現互踢皮球、推託責任的現象。針對這一問題，『勞動合同法』規定，對於給被派遣勞動者造成的侵害，用工單位與勞務派遣單位承擔連帶賠償責任。

以上述規定亮相的『勞動合同法』，堪稱是中國第一部針對勞務派遣的國家立法，毫無疑問將會對中國勞務派遣用工的規範發展產生重要影響。

#### （六）規範集體合同。

國際經驗表明，集體合同制度是增強勞動者的博弈能力，確保勞資關係平衡發展的重要手段。自九十年代中期開始推行以來，集體合同制度在中國運作的效果一直不盡人意。針對這一現實，『勞動合同法』從制度層面做了一些改進。

1、進一步明確了工會在集體合同中的職責。『勞動合同法』規定，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。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。

2、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。行業性、區域性集體合同對當地本行業、本區域的用人單位和勞動者具有約束力。

#### （七）加強維護企業等用人單位的合法權益。

與『勞動法』相比，『勞動合同法』也有不少直接加強維護企業

合法權益的新規定。例如：1、法律吸取一些地方法規的經驗，規定了競業限制，以利於用人單位保護自己的商業秘密和知識產權。2、法律補充規定了用人單位可以隨時通知勞動者解除勞動合同的情形。例如，該法實施後，如果勞動者同時與其他用人單位建立勞動關係，對完成本單位的工作任務造成嚴重影響，或者經用人單位提出，拒不改正的情形，企業可以隨時通知勞動者解除勞動合同，並且無須支付經濟補償。

另外，為防止企業等用人單位對新法的實施不適應，『勞動合同法』第 97 條規定了一些過渡性條款。例如，在本法施行前已經訂立，且在本法施行之日存續的勞動合同，即使與『勞動合同法』規定不一致，只要不違反當時的法律，就可以繼續履行。這些過渡性條款，為企業執行這一法律設立了緩衝期。

中國於 1987 年恢復了勞動爭議仲裁制度，隨著 1993 年企業勞動爭議處理條例和 1994 年勞動法的相繼頒佈實施，形成了「一調一裁兩審」的勞動爭議處理程序，即發生勞動爭議先調解、再仲裁、再經兩次審判的程序。這一程式制度對解決勞動爭議發揮了十分重要的作用。同時，隨著經濟和社會的發展，經濟結構和就業方式的變化，勞動爭議處理面臨許多新情況、新問題，主要表現為：一是，近年來全國勞動爭議案件數量持續大幅上升，爭議案件日趨複雜，爭議內容日益多樣化，調處難度加大。二是，勞動仲裁機構和人員非專業化的弱點日益顯現出來，勞動仲裁規則層級低而且因地而異，缺乏公信力。三是，勞動爭議處理週期長，勞動者維權成本高。『中華人民共和國勞動爭議調解仲裁法』草案總結勞動爭議處理的實踐經驗，針對勞動爭議處理工作中的新情況和新問題，盡最大可能將勞動爭議案件解決於基層，強化調解、完善仲裁、加強司法救濟，以及時妥善處理勞動爭議，維護當事人合法權益，發展和諧穩定的勞動關係，促進社會和諧<sup>31</sup>。

<sup>31</sup> 信春鷹，關於中華人民共和國勞動爭議調解仲裁法草案的說明，全國人大常委會公報，2008 年第 1 號，第 24 頁。

『中華人民共和國勞動爭議調解仲裁法』<sup>32</sup>此部法律進一步從程序為勞動者指明如何維護合法權利，下列修訂相對此前『企業勞動爭議處理條例』變更較大：

1、勞動爭議申請仲裁的時效期間為一年。仲裁時效期間從當事人知道或者應當知道其權利被侵害之日起計算。勞動關係存續期間因拖欠勞動報酬發生爭議的，勞動者申請仲裁不受前述規定的仲裁時效期間的限制；但是，勞動關係終止的，應當自勞動關係終止之日起一年內提出。

2、發生勞動爭議，當事人對自己提出的主張，有責任提供證據。與爭議事項有關的證據屬於用人單位掌握管理的，用人單位應當提供；用人單位不提供的，應當承擔不利後果。勞動者無法提供由用人單位掌握管理的與仲裁請求有關的證據，仲裁庭可以要求用人單位在指定期限內提供。用人單位在指定期限內不提供的，應當承擔不利後果。

3、因（一）追索勞動報酬、工傷醫療費、經濟補償或者賠償金，不超過當地月最低工資標準十二個月金額的爭議；（二）因執行國家的勞動標準在工作時間、休息休假、社會保險等方面發生的爭議，仲裁裁決為終局裁決，裁決書自作出之日起發生法律效力：

4、勞動爭議仲裁不收費。勞動爭議仲裁委員會的經費由財政予以保障。

### 2.1.3 中國官方文件與當地學術報告

『勞動合同法』公佈後，全國人大法制工作委員多次對該法律進行解釋，其中尤以中國全國人大常務委員信春鷹的解釋頗為權威且全面，畢竟其為主要的立法起草者。同時各地學者、律師、司法機關皆有各自的觀點和見解，其中學者領域以代表「京派」之中國人民大學教授常凱(媒體稱為勞方代表)和代表「滬派」之華東政法學院教授董保華

<sup>32</sup> 2007年12月29日經第十屆全國人民代表大會常務委員會第31次會議通過，自2008年5月1日起施行。

(媒體稱為資方代表)之爭，尤為引人關注。無論是主管機關的解釋還是專家學者的觀點，可以預期的是，此部法律公佈後的諸多爭論焦點都已隨著勞動合同法實施細則的公佈，隨之暫時塵埃落定。例如：常凱認為，『勞動合同法』實際上是『勞動法』的具體化。它的直接動因是勞動合同制度實施得並不理想，針對沒合同、合同短期化、合同不規範、合同不落實等基本狀況。常凱認為，『勞動合同法』立法更深層次的原因是，目前中國勞動關係市場化程度已經相當高，從 1995 年至今，中國經濟結構已經有很大變化，產權結構中私產已經佔據相當大的地位，經營權也已市場化，中國由此形成了由所有權和經營權聯合起來的利益主體和集團，他們共同面對勞動者。在此情況下，勞資矛盾已經成為中國市場經濟中主要的矛盾。同時，現實中勞動者的權利卻一直被忽視。舊體制不復存在，新體制下的權利沒有建立，這種權利真空會導致激進行為，導致付出高昂的社會成本。『勞動合同法』要解決這個問題，要從形式平等達至實質平等，公權介入是一大特點。常凱對媒體表示，在此情況下，『勞動合同法』力推無固定期限合同，以達到有利於保證勞動者的穩定感並進而促進企業勞動關係和諧。而無固定期限合同卻使得企業惴惴不安。而董保華認為，『勞動法』本身也是寬進嚴出的，現在的問題是有沒有必要在『勞動法』的基礎上再度收緊。勞動力市場就如同一個蓄水池，本來其具有流動性，有進水閥和出水閥。但是『勞動合同法』中關於無固定期限合同的規定，將出水閥門關閉了，只進不出就會使勞動力市場變成一潭死水<sup>33</sup>。

## 2.2 媒體報道與評論

### 2.2.1 中國當地新聞媒體，報紙之論述文章

勞動合同自向社會徵集意見後，歷次草案修訂都受到國內外媒體

---

33 《無固定期限勞動合同“被誤讀”》，參見勞動法律專家網，<http://www.sz12333.cn/>，2007 年

11 月 19 日。

的極大關注。人民日報、光明日報、法制日報、南方新聞、人民網、新浪網、FT中文網、紐約時報、倫敦時報等國內外主要媒體均為著部法律進行持續、大幅的追蹤評論及報道。

#### (一) 正方觀點

全國人大常委會委員信春鷹在2007年8月接受新華網的採訪時說：「應該說對於勞動權利的法律，在中國是比較完備的，一個重要的問題是實施的問題，如果我們看勞動法，勞動法實際上對於勞動標準，對於工人的保障、工人的權利寫得的是比較充分，問題在於它的實施不是那麼理想。勞動合同法實施以後，我們在督促政府依法履行職責，強化監督機制這個方面會做出努力，以保證我們制定的這部非常好的法律不至於落空。」

法制日報 (2007年08月21日版)：勞動合同法大大降低勞動者維權成本。

光明日報 (2007年08月版)：勞動合同法將加大企業負擔的說法是誤解，企業應在新法環境下規範用工，提升企業守法意識。

關於新法實施後，企業到底增加了多少成本？廣東省勞動保障部部長林景青在08年3月接受人民網的採訪時表示，「08年2月，經廣東省勞動保障部門初步調查顯示，守法企業基本沒有增加成本。而不守法企業中所增加的成本主要是社會保險成本，這些企業大約有30%~50%的員工沒有參加社保，經過測算，這些企業全部職工完全參加社會保險之後，所增加的成本不超過企業總成本的2%<sup>34</sup>」。

西方媒體迅速對中國『勞動合同法』立法做出反應，英國左翼媒體衛報在2006年6月發表文章，詳細介紹了中國勞動法律的立法過程，以及該過程中出現的各種爭論。美國紐約時報也對中國情況進行了長篇報導，並採訪了參與前期立法工作的學術界人士，提醒讀者注意中國出現的勞工權益受害問題。接著，西方各主要媒體都開始積極正面報導中國「勞動合同法」立法。美國紐約時報網站6月30日報

<sup>34</sup> <調研表明《勞動合同法》只是增加了違法企業成本>，參見新華網，[http://news.xinhuanet.com/legal/2008-05/04/content\\_8097685.htm](http://news.xinhuanet.com/legal/2008-05/04/content_8097685.htm)，2008年05月04日

導：「中國立法機構 29 日通過了一部影響廣泛的旨在加強對工人保護的新勞動法，這是對廣大農民工中出現的越來越多的不安定跡象作出的一個反應」。美國紐約時報和美聯社等主流媒體就此發表評論說，這部法律使中國進一步走向強調勞動合同的勞動法規。它賦予國有工會和代表勞動者的其他組織同用人單位談判的權力，這是 20 多年來中國勞工管理制度上意義最重大的改變。美聯社北京 2007 年 6 月 27 日電：數量充裕的廉價勞動力促進了中國經濟的飛速發展。但是，在喧鬧繁忙的工廠和日益增長的外資創造著一個個成功故事的同時，拖欠工資、強迫勞動和其他虐待行為引發的事件也造成了廣泛的不滿。中國即將通過一項勞動法案將為簽訂勞動合同、聘用臨時雇員和支付解聘費用定下標準。

## (二) 反方觀點

中國『勞動合同法草案』公佈，這一法律草案震動了美國商會的神經，就在『中華人民共和國勞動合同法律（草案）』公開徵求意見的最後一天，上海美國商會向全國人大提交了一份詳細的建議書，內容多達 42 頁，幾乎涉及勞動合同法所有的章節和條款，建議書所要最終表述的中心是：「該草案的規定不利於企業和員工建立和諧關係，對企業正常的經營管理機製造成了全面衝擊，並且有可能導致勞動合同短期化加劇，最終損害勞動者利益。建議草案應當以『中華人民共和國勞動法』為基礎，依照社會生活實際，對有關問題予以細化規定<sup>35</sup>。」

紐約時報報導：「美國國際商業委員會勞動與共同責任副主席 Adam B. Greene 針對勞動合同法草案談了些意見：'勞動合同法草案只在意提高勞動標準，但令我們感到十分擔心的是像結社自由這種最基本的權利在現行中國勞動法裡沒有，在新的草案當中還是沒有。中國勞動法執行情況令人堪憂，因此亟待嚴格執行'。而如果目標一旦認定加上法

<sup>35</sup>董保華,美國商會與勞聯產聯合的博弈,, 參見法律博客網,  
[http://blog.sina.com.cn/s/reader\\_4fab7fbf010081f7.html](http://blog.sina.com.cn/s/reader_4fab7fbf010081f7.html) 2008 年 1 月 20 日

律的存在，依照推測，外國公司難逃被套牢的命運<sup>36</sup>。」

華爾街日報：「美工會組織希望通過中國全總謀發展的一篇文章談到：面對全球化挑戰決定作出新姿態的美國工會組織計畫加強與中國同行的合作，他們希望中國員工的薪資水準和工作條件能得到改善，並以此緩解美國工人面臨的競爭壓力<sup>37</sup>。」

## 2.2.2 台灣之新聞媒體及報紙論述報道

### (一) 正方觀點

台灣各主要媒體對『勞動合同法』的關注減少絲毫不弱於大陸及海外媒體。聯合理財網報道：「談到『勞動合同法』，中國信託商銀授信長鄭泰克說，「這個影響可大了」，永豐金旗下永豐證券亞洲董事總經理張立荃也有相同的感受，勞動合同法對第一代到大陸投資的傳統以低成本勞動力為基礎的企業影響甚劇。」，中央日報報道：「『勞動合同法』對於大陸台商的衝擊，可以分為兩個層面。長期遊走法律、法規邊緣，靠著代工賺取微薄利潤的台商，勞動合同法實施是「生與死」的考驗；即便是向來依法經營的台商，勞動合同法的實施也象徵大陸的勞工政策，自此將走向偏袒勞工的社會主義道路，成本的增加、經營困難的提高已無可迴避。」不論在那裡，每年原本就會有一些企業因各種因素無法經營下去，但如果企業完全因『勞動合同法』就經營不下去，代表這家企業原來的經營就不正常，極可能是靠著鑽法律漏洞圖生存。

天下雜誌報導：「新法案彰顯中國領導者的長期目標——讓企業減少依賴廉價勞力，轉而生產較高級的商品。但中國政府仍會優先增加工作機會和維持社會穩定，政府可能會提出一系列的施行準則減緩新法的衝擊，或是給予地方官員更多的詮釋權，依據各地情況實施新法<sup>38</sup>。」

<sup>36</sup>董保華,美國商會與勞聯產聯合的博弈,, 參見法律博客網

[http://blog.sina.com.cn/s/reader\\_4fab7fbf010081f7.html](http://blog.sina.com.cn/s/reader_4fab7fbf010081f7.html) 2008年1月20日 引自中國勞動法 載紐約時報 2006年10月19日

<sup>37</sup> <工會一個值得關注的問題>, 參見中國人力資源網, <http://www.chinahrd.net>, 07/05/25.

<sup>38</sup> 經濟學人EIU, 參見天下雜誌 390期 2008年2月刊, <http://www.cw.com.tw/article/index.jsp?id=33901>。

## (二) 反方觀點

1、海峽兩岸商務協調會常務委員張聰德表示，新版勞動合同法實施之後，台資企業對員工的社會保險金申報以及加班費等都無法回避，對加班較為普遍的台資企業來說，經營成本將大大增加。張聰德稱，以一年的成本計算，台商的經營成本會增加 8% 左右<sup>39</sup>。

2、『勞動合同法』促使台商勞資成本增加，新稅制又將企所稅統一為 25%，過去台商享有的稅收優惠不再，匯出大陸的獲利還要再課征 10% 的所得稅，大幅增加台商的稅賦支出，生產成本提升；在這種情形下，台商獲利可能因此而減少 8-20%，毛利低的產業無疑將成首要衝擊目標，如 NB、IT 硬體和零元件廠，獲利衝擊都在兩位數之上，零售業和食品業者也將跟著受害<sup>40</sup>。

3、除媒體關注外，在大陸設廠的台商紛紛採取行動，如修訂企業規章制度，清查勞動合同簽定情況等等。其中製造業領航企業富士康帶頭遵守勞動合同法對台企產生積極的示範作用（與數萬名已連續工作八年以上的員工簽訂無固定期限勞動合同，比『勞動合同法』規定，十年以上員工才有機會享有此權利來得更寬鬆）。郭台銘表示，雖然新『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。臺灣工業總會副秘書長蔡宏明受訪時表示，『勞動合同法』，讓台資企業憂心忡忡，不過富士康處理得很好，「依照規定，一般服務滿十年以上的員工可以同企業簽訂無固定期限勞動合同，富士康卻把門檻降低到八年，算是挺夠意思的。」針對富士康決定與數萬名員工簽訂無固定限期勞動合同，臺灣同胞投資企業聯誼會(台企聯)會長張漢文對此表示，由於每個台商企業的員工人數、設廠時間長短都不同，對『勞動合同法』的因應處理方式自然不同，但都會用「智慧」

39 新勞動合同法衝擊大陸台企，參見聯合早報，[http://tw.money.yahoo.com/news\\_article/adbf/d\\_a\\_080115\\_2\\_s4x2](http://tw.money.yahoo.com/news_article/adbf/d_a_080115_2_s4x2)，2008 年 01 月 16 日。

40 魏萌，T--台企聯通訊，參見中國台灣網，[http://www.chinataiwan.org/tsfwzx/web/200802/t20080218\\_588462.html](http://www.chinataiwan.org/tsfwzx/web/200802/t20080218_588462.html)，2008 年 2 月 18 日。

去處理。

### 第三章 中國『勞動合同法』演進適用與分析

中國『勞動合同法』第一條規定：「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」。由此表明了制定『勞動合同法』的意義和宗旨。訂立勞務合同法應以以下三點為原則：一、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；二、保護勞動者的合法權益；三、構建和發展和諧穩定的勞動關係。

#### 3.1. 中國勞動合同法之起源與演進、時程

##### 3.1.1 中國勞動合同法之起源

20世紀90年代中國開始了市場經濟的進程，為適應市場經濟的發展，1994年7月4日『中華人民共和國勞動法』頒布，該法於1995年1月1日施行。這部『勞動法』是中國建國以來第一部調整勞動關係，保護勞動者合法權益的法律。自實施以來，它在保護勞動者合法權益、協調勞動關係，促進經濟發展方面發揮了重要作用。

在勞動法施行10多年來，中國勞動用工制度發生了巨大變革，勞動力市場機制得以建立，在全社會範圍內逐漸形成了競爭機制、風險機制和能進能出的機制，使勞動力資源的效率配置成為可能，勞動者的勞動權也日益受到重視。勞動法的實施、勞動制度的改革，不僅使勞動者的權益得到法律保護，使企業的效益有了提高，也提高了中國經濟發展速度，人民物質生活水準明顯提高。但也不能不看到，10多年來中國政治、經濟發展迅速，制定於1994年的『勞動法』日益顯現其缺陷而不符合於社會現況需求。其缺陷主要有：

1. 適用範圍窄，影響勞動法作用的發揮。『勞動法』制定時，既為了

保護勞動者的合法權益，同時也是為了對企業用工制度進行改革，因而側重於企業勞動關係的調整。而對事業單位、社會團體及其他用工形式的勞動者不完全適用，甚至不適用，造成適用範圍較窄，不能使所有勞動者都一律平等地能獲得勞動法的保護，這已成為影響勞動法權威性和發揮保護勞動者合法權益作用的瓶頸。

2. 勞動關係法律規範複雜化。隨著中國經濟的發展，靈活用工形式增多，用工主體多樣化，用工形式多樣化，如勞務派遣用工、非全時用工、承包工、包工頭、民辦非企業單位用工等。這些新的用工形式在勞動法中沒有規範或規範較少，出現法律的真空。缺乏規範制的結果就是權利維護的缺失。
3. 勞動合同短期化現象普遍，影響勞動者職業穩定權和企業、國家的長遠發展。用人單位出於用工成本低廉的考慮，普遍與勞動者簽訂短期勞動合同，使勞動者缺乏職業安全感，影響構建和諧穩定的勞動關係，同時由於勞動者缺乏職業安全感，對企業沒有歸屬感，對企業的忠誠度低，員工流動率過高，企業長遠發展需要穩定的訓練有素的員工隊伍，短期用工的結果也會影響企業長遠發展，同時也不利於經濟發展。
4. 勞動關係法制化落實難。由於勞動法對法律責任追究規定不完善，致使法律明文規定的勞動者的權益不能得到及時有效地保護。據抽樣調查統計，中國勞動合同平均簽訂率並不高，特別是建築業、餐飲服務業的簽訂率只有 40% 左右。農民工勞動合同簽訂率在 30% 左右，中小型非公有制企業簽訂率不到 20%。勞動法明文規定勞動合同應採取書面形式，但並未規定不以書面形式簽訂勞動合同將承擔什麼法律責任，因此，這一規定雖已實施了 10 多年，但有些用人單位仍然無視法律不與勞動者簽訂書面勞動合同，致使勞動者維護權益時想要證明與企業之間存在勞動關係困難，國家勞動監察機構行使監察權也無法律依據。
5. 勞動力成本持續探低，對國家經濟總體發展不利。企業在市場經

濟中是追逐利潤最大化的經濟組織，人力資源的對策主要就是如何降低勞動成本，同時也由於勞動立法規範不夠或規範空缺等因素，使企業在用工時更多傾向於低勞動成本，如：工資標準長期得不到提升，勞務派遣工與非勞務派遣工的不同工同酬，非全日制工的低工資，「試用期」成「白用期」，廉價使用勞動力，拖欠工資嚴重等。改革開放以來，中國工資總額占GDP的比例呈現走低趨勢，1978年為16.1%，1990年為15.8%，2000年為10.7%，2005年為10.9%，而市場經濟成熟國家，勞動者的工資總額占GDP的比重普遍都在54%~65%之間，如美國為58%。即使像印度這樣的不發達國家，勞工工資也比中國高。印度人均GDP只有中國的一半，但是其製造業工人的全部報酬卻是中國的2.5倍<sup>41</sup>。勞動力成本持續探低，會造成用人單位將低勞動力成本作為取得競爭優勢的「法寶」，而忽視以科學管理、技術更新提高企業競爭優勢的積極作用，長此下去不利於科學技術的自主創新，影響科學技術水準的提升。而勞動力成本的探低，社會保障制度的不健全，勞動者職業安全感的喪失，會動搖其消費欲望，抑制其消費水準和消費能力，影響消費市場的擴張，乃至國民經濟的發展<sup>42</sup>。

6. 勞動者的選擇職業自主權受到極大限制。選擇職業自主權，是指勞動者依照勞動法規定，有自主選擇職業和工種的權利。『中華人民共和國勞動法』第31條規定：「勞動者解除勞動合同，應當提前30日以書面形式通知用人單位。」依照這一規定，勞動者單方解除勞動合同時，只需要履行提前30天書面通知義務，30天期滿，該解除就可以發生法律效力。而有的用人單位為了防止員工「跳槽」，約定違反勞動合同的期限即視為違約，即只要勞動者在勞動合同期限內提出解除勞動合同，即視為違約，設立高額違

<sup>41</sup>高明華，《優先保護勞動者權益是正確選擇》，參見 新京報，<http://comment.thebeijingnews.com/0736/2006/12-28/011@062909.htm>，2006-12-28。

<sup>42</sup>金英傑，《勞動合同法》的立法背景與立法趨勢，參見中國勞動和社會保障網，<http://www.cnlsslw.com/list.asp?Unid=3017>，2007年7月14日。

約金，以此限制勞動者自主選擇職業權的行使。

法律是反映社會現實的，是社會關係的調整器，『勞動法』實施過程中日益顯現的嚴重滯後於現實需要的缺陷，就有必要立法予以調整。同時，法律的調整與政府的執政理念也有關係。<sup>43</sup>中國改革開放已有30年，在改革開放之初，為使國民經濟迅速發展，提出「效率優先、兼顧公平」的發展原則，這一原則的實施，對推動國民經濟的發展起了極大作用，中國國民生產總值連年上升，國力迅速增強，但發展中效率優先的結果，有失公平，犧牲了一部分人的利益，尤其是國有企業改制中的老職工的利益。在勞動領域，在追求勞動力效率配置的同時，忽視了公平性。

2006年10月召開的中國共產黨第16屆六中全會上通過了「中共中央關於構建社會主義和諧社會若干重大問題的決定」，明確闡述了構建社會主義和諧社會的指導思想、目標任務和原則，也確定了本屆政府的執政理念之一是構建「和諧社會」。而在構建和諧社會的活動中，必須把構建「和諧勞動關係」放在首位，因為勞動關係是市場經濟條件下最廣泛、最基本的社會關係，也是最重要的社會關係，勞動關係和諧穩定直接關係著整個社會的和諧穩定，關係著勞動者能否獲得權利的充分保護，企業能否獲得良好的發展空間，國家能否獲得可持續性發展。在建立社會主義市場經濟體制過程中，勞動合同法是中國建立和維護勞動關係協調機制的基礎性勞動法律規範。

中國的國情也決定了有必要制定『勞動合同法』。中國的基本國情是就業市場嚴峻，勞動力市場供大於求的狀況始終存在，用人單位相對於勞動者無論是在經濟上、組織上、就業市場上、資源的配置上都處於強勢地位。「強資本、弱勞工」現象在勞動關係領域普遍存在，在勞動領域發生的一系列問題，如：農民工工資被大量拖欠，黑煤窯奴役勞工，血汗工廠...等屢禁不絕，用人單位拖欠巨額社會保險費，

<sup>43</sup>金英傑，《勞動合同法》的立法背景與立法趨勢，參見《民商法週刊》，<http://www.fatianxia.com/civillaw/list.asp?id=27573>，2007年7月14日。

勞動爭議案件連年遞增等，勞動關係領域的不和諧、不穩定現象，既損及勞動者權益，給中國經濟發展帶來障礙，也帶來嚴重的政治問題，勞動風險有可能演化為社會風險，甚而政治風險，會引發社會動盪。在有關國家「中國威脅論」甚囂塵上之際，勞動領域的問題也影響中國的國際形象，給中國政府做負責任的大國的承諾帶來負面影響。可見，勞工權益的維護不僅是經濟問題，更重要的是政治問題。中國工會的力量尚有限，尤其是基層工會組織，一般難於取得與用人單位平等的地位，集體合同、集體協商制度尚未完善，因此利用團體力量解決勞動條件、勞動標準的合理、公平問題還尚有一定難度，對勞動關係的調整更多地需要依靠國家立法。這也反映了中國勞動立法的特色，即側重於個別勞動關係的調整。

另外，從全球角度看，經濟全球化的發展，使中國經濟與世界經濟順利接軌，取得了前所未有的發展機遇，尤其是製造業發展迅速，在國際市場上佔有一定的競爭優勢。產品價格包含勞動力的價格，中國豐富的、低廉的勞動力成本成為在國際市場上取得競爭優勢的因素之一。但中國競爭力的維持與提高是否可以長久、持續地依靠低廉的勞動力成本，顯然不是長久之計。在國際貿易競爭十分激烈的今天，不少發達國家出於對本國市場、就業的保護，以各種藉口設置貿易壁壘，擠壓中國產品的出口空間，例如「反傾銷」，發達國家以低於市場價格傾銷為名，對中國出口產品徵收高額反傾銷稅。依照世貿組織統計，1995年至2004年間，中國始終是全世界遙遙領先的反傾銷頭號目標國；據中國商務部統計，1979年至2004年5月底，已有34個國家和地區發起了637起涉及中國出口產品的反傾銷、反補貼、保障措施及特保調查，其中反傾銷調查573起，反補貼2起，保障措施調查51起，特保調查11起，涉及商品4000多種。還有些國家設置「綠色標準」、「勞工標準」、「技術標準」、「動植物衛生檢驗檢疫措施」、「知識產權保護」等各種形式的貿易壁壘，限制中國產品的輸出，使中國依靠低廉的勞動力成本進行國際競爭越來越困難。在激烈的國際貿易競爭中，中國要想獲取市場，一方面適時堅持低勞動力成本的

優勢，另一方面也必須適時調整，多方位發展，不能總是處於全球產業鏈的末端，要提高自有技術的含量，這屆政府也提出了自主創新的發展口號。而產業提升、產業機構調整，提高技術研發水準，乃至提高一國的科學技術水準，都必須在人力資源上投資。

制定『勞動合同法』，是中國調整勞動關係，建立和發展和諧社會的必然作法，同樣也是中國政治、經濟發展的必然過程。勞工權益維護，社會和諧發展，提升科學技術水準，社會進步和文明的要求，都催促中國要加強勞動立法，儘早制定『勞動合同法』。

### 3.1.2. 中國勞動合同法之演進及時程

中國從 1980 年開始，一些地方開始試行勞動合同制。1983 年 2 月，勞動人事部發出「關於積極試行勞動合同制的通知」，提出今後無論全民所有制單位還是縣、區以上集體所有制單位，在招收普通工種或技術工種的工人的時候，用工單位與被招用人員都要訂立具有法律效力的勞動合同，規定雙方當事人的權利與義務。1986 年 7 月 12 日國務院頒布『國營企業實行勞動合同制暫行規定』，規定從 1986 年 10 月 1 日起，企業在國家勞動工資計畫指標內招用常年性工作崗位上的工人，除國家另有特別規定者外，統一實行勞動合同制；國家機關、事業單位和社會團體在常年性崗位上招用的工人，應當比照該規定執行；按照國家政策實行統一分配的人員，如國家統一分配的大中專畢業生、由國家統一安置的復員轉業軍人等均不實行勞動合同制，在該『暫行規定』實施以前招用的固定工人，仍然維持固定工制度。集體所有制企業招用的工人，個體勞動者招用的幫工、帶的學徒、私營企業招用的雇員以及外商投資企業招用的職員、雇員，不適用該暫行規定中勞動合同制。但是在『暫行規定』實施以後，一些省、自治區、直轄市人民政府相繼規定，城鎮集體所有制單位新招工人，也參照國務院發布的上述規定實行了勞動合同制。

到『勞動法』制定時，中國勞動合同制職工約有 3500 多萬人。『勞動法』總結了實行勞動合同制的實務經驗，借鑒市場經濟國家

的做法，在第 16 條中明確規定「建立勞動關係應當訂立勞動合同。」它表明勞動者與用人單位雙方建立勞動關係必須訂立勞動合同，否則就構成違法；雙方存在的事實勞動關係不具有法律效力，不受法律保護。

在 11 年後的今天，起草制定『勞動合同法』主要有兩方面的原因。一方面是在這 11 年中，勞動關係出現了許多新的形式，比如靈活就業的形式。中國靈活就業的規模占到城鎮就業人口的 20% 到 41% 之間。靈活就業者在勞動報酬、勞動保護、勞動時間、勞動強度以及勞動者應有的福利及社會保險方面，都更容易受到損害。在勞動關係上表現為沒有簽訂、或者是簽訂極短期的勞動合同。由於單位不正規，缺乏社會保障，導致工作不穩定，工作時間長，工資低。制定『勞動合同法』以保障靈活就業者的合法權益已成為當務之急。另一方面，11 年多的實務證明『勞動法』中有關勞動合同的一些條款已經難於適用，如勞動合同到期終止用人單位不承擔經濟補償的規定；一些條款的實施效果甚至適得其反，如年滿 10 年應當訂立無固定期限的規定；一些條款需要限定適用條件和期限，如勞動合同試用期約定的規定。『勞動合同法』需要對『勞動法』中勞動合同的內容進行更為具體和詳盡的規定，其規定與『勞動法』相比也應當有改進、有變更、也有進步，從而能為司法實務提供更加充分有效和更加具體的法律依據。

正是在這樣的背景下，勞動和社會保障部起草了『勞動合同法(草案送審稿)』，於 2005 年 1 月報請國務院審議。國務院法制辦公室會同勞動和社會保障部、中華全國總工會經過廣泛徵求意見，並修改形成了『中華人民共和國勞動合同法(草案)』(以下簡稱『草案』)。

2005 年 10 月 28 日國務院第 110 次常務會議討論通過後報送全國人大常委會。2005 年 12 月 24 日第十屆人大常委會第 19 次會議對『草案』進行了第一次審議。

2006 年 3 月 20 日全國人大常委會向全國公佈『勞動合同法』第一次審議稿後，收到 19 多萬條意見(其中 60% 是勞動者的意見)，而同

期的『中華人民共和國物權法』收到意見只有 1 萬多條；還沒有一部法律立法過程是如此審慎，歷經第 10 屆全國人大法律委員會四次審議；還沒有一部法律像勞動合同立法那樣參與者如此之眾多，立法進程中，立法部門多方聽取意見，勞動者、企業、商會、專家學者、全國總工會、政府等有關部門均廣泛參與。

『勞動合同法』早就被列入中國十屆全國人大常委會立法規劃。2005 年 1 月勞動和保障部將『中華人民共和國勞動合同法（草案送審稿）』報請國務院審議。2005 年 10 月 28 日國務院 110 次常務會議討論通過。2005 年 11 月 26 日，勞動合同法草案首次提請 10 屆全國人大常委會第 19 次會議審議。草案共分 7 章 65 條，分別為總則、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、監督檢查、法律責任、附則。2006 年 3 月 20 日全國人大常委會向全國公佈草案，廣泛徵求社會各界意見。

2006 年 12 月 11 日全國人大常委法律委員會對修訂後的『勞動合同法（草案）』審議進行第二次審議。2006 年 12 月 24 日修改後的第二稿通過。2007 年 4 月 24 日全國人大法律委員會通過三審稿，三審稿共分 8 章 98 條，增加了第 5 章特別規定，規定了集體合同、勞務派遣合同和非全日制用工。2007 年 6 月 24 日全國人大常委會法律委員會第四次審議『勞動合同法（草案）』。2007 年 6 月 29 日全國人大常委會第 28 次會議表決通過，『勞動合同法』於 2008 年 1 月 1 日生效。至此，『勞動合同法』的立法過程告一段落。

立法的過程本身就是一個博弈的過程，立法中的爭論，不同觀點的碰撞，各方利益訴求都充分表現在勞動合同立法上。勞動合同法從立法之初，始終就在爭論不休，應該不應該提高勞動標準，勞動標準是高了還是低了，勞動合同法是「雪中送炭」，還是「錦上添花」，對勞動者是否要傾斜保護，還是勞動者、用人單位利益的平等保護，一方面順應社會進步文明的呼籲加強對勞動者的保護，另一方面，對勞動力保護會不會影響企業競爭力，會不會削弱競爭，甚而會不會影響投資環境，如何有效地尋求勞動者、用人單位、國家利益的平衡，成

為立法爭論焦點。當塵埃落定之時，對這些問題的爭論仍然沒有停止。而對立法背景的追尋，有助於我們理解、認識勞動合同法，更好地運用勞動法。尤其是外商投資企業的當事人。

### 3.2 新舊勞動合同法主要差異條文比較分析

#### 3.2.1 主要的差異條文比較分析

一、用人單位元規章制度需要經過法定程式，並向勞動者公示。

法定程式：用人單位在制定、修改或者決定有關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，並公示或告知勞動者。在 2008 年 1 月 1 日之前，許多企業的做法是，人力資源部門主導指定規章制度後，再製做成員工手冊並對員工人手一冊。在 2008 年 1 月 1 日之後，這種做法無疑是違反法定的民主程序的，進而可被認定為無效的<sup>44</sup>。



二、關於試用期的規定。

- 1、同一用人單位與同一勞動者只能約定一次試用期。
- 2、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。
- 3、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<sup>45</sup>。

三、勞動合同分三種，鼓勵用人單位簽訂無固定期勞動合同。

勞動合同分為固定期限勞動合同、無固定期限勞動合同和以完成一定工作任務為期限的勞動合同。

列舉了三種應當簽訂無固定期限勞動合同的情形，新增加了對於連續

<sup>44</sup> 引注勞動合同法 第 4 條

<sup>45</sup> 引注勞動合同法 第 4 條

訂立二次固定期限勞動合同，勞動者提出續訂勞動合同的情形。因此，當勞動者提出要求簽訂無固定期勞動合同時，用人單位必須同意，除非存在法定事由。

特別注意點：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<sup>46</sup>。

#### 四、關於勞動合同的解除

##### 1、增加了勞動者解除勞動合同的法定情形；

與原『勞動法』及『條例』相比，新法第 38 條新增加了勞動者解除合同的法定情形，在用人單位未及時足額支付勞動報酬的或者未依法為勞動者繳納社會保險費，或者用人單位以暴力、威脅或者非法限制人身自由的手段強迫勞動者勞動的，或者用人單位違章指揮、強令冒險作業危及勞動者人身安全的，雖然是勞動者提出解除勞動合同，用人單位同樣需要支付經濟補償金。

##### 2、增加了用人單位法定解除勞動合同的情形；

與原『勞動法』及『條例』相比，新法第 39 條新增加了用人單位解除勞動合同的法定情形：

(1) 如果勞動者同時與其他用人單位建立勞動關係，對完成本單位的工作任務造成嚴重影響，或者經用人單位提出，拒不改正的；

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

##### 3、用人單位進行生產性裁員的注意點；

(1) 裁員程序：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。

(2) 用人單位在進行生產性裁員時，應當優先留用下列人員：

---

<sup>46</sup> 引注勞動合同法第 12, 13, 14, 15 條

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

4、增加了非法定原因不得解除勞動合同的情形；

與原『勞動法』及『條例』相比，新法第 42 條新增了下列情形，用人單位不得與勞動者解除勞動合同：

(1) 從事接觸職業病危害作業的勞動者未進行離職前職業健康檢查，或者疑似職業病病人在診斷或者醫學觀察期間的；

(2) 在本單位連續工作滿十五年，且距法定退休年齡不足五年的；

5、新增解除勞動合同的程式：用人單位單方解除勞動合同，應當事先將理由通知工會。用人單位違反法律、行政法規規定或者勞動合同約定的，工會有權要求用人單位糾正。用人單位應當研究工會的意見，並將處理結果書面通知工會。

五、經濟補償金的適用範圍擴大。

1、除了勞動者因自身原因而提出辭職，或者用人單位依照新法第 39 條規定的用人單位解除勞動合同的 6 種法定情形解除勞動合同不需要支付經濟補償金之外，所有因用人單位單方解除、雙方協商一致解除、勞動合同到期終止不再續簽等情況，用人單位均需要向勞動者支付經濟補償金。

2、經濟補償金的上限：勞動者月工資高於用人單位所在直轄市、設區的市級人民政府公佈的本地區上年度職工月平均工資三倍的，向其支付經濟補償的標準按職工月平均工資三倍的數額支付，向其支付經濟補償的年限最高不超過十二年。

3、注意依照新法 97 條的規定：2008 年 1 月 1 日起，因固定期限勞動合同到期終止的，用人單位應支付經濟補償金，但補償金計算所需的工作年限起算日期為 2008 年 1 月 1 日。因用人單位提前解除勞動合同的，經濟補償金的計算不受影響。

## 六、關於集體合同的操作

新法第 51，54 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。

集體合同訂立後，應當報送勞動行政部門；勞動行政部門自收到集體合同文本之日起十五日內未提出異議的，集體合同即行生效。

七、設立「賠償金」的相關規定，大幅增加用人單位的違法成本。新法 87 條，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。

新法第 48 條，用人單位違反本法規定解除或者終止勞動合同，勞動者要求繼續履行勞動合同的，用人單位應當繼續履行；勞動者不要求繼續履行勞動合同或者勞動合同已經不能繼續履行的，用人單位應當依照本法第八十七條規定支付賠償金。

新法第 87 條，用人單位有下列情形之一的，由勞動行政部門責令限期支付勞動報酬、加班費或者經濟補償；勞動報酬低於當地最低工資標準的，應當支付其差額部分；逾期不支付的，責令用人單位按應付金額百分之五十以上百分之一百以下的標準向勞動者加付賠償金：

1、未按照勞動合同的約定或者國家規定及時足額支付勞動者勞動報酬的；2、低於當地最低工資標準支付勞動者工資的；3、安排加班不支付加班費的；4、解除或者終止勞動合同，未依照本法規定向勞動者支付經濟補償的。

八、不按照法律規定簽訂勞動合同的，用人單位須按月向勞動者支付雙薪；

『勞動合同法』第 82 條 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。

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的工資。

上述有關固定期限勞動合同次數的起算，自 2008 年 1 月 1 日起算。

九、新法加重用人單位的違法成本的其他四種情形。

1、用人單位未將勞動合同文本交付勞動者的情形被納入到行政處罰範圍，並輔之賠償責任。

新法第 81 條 用人單位提供的勞動合同文本未載明本法規定的勞動合同必備條款或者用人單位未將勞動合同文本交付勞動者的，由勞動行政部門責令改正；給勞動者造成損害的，應當承擔賠償責任。

2、明確用人單位強迫勞動等四類情形

『勞動合同法』（第三十八條）規定，用人單位有以下四類情形，將依法給予行政處罰；構成犯罪的，依法追究刑事責任；給勞動者造成損害的，應當承擔賠償責任。包括：以暴力、威脅或者非法限制人身自由的手段強迫勞動的；違章指揮或者強令冒險作業危及勞動者人身安全的；侮辱、體罰、毆打、非法搜查或者拘禁勞動者的；勞動條件惡劣、環境污染嚴重，給勞動者身心健康造成嚴重損害的。

3、用人單位扣押勞動者居民身份證等證件將受處罰

用人單位違反本法規定，以擔保或者其他名義向勞動者收取財物的，由勞動行政部門責令限期退還勞動者本人，並以每人五百元以上二千元以下的標準處以罰款；給勞動者造成損害的，應當承擔賠償責任。勞動者依法解除或者終止勞動合同，用人單位扣押勞動者檔案或者其他物品的，依照前款規定處罰。

4、用人單位未在限期內為勞動者辦理檔案或社保轉移的，應負賠償責任；

用人單位應當在解除或者終止勞動合同時，出具解除或終止證明，並在 15 日內未勞動者辦理檔案和社保轉移，否則應承擔賠償責任。

個案討論

十、對勞動行政部門法定職責作了嚴格規定，勞動主管機關對企業用

工的監管力度必將加大。

全國人大法律委員會主任委員楊景宇對勞動行政部門在『勞動合同法下』的職責作如下解讀：

勞動行政部門對勞動合同制度實施負有監督管理的職責。在現實生活中，一方面，在勞動力供大於求、就業形勢嚴峻的形勢下，勞動行政部門任務很重，工作壓力、工作難度很大。另一方面，勞動行政部門不作為和亂作為的情況也時有發生。

監督檢查的責任。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監督檢查：皆涉及勞動者切身利益的規章制度及其執行的情況；訂立和解除勞動合同的情況；勞務派遣單位和用工單位遵守勞務派遣有關規定的情況；遵守國家關於勞動者工作時間和休息休假規定的情況；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；參加各項社會保險和繳納社會保險費的情況；法律、法規規定的其他勞動監察事項。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如實提供有關情況和材料。

不履行法定職責和違法行使職權的法律責任。當前勞動領域中存在的問題，有些是與主管部門不履行法定職責有關係的。比如，有些企業拖欠工人工資，有些企業不給工人交納社會保險等費用，當地的勞動行政部門與企業，事實很清楚，卻不採取任何行動。這裡需要特別說明的是，在當前勞動用工領域侵犯勞動者合法權益甚至違法犯罪的主體中，有些並不具有合法的用人單位資格。勞動行政部門對這些非法用人單位在勞動關係中的違法犯罪行為要不要管？當然要管。『勞動合同法』第 93 條專門就不具備合法經營資格的用人單位的違法犯罪行為作了規定。

有些地方，在勞動監察活動中也還存在違法行使職權的問題。勞動合同法規定：勞動行政部門和其他有關主管部門及其工作人員怠忽職守、不履行法定職責，給勞動者或者用人單位造成損害的應當承擔賠

償責任；對直接負責的主管人員和其他直接責任人員，依法給予行政處分；構成犯罪的，依法追究刑事責任。

### 3.2.2 個案探討

#### （一）解除合同需依法進行

中國法院網訊 08 年 4 月 14 日，江蘇省宿遷市中級人民法院作出終審判決，認定沭陽縣青伊湖鎮某衛生院以口頭形式解除與穆東（化名）勞動合同無效，撤銷一審法院判決。

2007 年 3 月 6 日，沭陽縣青伊湖鎮農民穆東，男，43 歲，經人推薦到青伊湖鎮某衛生院工作，負責兒童保健，月工資 600 元左右，但未簽訂書面的勞動合同。穆東在衛生院工作期間，感到節假日、休息日加班工資太低，衛生院在安排學習、培訓及工資調升等方面有歧視，常因此與衛生院領導發生矛盾。2007 年 8 月 27 日，衛生院將穆東辭退，穆東當日結清工資等離開衛生院。同年 9 月中旬，穆東向勞動仲裁部門申請仲裁，要求恢復勞動關係，如果不能恢復，則要求衛生院按法律規定支付經濟補償金。仲裁機構對此事不予受理。同年 10 月 25 日，穆東以相同要求向沭陽縣人民法院提起民事訴訟。

被告青伊湖鎮某衛生院辯稱，原告穆東拒絕領取 2007 年 8 月工資，妨礙被告衛生院開早會，且被告衛生院未與原告簽訂勞動合同，不同意原告的訴訟請求。

沭陽法院一審後認為，原告向被告提供勞務並接受其管理、指揮與監督，被告向原告支付勞動報酬，雙方形成事實勞動關係。被告于 2007 年 8 月 27 日將原告辭退，原告當日結清工資離開衛生院，雙方的事實勞動關係實際已終止。原、被告之間應當訂立書面勞動合同而未訂立，若用人單位繼續使用該勞動者的，應當與勞動者協商訂立書面勞動合同。現原、被告雙方矛盾激化，被告表示不同意繼續聘用原告，雙方不能就建立合法的勞動關係協商一致，故對原告要求被告恢

復其勞動關係的訴訟請求，不予支援。但被告作為用人單位，其單方提出與原告終止勞動關係，應當按照勞動者在本單位的工作年限，發給勞動者經濟補償金。因調解不成，法院一審判決，駁回原告要求恢復勞動關係的訴訟請求。被告于判決生效後三日內支付原告經濟補償金 600 元。

一審判決後，穆東不服，向宿遷市中級法院上訴稱，用人單位解除勞動合同，應當提前 30 日書面通知勞動者，沭陽縣青伊湖鎮某衛生院僅是口頭通知上訴人，程序違法。請求補簽勞動合同，補交社會保險，補發 2007 年 9、10、11、12 月份的工資及克扣工資。

宿遷中院二審後認為，用人單位解除勞動合同應當提前 30 日以書面形式通知勞動者本人。本案中，穆東雖然沒有與沭陽縣青伊湖某衛生院簽訂書面勞動合同，但雙方當事人已經形成事實勞動關係，依法受法律保護。沭陽縣青伊湖鎮某衛生院僅以口頭形式通知穆東解除勞動合同，程式違法。鑒於沭陽縣青伊湖鎮某衛生院未作出書面解除勞動合同的決定，故應當認定沭陽縣青伊湖鎮某衛生院以口頭形式作出的解除勞動合同決定無效。

關於被上訴人是否應當補發上訴人 2007 年 9 月至 12 月的工資問題，因上訴人在一審中未提出該請求，屬於二審中提出新的訴訟請求，調解不成，本案不作處理，當事人可以另行解決。

關於穆東要求被上訴人為其補交社會保險金問題，不屬於人民法院民事案件的受案範圍。一審判決適用法律不當，依法應予改判。依據有關法律，宿遷中院終審判決，撤銷一審法院對此案的判決，沭陽縣青伊湖鎮某衛生院以口頭形式作出的解除與穆東勞動合同決定無效。

分析『勞動合同法』針對勞動者不能勝任工作等三種情形，第 40 條規定：「用人單位提前 30 日以書面形式通知勞動者本人或者額外支

付勞動者一個月工資後，可以解除勞動合同。」有工會的單位，用人單位如果單方面解除勞動合同，應當事先將理由通知工會。時下，有些用人單位往往仍然延用過去那種不與勞動者簽訂勞動合同、隨意侵犯勞動者利益，隨意解除勞動者，這顯然是違法的。伴隨『勞動合同法』的頒布及社會輿論的宣傳，勞動者的維權意識愈發增強，敢於拿起法律武器來及時維護自己的合法權益不受侵犯。用人單位要想避免類似糾紛發生，只有嚴格依照勞動合同法辦事。

## （二）新法頒布前的違法用工企業，紛紛疲於應對。

案情：據聯合早報2008年1月16日報道，從1月7日開始，臺灣公司AcBel的東莞工廠已經陷入癱瘓狀態。據瞭解，該廠5000工人正在罷工，其中的2000人連續幾天來一直在跟廠方進行交涉，其餘3000名工人則在職工宿舍等待消息。罷工開始後，該廠25條生產線全部停產。日立上海公司一位高管稱，這些工人罷工的直接原因，是由今年1月1日正式實施的新勞動合同法所引發的，一是因為工人的工資水準未達到當地的最低工資標準。二是新勞動合同法規定，每週加班時間不能超過36小時，但這些工人主要是靠加班費維持生活的，所以加班限制就直接影響了他們的收入。三是廠方沒有為工人辦理基本勞動保險，這也是不符合新勞動法的相關規定的。事實上，由於新勞動合同法引發的勞資糾紛問題，並不單單發生在AcBel一家。1月9日晚，AcBel的臺灣母公司在正式公告中就稱，這是目前在大陸的台資企業中，普遍存在的問題。據稱，東莞的其他台企也受到一定衝擊，但多數工廠的工人情緒較為平穩。

分析：

1. 『勞動合同法』的實施，無疑將增加企業違法用工的成本。企業是社會的細胞，而勞動者也需要與社會經濟取得同步發展，企業過多地利用勞動成本低下的「優勢」，其實反而會陷入一種劣勢。

2. 20 多年來，珠三角的台資企業很大一部分是服裝、鞋業等傳統的產業，其主要收入來源是收取加工費，企業的利潤主要靠廉價勞動力去賺取，加上當時的歷史背景下，當地政府為吸引外資往往不對其用工情況進行硬性監管。然而隨著大陸其他地區經濟的日趨繁榮發展，大陸勞動者選擇工作區域的範圍不斷擴大，之前僅僅依勞動力賺取利潤的台資企業即紛紛疲於應對。據廣東省政府的不完全統計，以廣東省東莞市為例，為緩解用工短缺，2005 年 3 月起，當地每月基本工資從人民幣 460 元調高到 570 元，漲幅超過 20%。但沒想到，僅因工資提高 100 元，當地就有數百家工廠關閉。從我個人角度來看，近兩年來，珠三角出現的「民工荒」和「招工難」現象，實際上反映出工人薪酬上漲誘發的「倒逼機制」。這不由得讓人們聯想台灣經濟發展的過程，由於勞動力短缺和工資大幅上漲，使勞動密集型加工出口工業逐漸喪失比較優勢，從而開始了產業升級和轉移，導致台灣企業要向東南亞，及大陸大規模轉移，其中一個重要原因是：大陸的工人成本只有台灣的 20%。台商在大陸開辦企業，依靠低工資來降低產品價格，以換取大額訂單，然而，企業一旦給工人加薪，企業競爭優勢就逐漸喪失。

3、反之，從華東（長江三角洲）地區而言，筆者認為『勞動合同』對台資企業的影響應不會過於強烈，理由為，

(1) 華東地區的台資企業多於 1990 年代陸續建立，集中在大型製業、電子業、資訊、物流等行業，企業規模往往較大，且依當地政府要求以較為規範的流程設立，往往自設立之初，即遵循當地政府的勞動政策，如執行最低工資制度、依法繳納社保、依法簽定勞動合同等，因此華東台資企業(外資企業)已十分明顯的優勢迅速吸引了大量的勞動力，及優秀的人才。

(2) 據蘇州地區一家台資大型液晶面板廠對其蘇州地區供應鍊廠商近 100 餘家公司的調查數據顯示，95%左右的被調查公司是依法

支付工資、繳納社會保險及休息休假的，僅佔 5% 的公司以最大限度估計公司成本會因『勞動合同法』而增加超過 30%。惟對是否成立工會的問題上，大部分公司尚處於與主管機關徵詢意見階段，畢竟工會成立的影響層面重大，如何處理工會問題，企業如何與工會共存共榮，仍需審慎處理。

(3) 如果珠三角的台資企業不能應對市場環境的變化，只想「回歸過去」，真就只有關閉或遷移這一條路。因為市場不會因為個別人而有意圖、有計劃地改變，同時我個人認為中國政府也會堅持擺脫以廉價勞動力發展經濟的現況，而取代以產業升級，注重環保等世界潮流的方向持續其經濟發展。我個人也認為台資企業不應抱著追逐低價勞動力的「逐水草而居」的策略，就算遷移往越南，很快還是會面對相同甚至其他更嚴重的問題(例如：整體勞動力不足，語言文化差異，等問題)，故而企業不僅要面對並適應目前實施新『勞動合同法』後的環境變化，還要準備面臨中國一步步接踵而來的法令改變，預測未來的市場環境變化。



#### 第四章 勞動合同法對台商企業的影響和因應措施

依照個人在中國大陸蘇州地區實際工作經驗，個人認為台資企業要因應勞動合同法的衝擊及可能採取的措施，首先，除了要熟悉新『勞動合同法』的各項條文外，對於相關的衍生關聯法令也要瞭解，對於政府行政部門及產業同業保持密切聯繫，但台資(外資)企業，尤其是到中國不久的企業，往往忽視了中國社會價值層面的因素，而慣以台灣的思維模式來看待中國政府與社會、人民的問題，如此就會感到劇烈的衝擊，我們應該要認知的是中國畢竟還是共產主義國家，在中國社會過去幾十年的社會主義意識下，人民是完全依靠政府的安排，改革開放之前過去的中國企業均是「公有企業」，習慣上勞動者是完全依

靠企業的，在意識上人民認為企業要完全照顧員工，演變下來「企業辦社會」的觀念是存在於政府單位及一般民眾的心目中，所謂的「企業辦社會」是指企業對於社會、百姓負有更多的責任，政府將許多的社會責任加諸於企業身上，當企業員工有問題時他們習慣於向企業要求資源解決而非向政府要求資源解決，這一點跟台灣的觀念是有差別的。另外中國目前一直在強調「和諧社會」，所謂「和諧社會」說穿就是當有衝突發生時就是偏袒弱勢者。可想而知新『勞動合同法』清楚的表明是偏重於勞動方。所以個人認為惟有同時認知這部份社會文化的差異思維模式，才能降低衝擊，找到比較合適的因應之道。

#### 4.1 差異條文對台商所產生的可能衝擊與影響

##### (一) 部分台商反應及個人觀點

『勞動合同法』立法及頒布過程中，不斷有台商提出異議，並宣稱此法將大幅增加企業成本，尤其是珠三角及長三角等沿海地區，許多台商企業擬規劃遷移二、三線城市，內地邊遠地區或遷移至越南、東歐等地區。個人的觀點認為，『勞動合同法』的實施，雖然對企業的成本增加有一定影響，但台資企業關閉或遷移就歸因於『勞動合同法』，並不符合事實。雖然一些台、港商投資的工廠遷移，但同時也有一些台商仍在珠三角地區又開設新廠。實際上部分台商資企業對『勞動合同法』感到擔憂主要還是因為過去的大部份企業不依法令用工，以降低勞工成本，對於這類的企業當然是會明顯的增加勞動力成本。但是對以往就遵守勞動法規，有著較完善管理制度的企業而言，因為新『勞動合同法』的實施所增加勞動力成本並不大，另外則是勞動者和企業主對『勞動合同法』理解不足，沒有真正領會到裡面的內容。

即使中國的企業，例如引人注目的華為補償 10 億元鼓勵 7000 員工辭職事件，到接二連三的外企撤資潮，不管新《勞動合同法》與此是否有必然聯繫，但其引發的爭議卻是實實在在的。

資方說，新『勞動合同法』僵化了用工機制、提高了企業成本，需要修改，至少應設寬限期；勞方說，新『勞動合同法』保護了勞動者的權益，要謹防企業規避新法，應加大執行監督力度。畢竟新勞動合同法要規範和引導建立的是一種和諧的勞動關係；而站在不同的立場和角度，他們卻也各自拋出了“寬限”或“嚴懲”的議案提案<sup>47</sup>。

爭議無固定期限勞動合同無論對資方還是無技術的勞動者，都是一種壓力。首先是企業很難操作，比如一簽了合同，消極怠工的人，你也解雇不了他；一個人到了本該退休的年齡，他不退，你還得讓他繼續幹，這些問題許多企業現在都現實地碰到了，該怎麼解決呢？其次，有能力的員工，你要跟他簽長期合同，他也未必願意跟你簽。從這個角度言，無期限勞動合同就是市場經濟時代的「大鍋飯」。

無固定期限勞動合同的規定，主要是針對勞動用工中勞動合同短期化問題比較突出，勞動合同一年一簽、甚至一年幾簽的情況比較普遍而作出的，其目的是鼓勵和引導用人單位與勞動者簽訂較長期限的勞動合同，構建和諧穩定的勞動關係，提高勞動積極性，促進企業的長遠發展。

勞動合同法某些條款的規定有些超前、有的條款超越了配套的措施，當前在企業面對原材料漲價、人民幣升值等成本上升的壓力下，一些條款對企業勞動用工成本的影響已經間接地影響到企業用工規模，給創造就業機會帶來了一定的影響，特別對勞動密集的中小企業和新創企業的影響更大。

個人以為，作為勞動合同法實施的博弈三方——政府、企業、民眾，政府其實是企業利益與民眾權益出現矛盾衝突時的唯一獨立仲裁者，其角色定位要求政府必須在相當程度上超脫於單方利益的過多糾纏（無論是過度保護企業利益的 GDP 發展主義，還是惟民眾主觀要

---

<sup>47</sup> 新勞動法再成議論焦點，

<http://hi.baidu.com/gaohaitao1979/blog/item/0cd16ddd1c6a9cdd8c10294e.html>，2008年3月日。

求是瞻的民粹主義)，通過對中國市場經濟發展、法治建設、企業創業與經營良性環境創造以及勞動者正當權益保障的綜合考量，形成科學而完整的勞動關係處理法規法律體系，並且具有足夠的立法權威性與執法行動力。

## （二）從立法的著角度思考該法

在『勞動法』施行 10 餘年後的今天，現行勞動法律制度已有重新檢討之必要，尤其對勞動者不公平、不利之處，以致形成今日東南沿海各地召工難的困境，有必要予以導正防堵，以便穩定勞動階層，建立和諧社會，故此次立法者試圖由勞動法律規範之核心——勞動合同，著手制定勞動合同之專項立法『勞動合同法』，有針對性地，就不簽訂勞動合同、用工短期化、試用期、違約金、勞務派遣濫用等常見不規範或未正式立法的用工行為，嘗試以經濟及行政手段調整企業與勞動者之權利義務，為達此立法目的，即必須制定一部具有可操作性的法律。是以該法制定之初即註定是一部嚴重傾向勞動者的立法，勢必會對企業帶來不安、甚至恐懼，上海美國商會及 20 餘家美資企業因對草案不滿，公然威脅撤資，即為著例。企業欲降低對該法的恐懼及不利影響，避免企業用工成本的陡增，只有正面去研究瞭解它，方能將其影響降至最低。概而言之，勞動合同法之重點內容如下，

### 1. 規章制度由「單方制定」轉為「平等協商確定」

過去規章制度的制定，用人單位有很大的自主權，單方制定後公佈即可。『勞動合同法』則規定須經過「職工代表大會」或全體職工討論，提出方案和意見，然後由企業與「工會」或「職工代表」平等協商確定，再予以公告或通知。故規章的制定(尤其是涉及勞動者切身利益)已不再是單方行為，而是一個集體協商的雙方行為。如果用人單位制定規章制度未經集體協商等法定程式，給勞動者造成損害的，勞動者不僅可以隨時通知解除勞動合同，請求支付經濟補償，用人單位還要負損害賠償責任(參見『勞動合同法』第 4 條、第 38 條第 1 款第 4 項、第 46 條第 1 項、第 80 條)。

在新法下，規章制度的制定程式合法尚有下列重要性：按『勞動合同法』第 39 條第 2 項及第 46 條，勞動者嚴重違反用人單位的規章制度，用人單位可以不預告解除勞動合同，且無須支付經濟補償。因此，訂立合乎法定程序的規章制度關乎日後是否須支付經濟補償，用人單位必須予以重視。日後，用人單位修改或制定規章制度時，不僅應注意履行平等協商及公告的法定程式，同時要保存證據(會議記錄、張貼的公告)，以免爭訟時因無法舉證而敗訴。另外，由於『勞動合同法』是在 2008 年 1 月 1 日起施行，在此之前，用人單位可考慮重新檢討及制定規章制度，一則檢視是否合乎新法；再則可免『勞動合同法』施行後，制定規章制度需經平等協商程序之繁瑣。

## 2. 合同到期終止，可能也要發給經濟補償金

『勞動合同法』第 46 條第 5 項是本次立法對企業殺傷力最強的條文之一，該條規定，勞動合同期滿後，用人單位不與勞動者續簽勞動合同或者與勞動者續簽勞動合同時提供的條件比原勞動合同約定的較低，導致勞動者不願續簽勞動合同的，用人單位需要支付經濟補償金。過去勞動合同期滿終止時，用人單位不須支付經濟補償金，因此用人單位多偏愛訂立短期勞動合同，以免因長期勞動合同解除而須給付勞動者經濟補償。『勞動合同法』為使用人單位繼續使用勞動合同期限屆滿的勞動者，以合同到期終止也要支付勞動者經濟補償的方式，迫使企業放棄簽訂短期勞動合同的舊習。用人單位為避免支付短期勞動合同終止時的經濟補償，因應之道惟有對勞動合同期限重新調整。

關於勞動合同的到期終止，尚有二點須注意，其一為明確終止勞動合同的提出主體，企業可考慮使用『終止意向申請書』，避免自願離職員工事後反悔請求經濟補償，雙方各說各話；其二，如係『勞動合同法』施行前簽訂之勞動合同到期終止，其經濟補償年限是自 2008 年 1 月 1 日起算，而不是以在企業連續工作年限為計算經濟補償年限(參見『勞動合同法』第 97 條第 3 款前段)。即就 2008 年 1 月

1 日之前的工作期間，企業不須支付經濟補償金。

### 3. 簽約兩次之後，單方即可要求簽訂無固定期限勞動合同

過去台商多習慣以一年一簽，甚至半年一簽的方式簽訂勞動合同，一方面保持用工靈活，規避解除勞動合同支付經濟補償金的風險，另一方面增加勞動者心理壓力使其用心工作。『勞動合同法』為避免勞動合同短期化及頻繁簽訂勞動合同，於第 14 條規定，勞動者與用人單位連續訂立兩次固定期限勞動合同之後，如果雙方再次續約，除非勞動者提出訂立固定期限勞動合同或有『勞動合同法』第 39 條、第 40 條第 1 項、第 2 項解除勞動合同的情形之外，必須簽訂無固定期限勞動合同。將『勞動法』簽訂無固定期限勞動合同的「十年門檻」降到「兩次固定期限勞動合同」，大幅放寬了簽訂無固定期限勞動合同的條件。而且『勞動合同法』對於用人單位拒不簽訂無固定期限勞動合同的，也規定了相應的法律責任，即用人單位違反本法規定不與勞動者訂立無固定勞動合同的，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兩倍工資(參見『勞動合同法』第 82 條第 2 款)。

因此，台商過去一年一簽的方式，有必要檢討，台商惟有區分工作職位是否須維持穩定性來決定如何簽約，對於須保持工作穩定的，台商可於兩次固定期限之後，與其簽訂無固定性期限勞動合同。對於不需要保持工作穩定的，應訂立一個適當期限的固定期限勞動合同，並避免無固定期限勞動合同簽訂的條件出現。

至於無固定期限勞動合同，依『勞動合同法』第 14 條是指用人單位與勞動者約定「無確定終止時間」的勞動合同，亦即企業不能再以「不續約」為由隨意辭退員工，但無固定期限勞動合同除了合同期限及經濟性裁員時作為優先留用人員與固定期限勞動合同有所不同(參見『勞動合同法』第 41 條第 2 款第 2 項)外，其作為勞動合同三種類型之一(參見『勞動合同法』第 12 條)，與固定期限勞動合同並無太大不同，此觀『勞動合同法』第 35 條至第 40 條及第 41 條第 2

款第 2 項即可知，首先『勞動合同法』第 35 條並無排除其可依協商而變更。換言之，用人單位與勞動者在平等自願、協商一致的原則下，是可以終止無固定期限勞動合同或是變更為固定期限勞動合同的。其次『勞動合同法』第 36 條至第 40 條的解除合同事由，同樣可以適用於無固定期限勞動合同。違法解除辭退勞動者的，用人單位亦均應當依照『勞動合同法』第 46 條規定的經濟補償標準向勞動者支付 2 倍的經濟補償金(參見『勞動合同法』87 條)。最後，按照『勞動合同法』第 41 條第 2 款第 2 項的反面解釋，其僅係作為優先留用人員，有必要時，亦並非不可裁減該勞動者。凡此種種，在在都證明無固定期限勞動合同工並非是「終身制」、「鐵飯碗」，其違反企業規章制度時，企業亦可依法解除勞動合同，企業實無須對其過份恐懼。

另外，連續訂立固定期限勞動合同次數的計算，依『勞動合同法』第 97 條第 1 款後段，以『勞動合同法』施行後新訂立之勞動合同作為第一次。亦即，『勞動合同法』施行前訂立、『勞動合同法』施行後仍在履行的勞動合同，不計算在連續訂立的固定期限勞動合同的次數內。

其實中國人必須心知肚明的是，勞動合同的說法是從國有企業開始招收合同工時出現的。因此，凡需要勞動合同的根本不可能是鐵飯碗，端著鐵飯碗的人從來不用簽勞動合同。過去國企的鐵飯碗不用簽合同，現在中國行政機關和事業單位的幾千萬體制內工作人員，從來不簽合同，而是靠組織介紹信和人事檔案關係就業的。那種「體制內」就業才是真正的鐵飯碗和終身雇傭。而簽合同包括無固定期限合同的人不僅隨時可以解聘，而且退休後的保障級別也比鐵飯碗明顯低了一大塊。這次新『勞動合同法』第一次把體制內的行政機關和事業單位，也首次納入勞動合同法的範圍，倒是拉開了對這些一正式就業就有鐵飯碗單位的用工制度多少有些觸動的改革序幕，這恰恰是勞動用工制度市場化方向的突破。放著或享受著體制內的真正終身雇傭制不說，

卻指責勞動力市場上剛有的那麼一點點勞動權益保護，顯然並不公允。

附帶一提的是，『勞動法』第 20 條第 2 款與『勞動合同法』第 14 條第 2 款第 1 項對於在同一用人單位連續工作滿十年簽訂必須無固定期限勞動合同的條件，由勞資『雙方』同意續延改為只要勞動者『單方』提出就要簽訂無固定期限勞動合同。因此，用人單位對於已連續工作滿十年的勞動者，是否於 2008 年 1 月 1 日前作妥善處置，值得企業深思。

4. 勞動者提供虛假履歷證明檔，用人單位可能可以不支付經濟補償解除勞動合同。

用人單位有權瞭解勞動合同直接相關的基本情況，勞動者應當如實說明，如未如實說明，恐遭認定以欺詐的手段，使用人單位在違背真實意思的情況下訂立勞動合同，致勞動合同無效(參見『勞動合同法』第 8 條後段及第 26 條第 1 款第 1 項)。如雙方對勞動合同是否因欺詐無效有爭議，經勞動爭議仲裁機構或者人民法院確認該勞動合同確係因勞動者欺詐而無效的，依『勞動合同法』第 39 條第 5 項及第 46 條用人單位可以不給經濟補償解除勞動合同。

#### 4.2 台商可能採取的對應措施

台資企業不能忽視的現實情況是：珠三角勞動市場的變化是社會發展過程中不可抗拒的時代潮流。此次頒布的新『勞動合同法』，表明中國勞動政策正在向「保護勞動者路線」轉換。通過新的勞動法規，旨在穩定雇用的誘導勞動合同長期化、加強勞動者解雇條件等。這意味著中國政府最高決策層開始全面關注一直隱藏在大陸經濟快速增長背後的勞動者權益問題。對於台商而言，以下問題務必立即重視並切實依法執行。

## 一、企業規章要與職工商量

目前，大陸台資企業比較集中於製造業，其中有很多是勞動密集型企業，如何處理好勞資關係是他們的一大課題。原先，企業的工資、人事等規章制度可以作為與炒職工魷魚的一個參考，而現在，這個遊戲規則不大行得通了。因為，職工也有權參與涉及自身利益的規章制度的制定、修改，而且，企業有關規章制度還須公示。

依照『勞動合同法』的規定，企業在制定、修改或者決定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。而且，實施過程中，工會或者職工認為不適當的，有提出修改的權利。這些事項涉及勞動報酬、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。企業的規章制度要職工遵守執行，當然也要職工參與制定修改，這無論從法律上還是情理上講都說得通。

有業內人士說，台資企業規章制度也要與職工協商，這對企業有難度，在今後的實務中，沒有成立工會組織的台資企業，在選擇職工代表時，可能會傾向於中層幹部。但相關法律專家認為，選舉職工代表、成立職工代表大會同樣也要遵循一定的程序制度。

然而從負面的角度來看，個人的觀點認為針對這一點也是讓企業感到擔憂的，因為當我們回顧台灣的發展過程，初期的工會其實有時候會過度膨脹權力，或為了權益問題，或是有心人士的背後操作，於是跟資方產生對立或衝突的情況，進而影響企業的運作，更甚者導致企業主無意經營而關閉企業，歐美國家方面我們也不難發現類似的案例，而這種資方與工會能否建立良性互動，是需要人民，社會的成熟度，以及一段時間的相互磨合方能達成，問題是「磨合期」到底需要多久？所需要付出的成本是多少？恐怕還是一個難以估計的數字，依照個人在大陸工作的經驗觀察，大部份的外資企業對於成立工會或職工代表大會的態度是保守觀察，能拖就拖，或者是準備成立職

工代表大會，而避開成立工會，因為成立工會必需要遵循『工會法』的約束，進而增加企業營業的困難度。

## 二、及時簽訂勞動合同

據瞭解，一些台企與職工签合同，喜歡一年一簽，即合同期限只有一年。但新法實施後，一年一簽面臨考驗。因為依照新法規定，連續訂立兩次固定期限勞動合同，第三次續訂合同時，就應當簽無固定期限的合同，除非職工自己願意與企業約定合同期限。此外，拖著不與職工簽勞動合同的台企也應注意，「拖」字訣將不可行。因為超過一定期限，企業就要支付兩倍的工資。『勞動合同法』在勞動合同的簽訂方面有新規定，企業與職工的勞動關係的確立是從用工之日算起，而不是從簽訂書面合同之日算起。而書面合同儘量要在用工之日起的一個月內簽，因為，企業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兩倍的工資。超過一年還沒簽書面合同的，除了要付兩倍工資外，視為企業與職工已訂立了無固定期限勞動合同，即俗稱的長期合同或“永久”合同。另外，企業不簽長期合同的，從應當簽訂長期合同之日起，向職工支付兩倍工資。

勞動合同期限可以從「有限」變為「無限」，而職工的試用期卻不能無限拉長：1、勞動合同期限3個月以上不滿1年的，試用期不得超過1個月；2、勞動合同期限1年以上不滿3年的，試用期不得超過2個月；3、3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6個月。針對試用期的規定似乎也是企業在面對新法時少數能擁有的選項，優秀的員工固然有助於企業的經營發展，然而更讓企業擔心的是萬一選到不肖員工卻只會帶來麻煩，所以企業就必需要在內部加強人力資源部門的能力，加強用人單位主管面試的技巧以降低招募劣質員工的機率，同時要重新審視新進員工試用考核的流程，並針對企業特性及不同工作部門依照法令原則訂定不同的合同期

限，同時考慮合同期及試用期兩種因素來調整招募策略。

### 三、經濟補償規定調整大

過去勞動合同期滿後，企業只要不續簽，職工就無法獲得經濟補償。現在這種情況也發生了變化，依照『勞動合同法』規定，除非企業是以相同或更高的待遇與職工續簽，但職工不願意的情況下不需經濟補償外，企業都要按規定給予職工經濟補償。經濟補償有關規定調整的還有：企業違規操作時（例如未及時足額支付勞動報酬、繳納社保），即使勞動者主動解除合同，企業同樣要付補償金；雙方協議解除合同的，企業先提出，並得到勞動者同意的，補償金少不了；企業按法律規定解除勞動合同，屬於非過失性辭退的，也要經濟補償等。

而經濟補償金按職工在本企業年限計算，滿1年或6個月以上不滿1年的支付1個月工資，不滿6個月的，支付半個月工資。工資標準是職工在勞動合同解除或者終止前12個月的平均工資。但若是工資超過當地平均工資3倍以上的，只能按平均工資的3倍支付補償金，且最高補償年限不超過12年。

針對這部份的法令規定，企業是無從躲避的，目前據瞭解企業只能依法辦法。然而企業想要在合乎法令的規範下降低經濟補償金的負擔，個人認為有以下幾個方向可以調整

1. 檢視企業內不同職務工作人員招募的合同年限，如此則有不同的「試用期」，並加強確實「試用期」的員工考核，以早日篩選出不適任員工，以降低日後經濟補償金的金額。
2. 確實以書面記錄不適任(不肖)員工的不良紀錄，以為日後不續約的有利證據，以避免支付經濟補償金於不良員工。
3. 因為新法規定與員工切身有關的公司規章需要與「工會」或「職工代表大會」協商通過，所以企業如何與「工會」或「職工代表大會」如何有良性互動以訂定合理規章，將會是一切的源頭，企業一定要很用心去處理這部份的問題。

#### 四、職工證件不能扣押

以往一些台資企業招工時，會扣押職工的身份證或其他證件，有的企業還習慣要求職工提供擔保。但這種情況，也被『勞動合同法』禁止。用人單位招用勞動者，不得扣押勞動者的居民身份證和其他證件，不得要求勞動者提供擔保或者以其他名義向勞動者收取財物。這涉及企業的用人理念問題，「用人不疑，疑人不用」，例如在西方國家，企業要是對職工不放心，可考慮採取資信調查等方式。對於一些確實不爭氣的職工，企業也應採取其他措施。另外，許多農民工不瞭解將從事工種的職業病危害等情況，新法賦予他們知情權。企業招工時，應如實告知勞動者工作內容、工作條件、工作地點、職業危害、安全生產狀況、勞動報酬等情況。當然，企業也有權瞭解勞動者與勞動合同直接相關的基本情況。因此，企業招用工人時，有必要在勞動合同裏注明相關事項，或擬定告知書，讓勞動者簽字確認。

此外，對於台企存在的加班問題，加班費的支付是不是按標準，是否有強迫加班行為。企業應當嚴格執行勞動定額標準，且不得強迫或者變相強迫勞動者加班，有安排加班的，應當按照國家有關規定向勞動者支付加班費。但目前尚有一變通的作法就是以補休假的方式來取代加班費，惟企業需要考慮自身的特性，才能作適合的調整。

#### 五、應充分利用勞動合同法賦予企業之權利。

全國人大法律委員會主任委員楊景宇對此點做如下解讀：

用人單位享有依法約定試用期和服務期的權利。試用期是用人單位通過約定一定時間的試用來檢驗勞動者是否符合本單位特定工作崗位工作要求的制度。這對雙方互相瞭解、雙向選擇，具有積極意義。在國際上，這也是勞動合同制度的普遍做法，試用期的長短依照工作崗位元的需要不同，有長有短。

同時，為了防止有些用人單位濫用試用期，勞動合同法規定 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。同一用人單位與同一勞動者只能約定一次試用期。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。試用期包含在勞動合同期限內。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。勞動者在試用期的工資不得低於本單位相同職位最低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<sup>48</sup>。

用人單位出資培訓勞動者是現代企業的普遍做法。為了保障用人單位的合法權利，防止勞動者通過專門培訓獲得專業知識和技能後「跳槽」以獲得更高的收入，勞動合同法規定：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。用人單位與勞動者約定服務期的，不影響按照正常的工資調整機制提高勞動者在服務期間的勞動報酬。

依法約定競業限制的權利。競業限制是在勞動關係結束後，要求勞動者（主要是高級管理人員和高級技術人員）在法定時間內繼續保守原用人單位的商業秘密和與知識產權相關的保密事項。在現實生活中常有這樣的情況：某一行業由於競爭激烈，勞動者特別是技術人員相對短缺，同業之間相互「挖角」的現象相當普遍，這種惡性競爭直接影響企業發展。商業秘密和與知識產權相關的保密事項關乎企業的競爭能力，不僅關係企業的發展，有時甚至直接影響到企業的生存。我國法律一貫重視對知識產權和商業秘密的保護，公司法、反不正當競爭法都有相應的規定。勞動合同法賦予了用人單位與勞動者約

---

<sup>48</sup> 李欣宇、隋平主編，中華人民共和國勞動合同法精解，中國政法大學出版社，2007年7月，第53頁。

定競業限制的權利，規定：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（在台灣實際執行面上很困難）。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。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。在解除或者終止勞動合同後，負有保密義務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。

依法解除勞動合同的權利。勞動者適當流動是市場經濟的題中應有之義。在保持勞動力市場的生機和活力的前提下，構建和諧穩定的勞動關係是勞動合同的出發點。勞動合同法延續了勞動法的有關規定，在賦予勞動者依法解除勞動合同的權利的同時，也賦予用人單位依法解除勞動合同的權利。用人單位在以下情形下，可以解除勞動合同：與勞動者協商一致，可以解除勞動合同；勞動者有違法、違紀、違規行為的，可以解除勞動合同；用人單位可以依法進行經濟性裁員；勞動者不能從事或者勝任工作的，或者勞動合同訂立時依據的客觀情況發生重大變化，致使勞動合同無法履行的，用人單位提前三十日以書面形式通知勞動者本人或者額外支付勞動者一個月工資後，可以解除勞動合同。

## 六、關注後續出臺的相關司法解釋及配套法規

一部法律頒布就必須得執行，對於新法中一些較原則性的規定，還有待最高法院頒布解釋法令進一步解決具體問題。另外新法應該還會有一些配套的措施頒布，同時，新法也需要在執行過程中，發現問題加以完善修改。

## 第五章 結論與建議與後續研究

### 5.1 結論

『勞動合同法』所產生的衝擊及中國實施的決心，個人覺得是不容懷疑的，其目的不僅要保護勞工，其另一層背後的目的就是中國想以企業成本及經濟的力量迫使境內產業升級，淘汰不良及低端企業。所以個人認為台商只能順勢而為，重新思考企業的定位將將來長遠的策略，畢竟台商企業還要一直維持過去的模式作一個賺取勞力錢的代工者，繼續「逐水草而居」嗎？我個人認為可自決策層面和執行層面做相應的準備，個人僅以本人管理之中國地區公司為例做如下簡析，

本公司雖然也為勞動力密集型企業，但是自 2002 年正式成立以來一直秉承嚴格依照『勞動法』給予員工應有權益之政策（包括完全依法為員工繳納社保、工傷問題積極處理、每年撥出固定盈利用於員工福利支出等），積極的人力管理策略的結果是，人員相對比較穩定，訴訟層面的勞資糾紛很少，依公司人事部門的統計，2007 年間接人員主動離職率低於 2%，因此『勞動合同法』的實施，之前一直合法用工的企業必將進行比較平穩的過渡，惟決策角度及執行層面應會做足工作，俾利公司長遠發展。

#### 5.1.1 決策層面

中國大陸新『勞動合同法』的實施，對於企業產生全面性的衝擊與影響勢不可避免。台商值此勞動者權利意識高漲、大陸政府保護勞動者力道加強之際，理應全盤瞭解新法，妥善利用其利處並迴避其不利處，避免額外支出，以收經營之效。台商應主動研習該法律，不能僅僅停留在改改勞動合同，理理規章制度層面，應掙脫「就法論法」的思維定勢，決策層面應將企業經營、人力資源管理和勞動合同法做

整合性、系統全面性的思考<sup>49</sup>。

一、產業投資層面：以「核心競爭力保留」改造「勞動力低成本領先」

『勞動合同法』從總體上增加了企業的用工成本(譬如法規直接產生的合同終止「經濟補償金」、規範化操作的管理成本、以及違法用工的風險成本等。但是這些增加的成本是可以控制,例如:降低離職率即可減少經濟補償金),這對傳統的以「低成本領先」為主的加工製造業衝擊明顯,這些企業或者是進行產業投資的區域逐步轉移(將廠區從沿海轉移到內陸,從一線城市轉移到二線城市),亦或是進行產業投資的技術附加價值提升,建立或者強化企業的其他競爭力,鑒於人力成本上升是必然趨勢,後者也許是更為明智的選擇。而對於第三產業而言,可能意味著非核心業務的剝離,專注於企業核心競爭力是未來企業發展的必然選擇。

參考案例:如在上海註冊的某手機零配件生產廠商將廠區直接轉移到江蘇省昆山,而在上海只保留技術研發和市場策劃部門,進而降低直接人員的勞動力成本,並以相對發達地區經濟優勢吸引肯留核心間接技術人員。

二、企業經營層面：以「先規範後發展」改造「先發展後規範」

傳統企業總是遵循「先發展後規範」的經營思路,以為只有企業發展達到一定程度後才有必要去談規範化管理的話題。然而新時期的商業競爭越來越依賴於企業對規範遵守特別是企業的規範化管理,而實際上企業管理的規範化也並不必然意味著高成本,從長期來看,恰恰是減少成本的必要舉措。在勞動合同法背景下,企業規範化運營已

<sup>49</sup> 《應對《勞動合同法》企業面臨五大改造》,參見人才情報網,  
<http://www.mybestjob.cn/news/42/2007-12-06/694.htm>, 2008年12月6日。

成法律的直接訴求，在此企業規則意識的建立顯得更為直接和重要，也是新一輪市場競爭的重要籌碼。

參考案例：從事軟體發展的某企業重新盤點企業規章制度，製作「規章提案」交由職工代表大會表決通過，並由員工簽收以完成規章制度「規範化」過程（民主程序和告知程式）。

### 三、人力資源層面：以「人力資源開發策略」改造「人力資源流轉策略」

新『勞動合同法』對台資企業人力資源管理理念轉變會產生影響。新『勞動合同法』規定用人單位自用工之日起超過1個月不滿1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2倍的工資；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2倍的工資。這些含有嚴格罰責的條款，無疑促使企業人力資源單位思考如何規範用工招聘及勞動合同的簽核流程。

傳統企業總是依賴於「招人換人」為主的人力資源「流轉」策略，不注重新員工的帶教和培訓，只強調「短期收益」。在新勞動合同法「寬進嚴出」的基本策略下，企業解除合同的風險和成本都將大幅度提升，這也意味著企業應該更加關注員工的長期發展、實行「人力資源開發」為主的人力資源戰略以贏得更多的優勢和主動。

參考舉例：某管理顧問企業設計“試用期帶教制度”幫助新員工及時掌握業務技能，儘早融入企業文化；而對於在職員工，則通過「職業生涯規劃講座」，「職業發展會談」來幫助員工開發自我潛能。

### 四、內部管理層面：以「文化軟約束」改造「規章硬管理」

勞動合同法實施以前，企業慣於以嚴酷的規章制度以約束員工，然而勞動合同法進一步弱化了企業的強制管理權（規章制度要經過協商、違約金的限高規定等）。在此前提下，企業要想減少因新法實施所帶來的勞資關係緊張，

有必要實施「文化的軟約束」，加強企業共同價值觀建設、企業文化建設，一來可以減少規章制度的協商成本，二來充分發揮員工潛能，為企業創造更多價值。

參考案例：某餐飲企業設計「規章制度學習月」，通過講座、培訓、拓展活動等來實現員工內部團結以及對規章制度的準確把握，既融洽了企業氛圍又減少了日後的風險。

#### 五、風險控制層面：以「商事關係」改造「勞動關係」

勞動合同法加大了人力資源管理的整體法律風險，在重新籌畫用工模式組合的基礎上（合理配置派遣工、非全日制用工、全日制用工等），企業需要考慮在戰略層面實現從「勞動關係」到「商事關係」的轉變。因為商事民事關係受民法合同法等調整，與勞動法律傾斜保護勞動者利益不同，商事民事法律強調意思自治和平等保護，這對企業來講有更多的操作空間。

參考案例：某外資銀行用“聘請法律顧問”（商事關係）替代“聘用法務專員”（勞動關係），因為前者是服務合同關係，後者卻是受勞動合同法調整的勞動合同關係。

#### 六、運營過程中有效加強供應鏈廠商用工風險的管理。

之前台商企業往往忽視對供應商用工風險的管理，常常認為供應商的用工是否規範不是自己應管束的事情。個人認為伴隨著『勞動合同法』的實施，加強對供應商用工風險的管理具有十分重要的實質意義。如某一供應商出現用工重大異常（如罷工）進而無法正常供貨時，極有可能導致供應鏈下游之客戶遭受牽連損害。因此事先進行有效的評估及監控，才能最大程度保證供應商用工風險問題發生時，台商企業可以將問題迎刃化解。

參考案例：蘇州地區一家台資大型液晶面板廠，將全部供應商依照資本額、出貨量、社保繳納情況、公司工會成立情況、解約是否依

法補償情況匯整作為供應商管理之必要內容，評定供應商用工風險等級，並不定期進行動態更新，俾利控管供貨鏈可能風險。

#### 七. 企業轉型以改變完全依靠廉價勞動力賺取利潤的模式。

過去有大部份的台商都是依附在大廠的供應鏈中(如鞋業，電子資產業)生存，而這些大廠卻只是歐美品牌大公司的OEM 代工廠，一路下來嚴格說整個供應鏈的廠商都是在賺取微薄的「代工費」。如今中國這個 13 億人口的經濟體正在成長，市場是可以期待的，個人認為台商可以藉由擁有的核心技術，創造產品差異，尋求不同的生意模式，甚至開創通路與品牌都是企業可以積極思考的方向。惟要提醒注意的經營大陸市場需要面對大陸內資企業的競爭，而這種競爭有時後是不公平、不透明的競爭環境，如羅馬崗石董事長黃維祝接受台灣天下雜誌 388 期 (P:105) 訪問時所表示的：「今天台商面對的，不是政策改變和法律嚴苛，而是有沒有一個公平的環境，讓大家在同一個起跑線上競爭，」，因為他的產品曾被大陸工廠抄襲，兩年後，黃維祝勝訴，可是對方卻跑了，他原本投資的研發，通路等費用和時間全部泡湯。確實像羅馬崗石的例子屢見不鮮。但在天下雜誌同一期的專題報導(P,100“烈日照台商”)中，也列舉許多成功的例子，例如：羅馬崗石 (目前整體還是成功)，南寶 815 水泥漆，NAX 拉鍊，川石光電從LED 轉省電燈泡，雷虎從模型馬達轉牙醫高速鑽頭。

總之，個人認為大陸政策法令的改變固然是衝擊，相對的對其「內資」企業也相同的要面對這衝擊，隨著中國大陸經濟與政治逐步與世界接軌的過程，人治與不公平的現象也應逐步改善，這就是台商的機會。

#### 八. 嚴密注意海峽兩岸政治變化對經濟的影響

隨著台灣總統大選，政黨再次輪替，目前看來兩岸互動朝良性發展，過去許多限制可能鬆綁，尤其以「直航」呼聲高漲，這些因素都可能誘發台商返回台灣投資<sup>50</sup>。這也是值得台商仔細評估的。

### 5.1.2 執行層面

1.參閱《勞動合同法》、《江蘇省企業民主管理條例》全面梳理公司既有規章制度。

(1).2007年10月-12期間，全面整理公司既有規章制度(SOP檔)，如《員工手冊》、《任用管理辦法》、《離職管理辦法》等，並對應制做相應表單。如員工手冊中，重點將獎懲制度細化等級，將重大違規事項羅列到具體情形，以利日後可實際執行。

2、擬建立工會或職工代表大會，

(1)與政府部分進行積極徵詢，並學習同業經驗。按新規要求操作，讓新頒布的規章制度合理合法；以利減少執行過程中矛盾；

(2)同時為實現公司與工會「雙贏」之目標，擬吸引公司各單位陸籍主管人員及核心人員加入工會，促發其「主人翁」精神和以企業為家的觀念，進而發揮主幹人員在工會中的積極作用，如及時化解勞資糾紛、降低核心人員流動比率等。

3.招聘中的新風險與新應對；

(1).實習生的使用要控制嚴格：對招錄用實習生的數量、實習期限、實習生的真實身份要把握好，杜絕假實習生的出現，實習期限半到一年，實習生人數不要太多；對於本單位的勞動用工，企業應當有比較清晰的規劃。與實習生所在學校簽定「校企合作協議」，明確約定企業與學校之責任劃分（包括實習生商業保險事項、工

<sup>50</sup> 天下雜誌 388 期, P.104

傷事故責任承擔、實習生不當行為責任承擔等等)。

(2) 招聘新員工時要把好進人關，以提高所招人員與本企業職務所需人員的匹配性，減少不必要的流動率，嚴格審核員工提交資料的真實性。同時由公司法務單位協助修訂『勞動合同』範本(明確員工需提交之資料、員工簽約時已明確知悉工作內容等細項)。

(3) 規範公司勞務派遣形式用工，為避免後續因勞務公司資質及償付能力致使企業遭受牽連(第九十二條)，嚴格審核勞務公司資質(優先選取具有一定政府背景、聲譽優良、資金雄厚之勞務公司)，同時由公司法務單位協助修訂《勞務派遣協議》範本，明確與勞務公司就用工風險、管理流程等責任分擔。

3.企業薪酬福利制度設計中的新風險與規避；薪資待遇不低於當地勞動部門規定的最低工資標準；「勞動合同」中明確加班工資按國家規定及公司薪資制度計發；每年依照當地薪資增長幅度及員工個人表現加薪；不斷提高員工福利。

4.企業培訓中的新風險與防範；

依照『勞動合同法』(第二十二條)，必須簽署書面約定，企業方可對出資培訓人員主張履行服務期，因此將由公司教育訓練課就公司目前及日後可能出現的針對普通員工和主管的各種培訓，約定服務期和違約責任並約定向用人單位支付違約金；出資培訓書面協議及財務憑證由特定人員保留好。

5.對企業商業秘密保護與競業限制中的新風險與新應對；對高階管理人員和專業技術人員及其他負有保密義務的人員可競業限制協議，把握競業限制期限、對象、補償金的支付，必要時，將請對應人員簽署保密協議，詳細約定權義內容。

## 6. 勞動合同管理，加強對勞動合同重要性的認識。

(1) 參考當地勞動主管機關推行的勞動合同範本，結合企業實際情況，於 2008 年 1 月初制做企業相應的勞動合同版本。人事單位建立專門的勞動合同管理制度，對所有員工工齡、簽約時間、合約到期時間、社保繳納資訊等進行排查彙總並完善檔案管理。

(2) 『勞動合同法』規定（第八十二條）：「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」。後續，所有新進人員及到期續簽人員將於用工前必須簽署勞動合同，在合約到期前將由人力資源部門（以電腦系統,或 人工作業）通知用人部門主管續簽意向）。

## 7. 經濟補償金預留及依法支付

依《勞動合同法》（第四十六條）規定，員工合同到期，企業不同意續簽的，將需法支付經濟補償金。此點在 2008 年之前是沒有具體法律規定，因此從公司角度，必須提前在公司預算中預估此筆費用，並在實際作業中切實執行。

## 8. 加強對糾紛的證據收集及保管制度。

(1) 書面形式準備相關證據。

口頭形式證據由於沒有可以保存的文字依據，隨意性大，容易發生糾紛，且難以舉證。但是，新『勞動合同法』明確規定，即使不簽訂勞動合同，也將成立事實勞動關係，須依法繳納保險，還將為員工付出 2 倍的工資，1 年後將被視為同員工簽訂無固定期限勞動合同。因此，公司將加強收集證據的意識，強化簽訂勞動合同的規範手續，如必須用書面形式與勞動者簽訂勞動合同，因為用書面形式訂立勞動合同嚴肅慎重、準確可靠，一旦發生爭議時，一切都有據可循，便於查清事實，並且書面勞動合同能夠加強合同當事人的責任感，促使合同所規定的各項義務能夠全面履

行。另，公司亦會對員工出現違反規章制度的行為進行及時的合法取證（如必要之資訊設備錄像、錄音等），俾利後續舉證。

(2) 要求員工提供必要關於個人資訊的書面資料。

與此同時，新『勞動合同法』規定用人單位招用勞動者時，應當如實告知勞動者工作內容、工作條件、工作地點、職業危害、安全生產狀況、勞動報酬，以及勞動者要求瞭解的其他情況；用人單位有權瞭解勞動者與勞動合同直接相關的基本情況，勞動者應當如實說明。例如，勞動者必須提供正確的個人資料，公司已準備好相關的表單，請員工自行填寫並本人簽名確認。

9.擬特設員工關係專員。『勞動合同法』中多處強調「協商」，故公司人事單位有責任把問題解決在萌芽狀態，通過平等有效的溝通爭取勞動者最大的諒解，以免事態惡化。

10.嚴格人才梯隊和資料交接制度。員工離職自由度高了，核心人才離職的風險大了，關鍵職位必須做好應對準備。除了著意栽培替代人選外，還將定期檢查、驗收成果、交接資料制度化，以防核心人才離職後重要資料流失。按照『勞動合同法』的要求，針對新員工的進入，工作期間的管理，直到員工離職等一系列的流程，建立規範的管理體系，以避免和減少不必要的勞動爭議。在日常的用工管理當中，企業必須注意做到程序合法，並且注意保全必要的人事檔案和證據，以防在勞動爭議中陷入被動。

11、擴大社交面，廣交朋友。人力資源部門不僅要做好企業內部工作，還要走出企業與各方面人士打交道。特別要與當地政府主管領導、司法、仲裁、勞動監督、工會等各相關機構建立廣泛的關係，借此瞭解案件仲裁、審理程序，掌握審理者的思想傾向和審理風格，以防發生勞資糾紛案件時捉襟見肘，應對失當。鑒於中

國國情，這樣做也許可以預防勞資糾紛案件中受到不公正待遇，為企業爭取合理的利益。

12、關注司法動態。按照慣例，新法實施之後，有關部門會頒布相應的實施細則，對爭議較大的地方，可能還會有相關的司法解釋。必須敏銳地儘快掌握並及時運用到規章制度和日常管理之中。

## 5.2 後續研究

從理論上說，要素市場不是一般商品市場，由於不完全競爭、資訊不對稱和外部性等種種原因，要素市場並非是買賣雙方自行隨便交易的自由市場，而是由一系列法律、法規所約束和規範的制度市場。資本和貨幣市場就是這方面的一個典型。勞動力市場也是一樣，勞動合約不是無約束空間的自由選擇。這裏有准入限制，如年齡，使用童工是普遍非法的。成年人的勞動合約也有每日勞動時間的約束。出賣自己的全部時間即賣身為奴，即使雙方自願也為法律禁止，被認為是有損健康或道德的每日超長勞動時間也為法律所不容。最低工資標準，雖然在經濟學家中還有爭論，但早已是世界上絕大多數文明國家的法規。從資本主義幾百年的歷史發展過程來看，隨著勞工的抗爭和文明的進步，八小時工作制、強制的社會福利和保險制度以及相應的勞工保護立法，早已構成現代市場經濟的基本制度要素，並成為當代經濟增長、社會穩定、技術進步的基本動因之一。

勞動市場完全自由化的主張，只是極少數市場原教旨主義者的個人信條，既不是學界主流，也不是社會現實。希望這種極端理念在中國得到實踐支持，既不是中國的光榮，也不是中國人所需要。況且，中國勞動就業的主要問題並不是簡單地不夠市場化，而是一般尤其低端市場上的自由無束和體制內就業過於僵化的結合。勞動改革的主要方

向是破除就業市場上的身份歧視和戶籍歧視，是勞動者公民權利的均等化，而不是受歧視方剛有的一點權益。

中國風行鶴厲的強力執行新『勞動合同法』，如本研究報告所示其目的要保護廣大勞工，擺脫低端勞力密集產業，提升產業水準。但個人在研究的過程中發現有幾個潛在問題有待觀察及後續研究

1. 目前大陸質優的操作員是來自大陸中專，職校的實習生，這批數量龐大的實習生是該家庭很重要的經濟收入來源，但現今行政法令規定企業使用實習生不得超過 5%，而依照我個人瞭解，企業使用實習生比例往往遠超這個比例，甚至高達 50%。相信中國地方行政主管機關也對此現象有所瞭解，政府單位要不要管都是頭痛的問題，此一現況是值得觀察研究的。
2. 『勞動合同法』規定要成立工會或職工代表大會，然而依照西方國家及過去台灣的經驗，初期的工會往往產生許多衝突，及企業、社會成本。工會的衝擊與後續影響會是如何？
3. 當中國產業結構如中國政府期待升級，那麼廣大的勞動人口得以消化嗎？如果不幸無法消化，又將會產生何種衝擊？影響層面又將如何？

## 參考文獻

- 1、人民網 2007年12月17日版《信春鷹（人大法工委副主任）談勞動合同法立法背景》
- 2、勞動合同法網 2007年12月29日版 《常凱談勞動合同法的立法趨向及對勞動關係的影響》
- 3、法律出版社 <《勞動合同法(草案)》立法趨勢解讀> 邱婕（中國人民大學博士生、國務院勞動合同法立法課題小組成員）
- 4、上海市行政法制研究所編 政府法制參閱（專報）2007年第98期
- 5、吳坤：《有效尋求勞資訴求契合點 勞動合同法草案今表決》，《法制日報》，2007年6月29日。
- 6、高明華：《優先保護勞動者權益是正確選擇》，《新京報》2007年1月5日。
- 7、龔雯：《中國進入貿易摩擦多發期》，《人民日報》，2004年06月05日 第2版。
- 8、金英傑《<勞動合同法>的立法趨勢及背景》，法學論壇。
- 9、鄭尚元著：《勞動法學》，2004年9月，中國政法大學出版社，
- 10、《人才情報》2008年12月刊 《應對《勞動合同法》企業面臨五大改造》
- 11、中國法制出版社 石先廣系列勞動合同法著作：《勞動法律問題與實務操作》
- 12、中國法制出版社 《中華人民共和國勞動合同法解讀》 編著者：楊景宇、信春鷹
- 13、《瞭望論壇》 2007年第32期
- 14、侯玲玲 《勞動合同特殊性研究》
- 15、北京交通大學經濟管理學院教授 石美遐 《中外勞動合同法立法比較研究》
- 16、《民商法週刊》 2007年10月刊 《勞動合同法的立法背景》
- 17、王文傑著，《嬗變中之中國大陸法制》，交通大學出版社，2004年12月。