

大陸臺商勞資糾紛案例 解析與管理實務手冊



行政院大陸委員會 編印

大陸臺商勞資糾紛案例解析與管理實務手冊目錄

引言.....	1
第一章 中國大陸勞動環境變遷趨勢分析.....	3
第一節 中國大陸人力成本變化趨勢.....	3
第二節 中國大陸缺工變化趨勢.....	21
第三節 中國大陸勞動爭議趨勢.....	23
第四節 中國大陸勞動環境從個別進入集體的趨勢.....	28
第二章 中國大陸勞動相關法規體系與政策變化.....	30
第一節 中國大陸勞動法規體系.....	30
第二節 中國大陸勞動政策與勞動法規實務之影響.....	36
第三章 勞動相關法規增修要點與與注意事項.....	63
第一節 要注意大陸勞動政策的地域性、時效性、差異性.....	63
第二節 經由勞動法律的增修措施，對勞動者的保護越來越嚴緊.....	65
第四章 常見的勞動爭議型態與導因分析.....	67
第一節 勞動爭議的意義趨勢.....	67
第二節 法律規定的勞動爭議類型.....	68
第三節 常見勞動爭議型態.....	70

第五章 勞動爭議之處理流程與處理要點.....	75
第一節 勞動爭議處理方式.....	75
第二節 勞動爭議的舉證責任規定與申請時效.....	76
第三節 勞動爭議的處理流程與處理要點.....	78
第四節 裁決書的送達.....	82
第六章 常見勞動爭議之案例解析與處理模式.....	84
第一節 常見勞動爭議之案例解析.....	84
第二節 中國大陸臺商如何因應勞動爭議及其對策.....	108
第七章 有效勞資管理之對策建議.....	112
第一節 轉變成本觀念，以促進員工的加值貢獻.....	112
第二節 了解大陸勞動法律對企業的規範，進而建立預防對策.....	115
第八章 臺商常見相關問題 Q&A.....	133
第一節 勞動合同管理的 Q&A.....	133
第二節 勞動標準的 Q&A.....	139
第三節 女性員工三期管理的 Q&A.....	152
第四節 假期管理的 Q&A.....	159
第五節 社保福利管理的 Q&A.....	166
第六節 解雇管理的 Q&A.....	178

大陸臺商勞資糾紛案例解析與管理實務手冊

引言

臺商在大陸投資設廠，早去者已有二十幾年了。自從 2008 年金融海嘯發生以後，早去的臺商經營陷入苦境，必須展開轉型升級計劃，並付諸行動。轉型內銷，逐鹿中原，技術、管理、創新升級，以應付競爭激烈的內銷市場；同時發展品牌與通路建設，落地生根。不管臺商從傳統產業進入高科技產業，從製造業進入服務業，從營利事業進入非營利事業（例如基金會、社會公益團體）；從製造導向的工廠經營進入行銷導向的服務業經營，從實體經營進入虛擬經營，都會有人事問題，或多或少都會發生勞資糾紛案件。

大陸勞資糾紛問題，其型態、內容幾乎沒有多大的改變，只是爭議項目或內容占比會隨著經濟發展的態勢與新勞動法令的實施而調整。在 2008 年之前，有關社會保險的爭議，企業不繳或少繳以至造成員工權益受損之勞資糾紛比較少，但是自從 1995 年的「勞動法」、2008 年的「勞動合同法」、2011 年的「社會保險法」相繼實施以後，大陸政府嚴格執行簽訂書面的勞動合同以及強制參加社會保險，導致員工的維權意識逐漸高漲。有接近退休年齡的員工，關心起自己的權益，發現自己可以獲得的養老保險待遇較之別人大幅縮水，就認為公司不繳或少繳社會保險費，導致他們的退休保險待遇被壓縮，於是此類的勞動爭議就浮出水面了（其實員工當年也不願意繳或希望少繳）。又如 70 後、80 後的員工不太在意住房公積金，當時幾乎很少有這類的勞資糾紛，現在是第二代的 90 後員工，比較有自我意識，熱心追求城市生活品質，對於購買一套住房的需求更是箭在弦上，所以對企業是否有參加住房公積金制度，也念茲在茲，有關這類的勞資糾紛自然而然就應運而生了。

勞資關係是對立統一、相反相成的關係，處理的技巧稍有偏頗，則鬧得滿城風雨，上下交征戰，嚴重地影響到企業的日常管理作業效率，以及雇主品牌形象；又或訴諸勞動爭議仲裁委員會，常因企業本身的證據力不足而敗訴。臺商常嘆雖然大

陸投資誘因特大，市場無限，但是處在勞動法律不規範的人治社會，勞資紛爭迭起，稍有不慎，則企業經營就會蒙上一層陰影，更遑論永續經營？

臺商一直將員工管理問題列為重要的管理選項，究其原因，是大陸員工的工作態度與做事觀念，讓臺商頭疼不已。沒有操作標準（SOP）時，理由特別多，做的很少，「交代一，不會反三」；有了 SOP，卻只想要好做，從沒想到要如何做好。

眾所周知，大陸員工的主動積極性較差，怕擔當責任，遇事推諉；欠缺品質第一、顧客至上的觀念。這些偏差的工作態度與觀念，企業一致的做法幾乎是扣薪重罰，甚至以不能勝任為理由，就解除勞動合同，但欠缺證據力；或者解除勞動關係但無依規定支付經濟補償金。類似這些管理行為，是在大陸勞動法律對勞動者的傾斜性保護大傘下，冒著法律風險的決策行為，這是人力資源管理作業的癥結所在，往往不太懂或不依勞動法律的規範與程序去處理員工的問題。一旦忽略或不慎處理就會影響到勞資關係，甚至衍生出勞資糾紛，嚴重的造成群體性糾紛，甚至演變成一發不可收拾的群體性事件（罷工事件）。

紛爭不斷的勞資糾紛是處理人力資源管理作業的痛處，也是管理不到位的現象。大陸人力資源管理作業的重心偏向勞動關係管理，企業應當因應勞動法律的規定，就是做好預防管理作業，依法行事，依法管理，才是真正的管理實務。「大陸臺商勞資糾紛案例解析與管理實務手冊」係從預防管理的角度，指引臺商了解大陸勞動環境變遷趨勢、勞動相關法規之變化、勞動相關法規增修要點、常見的勞動爭議型態、勞動爭議之處理流程與處理要點、常見勞動爭議之案例解析、有效勞資管理之對策建議，最後並提供大陸臺商所遇到的勞動問題 Q&A，以佐證勞動法令的規範以及人力資源管理作業的正確處理方式。

第一章 中國大陸勞動環境變遷趨勢分析

第一節 中國大陸人力成本變化趨勢

人力成本包含工資成本與福利成本，占企業的經營成本極大的份量，基於勞動力使用的對價關係，勞動法律制訂工資與社會保險及其他福利規範，作為企業執行人力資源管理作業的依據。二十一世紀以來，大陸的人力成本當中最大的關鍵出在工資與社會保險福利政策的調整，對企業人力成本影響最大的就是年年調漲的最低工資標準、企業本身工資的加薪政策，另一個為占工資成本約 60% 的社會保險費用與住房公積金，這些構成人力成本遽增的主要原因，其他尚有加班成本、經濟補償成本（即我國的資遣費）、假期成本（如國定節假日、年休假、婚喪假、產假是法定的假期，視為正常工作時間，企業要支薪）等等。

由於勞動力供需趨緊、工資福利成本上漲，已經成為長期趨勢。不論是工廠或服務業的第一線，早就感受到招工難和工資上漲相互影響的衝擊。廣東省深圳市的工業區，一年四季都掛著招工牌子，這表示沒有一家工廠能夠招足所需的勞工。勞動力不足，企業只好不斷提高工資，但缺工荒依舊沒有解決。2000 年以來，幾乎全大陸所有省份都上調了最低工資，再加上養老、醫療、失業、工傷和生育保險，以及住房公積金費用，水漲船高，大陸早已告別低工資、低福利，堂堂進入高工資、高福利的時代了。

一、大陸工資總額、最低工資標準、加班工資、有薪假期工資等工資成本

（一）工資總額

按大陸國家統計局 1990 年 1 月發布的「關於工資總額組成的規定」，企業的工資體系包含了基本工資、工齡工資、加班工資、崗位工資、津貼或補貼、獎金（績

效獎金或提成)等項目，一般稱為結構工資制。這些構成工資總額的法定條件。

工資總額是指各單位在一定時期內直接支付給本單位全部職工的勞動報酬總額。工資總額的計算應以直接支付給職工的全部勞動報酬為根據。

法定的工資總額由六個部分組成，即計時工資、計件工資、獎金、津貼、補貼、加班加點費。工資總額的組成內容如下：

1. 計時工資：指按計時工資標準和工作時間支付的報酬，如結構工資制的基礎工資和職務工資；
2. 計件工資：指對已做完工件，按計件單價支付的報酬；
3. 獎金（指支付給職工的達成指標之超額勞動報酬或節約支出增加收入的勞動報酬。如生產獎、節約獎、勞動競賽獎等）；
4. 津貼：指為了補償職工特殊或額外勞動消耗或其他特殊原因而支付的工資稱之為津貼。如高溫津貼、夜班津貼、醫療衛生津貼、工齡津貼、伙食津貼、通信津貼等；
5. 補貼：指為了保障職工工資水準不受物價變動影響而支付的工資稱為補貼，如副食品價格補貼、糧價補貼、肉類補貼等；
6. 加班加點費：指按規定的加班加點費率支付的工資。

企業須知工資總額直接與員工所得稅、社會保險、住房公積金等稅費的計算基數（以該員工去年平均工資為今年的繳費基數）互相掛勾；根據工資總額所計算出來的平均工資（員工離職前12個月的月平均工資）更是支付經濟補償金的計算基數。換言之，工資總額越高，繳費基數就越高，企業的福利成本就水漲船高了。

（二）最低工資標準

大陸於 1993 年實施「企業最低工資標準」，2004 年 3 月修正實施並更名為「最低工資規定」。省、自治區、直轄市範圍內的不同行政區域可以有不同的最低工資標準。

根據大陸「勞動法」規定，國家實行最低工資保障制度。支付給員工的工資總額都不能低於當地規定的最低工資標準。按「最低工資規定」規定，在勞動者提供正常勞動的情況下，用人單位應支付給勞動者的工資在剔除加班工資、特殊工作環境與條件下的津貼、伙食補貼（飯貼）、上下班交通費補貼、住房補貼，以及企業代扣代繳的員工應負擔的社保費用與住房公積金以後，不得低於當地最低工資標準。

各地方規定的剔除項目稍有差異，例如：上海市與北京市不但規定最低工資不包含伙食補貼（飯貼）、上下班交通費補貼、住房補貼，也不包含員工個人依法繳納的社會保險費和住房公積金。換句話說，上海市、北京市的限制規定大大增加了企業的人力成本。其他省份規定則有寬有緊，例如：江蘇省是扣除個人繳納的住房公積金，不扣除社會保險費；深圳市、浙江省、遼寧省則是不扣除個人繳納的社會保險費與住房公積金；廣州市規定要扣除住房公積金、免費食宿、免費用餐等福利。企業在執行最低工資標準時應當依企業所在地的地方規定。

大陸對最低工資的內涵有較嚴格的規定，基層員工的應領工資高於最低工資標準。由於最低工資標準幾乎年年上調，以致企業的工資成本越來越高。例如：2015 年 4 月上海市最低工資調高為 2,020 元，如果再加上不能計算在內的加班費用、津貼、員工應負擔的社保費用與住房公積金等費用，實際上每位基層員工所領的工資，應當在 3,000 元以上。

截至今（2015）年 11 月為止，一共有 23 個地區調高了最低工資標準，平均增幅在 15.8 % 以上。調整的幅度有高低，大部份地區，由於各地經濟發展情況不一樣，都再分成幾個檔次。一般而言，有單一檔次（上海、北京、天津、深圳、西藏

等 5 個地區)、兩個檔次(重慶等 1 個地區)、三個檔次(江蘇、山東等一共 11 個地區)、四個檔次(河北、浙江等一共 15 個地區)。各地區間以及本地區範圍內不同區域的差異，而產生不同檔次的調薪數字。2015 年大陸各地區月最低工資標準情況，如附表一所示。附表一 2015 年大陸各地區月最低工資標準情況¹

單位：元(人民幣)

地區	標準實行日期	月最低工資標準			
		第一檔	第二檔	第三檔	第四檔
北京	2015/04/01	1720			
天津	2015/04/01	1850			
河北	2014/12/01	1480	1420	1310	1210
山西	2015/05/10	1620	1520	1420	1320
內蒙古	2015/07/01	1640	1540	1440	1320
遼寧	2013/07/01	1300	1050	900	
吉林	2013/07/01	1320	1220	1120	
黑龍江	2012/12/01	1160	1050	900	850
上海	2015/04/01	2020			
江蘇	2014/11/01	1630	1460	1270	
浙江	2015/11/01	1860	1660	1530	1380
安徽	2013/07/01	1260	1040	930	860
福建	2015/07/01	1500	1350	1230	1130
江西	2015/10/01	1530	1430	1340	1180
山東	2015/03/01	1600	1450	1300	
河南	2015/07/01	1600	1450	1300	
湖北	2015/09/01	1550	1320	1225	1100
湖南	2015/01/01	1390	1250	1130	1030
廣東	2015/05/01	1895	1510	1350	1210
(深圳)	2015/03/01	2030			
廣西	2015/01/01	1400	1210	1085	1000
海南	2015/01/01	1270	1170	1120	
重慶	2014/01/01	1250	1150		
四川	2015/07/01	1500	1380	1260	
貴州	2015/10/01	1600	1500	1400	

¹ 資料來源：<http://news.shangyu.fang.com/2015-10-13/17542100.htm>。大陸人力資源與社會保障部網站。

雲南	2015/09/01	1570	1400	1180	
西藏	2015/01/01	1400			
陝西	2015/05/01	1480	1370	1260	1190
甘肅	2015/04/01	1470	1420	1370	1320
青海	2014/05/01	1270	1260	1250	
寧夏	2015/07/01	1480	1390	1320	
新疆	2015/07/01	1670	1470	1390	1310

附表一顯示出 2015 年的最低工資標準現況，如前所述，除了 23 個地區有調整外，其餘的省市均延續 2014 年或之前的最低工資標準。

根據大陸人力資源社會保障部（以下簡稱人社部）統計，2010 年有 30 個省市調整最低工資標準，平均增幅 22.8%；2011 年有 25 個省市調整最低工資標準，平均增幅 22%；2012 年有 25 個省市調整，平均增幅 20.2%；2013 年有 27 個地區調整，平均增幅為 17%；2014 年共有 19 個地區調高最低工資標準，平均增幅在 14.1%；2015 年（截至 11 月 1 日為止）有 23 個省市調整，平均增幅為 15.8%。2010 年不論是調整的地區和幅度都是 125 規劃期間最高的，2014 年不論調整的地區和幅度則是 2010 年以來最低，凸顯現階段大陸經濟成長放緩已影響受薪階級的薪資水準。²

茲再以 2011 年為基礎，比較 2011 年與 2015 年的增長數字。由於 2011 年是 125 規劃的第一年，其分母基礎來自 2010 年的最低工資標準；2015 年是 125 規劃的第五年，也是最後一年，更是 135 規劃的分母資料基礎年。其最低工資標準是 2016 年的分母基礎。2010 年以後，由於大陸經濟情勢逐漸回溫，接著進入 125 規劃期間，調漲趨勢銳不可擋，如附表二所示。

² 資料來源：http://www.workinchina.tw/handbook10_3.html。以及作者整理計算 2015 年各省市最低工資標準的平均資料。

附表二 2011年與2015年大陸各地區最低工資比較表³

單位：元（人民幣）

地區	2011		2015		增長率（%）	
	高檔次	低檔次	高檔次	低檔次	高檔次	低檔次
北京	1160	—	1720	—	48.3	—
天津	1160	—	1850	—	59.5	—
河北	1100	860	1480	1210	34.5	40.7
山西	980	740	1620	1320	65.3	78.4
內蒙古	1050	820	1640	1320	56.2	61
遼寧	1100	780	1300	900	18.2	15.4
吉林	1000	830	1320	1120	32.0	34.9
黑龍江	880	600	1160	850	31.8	41.7
上海	1280	—	2020	—	57.8	—
江蘇	1140	800	1630	1270	43.0	58.8
浙江	1310	950	1860	1380	42.0	45.3
安徽	1010	680	1260	860	24.8	26.5
福建	1100	750	1500	1130	36.4	74.7
江西	720	500	1530	1180	112.5	136.0
山東	1100	800	1600	1300	45.5	62.5
河南	1080	820	1600	1300	48.1	58.5
湖北	1100	750	1550	1100	40.9	46.7
湖南	1020	770	1390	1030	36.3	33.8
廣東	1300	850	1895	1210	45.8	42.4
（深圳）	1320	—	2030	—	53.8	
廣西	820	565	1400	1000	70.7	77.0
海南	830	680	1270	1120	53.0	64.7
重慶	870	710	1250	1150	43.7	62.0
四川	850	650	1500	1260	76.5	93.8
貴州	930	740	1600	1400	72.0	89.2
雲南	950	720	1570	1180	65.3	63.9
西藏	950	850	1400	—	47.4	
陝西	860	680	1480	1260	72.1	85.3

³ 資料來源：http://www.mohrss.gov.cn/Ldgxs/LDGXqiyegongzi/LDGXzuidigongzibiao/hun/201509/t20150929_221690.htm
。大陸人力資源與社會保障部網站。

甘肅	760	630	1470	1370	93.4	117.5
青海	920	900	1270	1250	38.0	38.9
寧夏	900	750	1480	1320	64.4	76.0
新疆	1160	800	1670	1390	44.0	73.8
地區數	32	28	32	27		
平均	1022.2	749.1	1541.1	1191.9	50.8	59.1

附表二所示，從 2011 年到 2015 年共跨越 5 個年度，平均增長率為高檔次 50.8%，低檔次 59.1%。換言之，增加約在五成左右。大部分地區持續調高最低工資，是不可避免的趨勢。

大陸於 2012 年 2 月公佈「促進就業規劃（2011—2015 年）」，指出 125 規劃期間最低工資標準年均增長目標為 13%，到 2015 年絕大多數地區最低工資標準將達到當地城鎮從業人員平均工資的 40% 以上。

2016 年開始的 135 規劃，勢必對員工的工資政策，再次明確確定。當最低工資標準一調整，臺商所受衝擊立即顯現，必須及早提出因應對策。

（三）工資指導線

所謂工資指導線是指年度工資水準增長的標準線。即是規範與調控企業的工資分配，使企業工資增長符合經濟和社會發展要求，同時也能與企業自身效益增長水準相適應的標準線。依據企業正常增長、快速增長及效益下降或虧損等情形，分別訂定工資增長基準線、上線、下線來規範。

大陸地方政府每年都會公布工資指導線，但僅是企業決定工資調整的參考依據，並無強制性。

企業為了招才、留才目的，創造外部人才競爭優勢，參考工資指導線而進行的調薪行動，是屬於企業本身的人力資源策略以及加薪政策。然而如果企業與工會或職工代表集體協商結果，完成書面的「集體合同」，規定每年在一定的條件之下，

按調整比例進行工資調整，此時的工資成本就非企業單方能夠管控了。大陸 2014 年工資指導線調整情況，如附表三所示。

附表三 2015 年各省市工資指導線調整情況⁴

省市	上線	基準線	下線	省市	上線	基準線	下線
北京	16.0%	10.5%	3.5%	河南	18.0%	12.0%	3.0%
天津	18.0	10.0	3.0	廣東	12.0%	8.5%	0 或負成長
山西	18.0%	10.0%	4.0%	海南	12.3%	11.3%	4.0%
內蒙古	14.5%	10.1%	3.0%	四川	17.0%	11.0%	4.0%
遼寧	12.0%	8.0%	3.0%	雲南	17.0%	10.0%	3.0%
吉林	13.0%	8.0%	3.0%	陝西	15.0%	10.0%	5.0%
福建	15.0%	10.0%	2.0%	甘肅	16.0%	10.0%	5.0
江西	不設上限	12.0%	5.0%	青海	16.0%	9.0%	4.0
山東	18.0%	10.0%	4.0%	新疆	15.0%	12.0	3.0

附表一、附表二是針對基層勞動者調漲最低工資標準，但從附表三的調漲情況來看，卻同時帶動了一般職工與幹部等專業、技術人才的工資調整力道，因為工資指導線（有的地方也會公布指導價位）的公布，使得年年缺工、缺才的勞動力市場進入激烈的人才爭奪戰，企業要吸引人才投入，只有依據工資指導線及工資指導價位為參考基準，調高各級專業人才的薪資，才會有人來應徵，這就是企業應該創造的外部競爭優勢環境。

（四）加班工資

根據「勞動法」的第 41、44 條規定，企業由於生產經營需要，經與工會和勞動者協商後可以延長工作時間。延長工作時間是指勞動者根據企業的安排，超過法定標準工作時間進行勞動。延長工作時間包含加班與加點兩種情況。加班是指勞動者

⁴ 資料來源：http://www.mohrss.gov.cn/ldgxs/LDGXqiyegongzi/LDGXgongzizhidaoxian/201509/t20150929_221692.htm
。大陸人力資源與社會保障部網站。

根據企業的安排，在休息日（週六、週日）與法定節假日工作。如果在休息日安排加班，企業要先安排補休，不能安排補休的，要支付加班工資；如果在法定休假日安排加班⁵，企業要支付加班工資；加點是指勞動者根據企業的安排，在標準日工作時間之外進行勞動的，企業要支付加點工資。

企業按規定的計薪工作日數（即每月 21.73 天、173.84 小時）的標準⁶，以標準工資為加班、加點計算基數，乘以加班費率，支付高於勞動者正常工作時間工資的工資報酬：

1. 標準日工作時間之外延長工作的加點工資（月標準工資 \div 21.75 天 \div 8 小時 \times 150%）；
2. 休息日加班工資（月標準工資 \div 21.75 天 \div 8 小時 \times 200%）；
3. 法定休假日加班工資（月標準工資 \div 21.75 天 \div 8 小時 \times 300%）。

另外，大陸加班加點有一些特殊規定，茲分析如下：

1. 懷孕 7 個月以上和哺乳未滿一周歲嬰兒的女職工以及未成年工都禁止安排延長工作時間；
2. 休息日安排加班工作的，可先安排補休，不能安排補休的才支付加班加點工資；
3. 實施綜合計算工時工作制的，在規定的時間內，遇到週休息日，應當屬於正常工作日，如果在一個用工週期內（例如一週、一季、一月）超過法定標準工作時間（即制度工作日，每月 20.83 天、166.64 小時）的時間，⁷應視為延

⁵法定休假日是指根據大陸國務院於 2013 年 12 月 11 日修改的「全國年節及紀念日放假辦法」規定，共有 11 天的有薪休假日。

⁶計薪工作日數是計算薪資的依據。全年一共 52 週，有 104 天（2 天 \times 52 週）休息日不計薪，全年 365 天減去 104 天，得出 261 個計薪日（含 11 個國定假日），分到 12 個月，就是 21.75 天。

⁷制度工作日數是計算是否有超時工作依據。全年一共 52 週，有 104 天（2 天 \times 52 週）休息日，以及 11 個法定休假日，全年 365 天減去 104 天，再減去 11 天，得出 250 個計薪日，分到 12 個月，就是 20.83 天。

長工作時間，要按規定支付加班費。包含平時延長加班與休息日加班時間，加班費率都以 150% 計，但在法定休假日加班工作，⁸要依照規定支付加班費，加班費率為 300%；

4. 實施不定時工作制的（類似我國的責任制），指高級管理人員、外勤人員、推銷人員、值班人員、運輸人員等），由於工作時間不固定，超出標準工時的工作時間不算加班加點，亦不需發給加班加點工資。但工作日是法定休假日時，要依照規定支付加班費，加班費率為 300%。

「勞動法」關於延長工作時間每月不得超過 36 小時的規定，既包括正常工作日加點的時間，也包括休息日加班而未安排補休的加班時間以及法定節假日加班。然而，也有學者專家認為延長工作時間每月不得超過 36 小時的規定，只限於正常工作時間之外的延長時間，並不包括休息日與法定節假日。因為「勞動法」第 36 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 1 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 3 小時，但是每月不得超過 36 小時。

（五）有薪假期工資

1. 「勞動法」、「工資支付暫行規定」規定，勞動者在法定休假日和帶薪年休假（即我國的特別休假）、探親假、婚假、喪假期間以及依法參加社會活動期間，視為提供正常勞動，企業應當依法支付工資。

（1）帶薪年休假

依據「職工帶薪年休假條例」第 3 條、「關於『企業職工帶薪年休假實施辦法』有關問題的復函」第 2 條規定，職工累計工作已滿 1 年不滿 10 年的，年休假 5 天；已滿 10 年不滿 20 年的，年休假 10 天；已滿 20 年的，

⁸ 大陸的法定休假日，即元旦 1 天、春節 3 天（初一至初三）、清明節 1 天、國際勞動節 1 天、端午節 1 天、中秋節 1 天、國慶節 3 天，一共 11 天。

年休假 15 天。職工的累計工作時間可以根據檔案記載、單位繳納社保費記錄、勞動合同或者其他具有法律效力的證明材料確定。國家法定休假日、休息日不計入年休假的假期。

(2) 婚喪假工資

企業可參照「關於國營企業職工請婚喪假和路程假問題的通知」第 1 條規定，職工本人結婚或職工的直系親屬（父母、配偶和子女）死亡時，可以根據具體情況，由本單位行政領導批准，酌情給予 1 至 3 天的婚喪假。

同通知第 2 條規定，職工結婚時雙方不在一地工作的；職工在外地的直系親屬死亡時需要職工本人去外地料理喪事的，都可以根據路程遠近，另給予路程假。

大陸一般婚假的年齡條件全國統一，即男不得早於 22 周歲，女不得早於 20 周歲。婚喪假期間，視為提供正常工作時間，工資照發。另外，符合「人口與計劃生育法」、各地「人口與計劃生育條例」等規定，男滿 25 歲、女滿 23 歲結婚的，另外再給晚婚假若干天（依地方規定略有差異）。

2. 病假工資

員工於病假期間要支付部分工資，即為病假工資。例如按「北京市工資支付規定」勞動者患病或者非因工負傷的，在病休期間，用人單位應當根據勞動合同或集體合同的約定支付病假工資。用人單位支付病假工資不得低於本市最低工資標準的 80%。

又如按「深圳市員工工資支付條例」第 23 條規定，員工患病或者非因工負傷停止工作進行醫療，在國家規定的醫療期內的，用人單位應當按照不低於本人正常工作時間工資的 60% 支付員工病傷假期工資，但不得低於最低工資的 80%。計算公式為病假工資 = 計算基數（本人正常工作時間工資）× 60%（計發比例）÷ 21.75 天 ×

病假天數。但不得低於最低工資標準的 $80\% \div 21.75 \text{ 天} \times \text{病假天數}$ 。

所以，企業要在「勞動合同」裡面，必須將《病假工資》寫入條款內，例如有一家上海臺商在其「勞動合同」中規定，乙方患病或非因工負傷，甲方應按國家和地方的規定給予醫療期和醫療待遇，按醫療保險及其他相關規定報銷醫療費用，並在規定的醫療期內支付病假工資或疾病救濟費，數額為 元/月（不低於當地最低工資標準的 80%）。

3.產假工資

依大陸「女職工勞動保護特別規定」第 7 條規定，女職工生育享受 98 天的產假，多胞胎生育的，每多一胎增加產假 15 天，難產的增加 15 天。懷孕未滿 4 個月流產的，給於 15 天產假，滿 4 個月以上流產的，給於 42 天產假。

另外，符合「人口與計劃生育法」、各地「人口與計劃生育條例」等規定，女滿 24 歲懷孕生育的，另外再給晚育假若干天（依地方規定略有差異）。

員工產假期間工資，依據「社會保險法」規定，用人單位已經繳納生育保險費的，其職工享受生育保險待遇，生育保險待遇包括生育醫療費用和生育津貼。

生育津貼按照職工所在用人單位上年度職工月平均工資計發。

生育津貼即為產假工資，生育津貼高於本人當月工資標準的，企業不得克扣；生育津貼低於本人當月工資標準的，差額部分由企業補足。

換言之，有參加生育保險的企業，由生育保險基金支付員工產假期間的生育津貼，企業不必再支付工資，沒有參加生育保險的，由企業支付產假期間的工資。

4.事假無工資

大部分地區在有關工資支付規定的地方法規中都有規定：「勞動者在事假期

間，用人單位可以不支付其工資。」然而不支付的計算方式並無明確規定。企業可在規章制度中明確「事假無工資」的規定。

二、大陸社會保險與住房公積金成本

（一）社會保險成本

如前所示，影響人力成本最大的因素，除了年年調漲的最低工資標準、企業內部的加薪政策（含勞資雙方協議出「集體合同」所規定的工資調整比例）外，就是占工資成本約 60% 的社會保險費用與住房公積金（以下簡稱五險一金，詳情請參閱附表四），二者構成企業人力成本遽增的主要關鍵。

社會保險體系包括：基本養老保險、基本醫療保險、失業保險、工傷保險和生育保險等五類險種。

社會保險的繳費基數是員工的工資總額，一般是以該員工去年度月平均工資為今年的繳費基數。而繳費比例，因險種而異，一般規定如下：

1. 基本養老保險的繳費比例

按照國務院 2000 年頒布的「關於完善城鎮社會保險體系的試點方案」中規定，企業繳納基本養老保險的繳費比例一般不得超過企業工資總額的 20%。

員工的繳費比例，國務院 2005 年頒布的「關於完善企業職工基本養老制度的決定」中規定，從 2006 年 1 月 1 日開始，個人帳戶的規模統一按個人繳費工資的 8% 確定。

2. 基本醫療保險的繳費比例

企業繳納基本醫療保險的繳費比例，目前大部分省市按 6% 費率處理，有的地方根據經濟發展的情況，企業繳費比例高於 6%，員工則為 2%。

3.失業保險的繳費比例

「失業保險條例」第6條規定，城鎮企業、事業單位按照本單位工資總額的2%繳納失業保險費。城鎮企業、事業單位職工按照本人工資的1%繳納失業保險費。城鎮企業、事業單位招用的農民合同制工人，本人不繳納失業保險費。

同條例第9條規定，省、自治區、直轄市人民政府根據本行政區域失業人員數量和失業保險基金數額，報經國務院批准，可以適當調整本行政區域失業保險費的繳費比例。

4.生育保險的繳費比例

「社會保險法」第53條規定，職工應當參加生育保險，由用人單位按照國家規定繳納生育保險費，職工不繳納生育保險費。目前生育保險的繳費比例，企業一般控制在職工工資總額的1%以下，個別地方為職工工資總額的1%。

5.工傷保險的繳費比例

關於工傷保險的繳費比例，大陸實行的是差別費率和浮動費率相結合的費率確定方式。在實踐上依照行業風險分為三類，一類為風險較小行業，二類為風險中等行業，三類為風險較大行業等三種行業風險。分別實施不同的工傷保險繳費比例。一般控制在職工工資總額的0.5%、1.0%、2.0%左右。⁹

(二) 住房公積金成本與繳費比例

大陸政府為解決職工住房問題，按國家有關政策、法規所建立的長期住房保障制度，稱為住房公積金。並於1999年3月17日頒布「住房公積金條例」。住房公積金是職工按規定存儲起來的專項用於住房消費支出的個人住房儲金。住房公積金是企業的福利成本項目，其繳費比例，單位和職工繳存比例不應低於職工上一年度

⁹ 資料來源：蕭新永，《大陸社會保險法分析與對策》，臺北市進出口商業同業公會，2013年。

月平均工資的 5%。但各地法規規定略有不同，企業應以地方規定為準。

例如：以廣東東莞為例，按「東莞市住房公積金繳存管理辦法」第 14 條規定，職工和單位住房公積金的繳存比例均不得低於職工上一年度月平均工資的 5%，不得高於 20%；第 12 條規定，職工住房公積金繳存基數為職工本人上一年度的月平均工資。職工住房公積金繳存基數，不得超過本市上一年度城鎮在崗職工月平均工資的 5 倍，不得低於本市職工當年最低工資標準。

（三）各地職工五險一金的繳費比例

大陸的五險一金所規定的繳費比例是原則性的，授權給地方政府在原則性的規定內進行調整，因而出現各地參差不齊的現象。因地區城市別的不同，企業的五險一金負擔，合計占工資的比重，40%上下，員工負擔在 20%上下。茲以上海市、蘇州市、北京市來講，如附表四所示。

附表四 大陸五險一金占工資成本比例分析表

省市別		上海市	蘇州市	北京市
區分		比例 (%)	比例 (%)	比例 (%)
養老保險	企業	21.0	20	20.0
	員工	8.0	8	8.0
	小計	29.0	28	28.0
醫療保險	企業	11.0	9	10.0
	員工	2.0	2+5 元	2+3 元
	小計	13.0	11+5 元	12+3 元
失業保險	企業	1.5	1.6	1.0
	員工	1.0	0.5	0.2
	小計	2.5	2.1	1.2
工傷保險	企業	0.5	1.0	1.0
	小計	0.5	1	1.0
生育保險	企業	1.0	1.5	0.8
	小計	1.0	1.5	0.8
住房公積金	企業	7.0	8.0	12.0
	員工	7.0	8.0	12.0

	小計	14.0	16	24.0
小計	企業	42.0	41.1	44.8
	員工	17.5	18.5	22.2
合計		59.5	59.6+5 元	67+3 元

由附表四得知，大陸企業的福利成本占工資成本比例相當高，例如：上海市為 62%，蘇州市為 59.6%+5 元，北京市為 67%+3 元。

繳費基數與比例是互為影響的，當繳費基數往上調整時，即使繳費比例維持固定的費率，企業的五險一金費用也會調漲，當繳費比例往上調整時，五險一金費用也跟著調漲，如果兩者都調漲時，五險一金費用的漲幅就會拉高，提升了企業人力成本，壓縮了利潤空間。

實務上，目前大陸各地規定的繳費基數有差異，例如廣州市有關基本養老保險的繳費基數是依據廣東省在崗職工月平均工資，上限基數為廣東省在崗職工月平均工資的 300%，下限基數為廣東省在崗職工月平均工資的 60%；其餘基本醫療保險、生育保險、失業保險、工傷保險則依廣州市城鎮單位職工月平均工資，上限基數統一為廣州市城鎮單位職工月平均工資的 300%，下限基數分為兩種，一是基本醫療保險、生育保險的繳費基數是廣州市城鎮單位職工月平均工資的 60%，另一為失業保險、工傷保險的繳費基數則是依據廣州市的最低工資標準。

雖然社會保險制度是強制性的，企業與員工都要參保，但也有地方政府實施優惠政策，繳費人數打折、繳費比例調降、繳費基數以最低工資標準、臨時工工資或基本工資等名目，給於企業優惠。但根據「國務院關於清理規範稅收等優惠政策的通知」（國發[2014]62 號）的規定，屬於非稅收入的社會保險，也被列入清理範圍。過去常見的地方政府不用全部員工人數繳納五險一金，可按照一定的比例繳納，也不用工資總額，只按照當地法定基本工資為繳費基數，這些地方政策是國務院 62 號文清理的重點。未來的五險一金必定回歸到全員、工資總額為基礎的法定規範。

2014 年 4 月，位於大陸東莞的臺商裕元鞋廠，由於社會保險的繳費基數問

題，員工恐怕影響未來的養老金給付權益而引發了群體糾紛，多達4萬多名工人參與了罷工行動。¹⁰由於社會保險費的繳費基數不符合法律的規定，低於員工的實領工資，同時繳存年限不足，造成部分即將退休的員工權益受損而向公司爭取，因公司未給於圓滿解決，致使部分員工串連，擴大為罷工事件。可見大陸職工越來越重視社會保險待遇。

（四）未來社會保險繳費比例可望降低

多年以來，許多企業反映用人單位繳納的社會保險比例總體負擔較重，特別是養老保險費率偏高，企業難以承受，導致企業人力成本上升，加重了企業的財務負擔，影響企業的市場競爭力和生存能力，同時加劇了逃費現象，造成惡性循環。應當考慮在適當時機適度降低用人單位繳納的養老保險費，以減輕企業的人工成本負擔，這樣有利於企業發展和促進就業。在基本養老保險基金規模增大、支付能力增強的情況下，適當降低單位費率，並不會導致退休人員養老金待遇降低。

為了解決回應企業呼籲降低社會保險費問題，2013年11月中共十八屆三中全會通過「中共中央關於全面深化改革若干重大問題的決定」（以下簡稱「決定」），「決定」的第12條第45項提到『適時適當降低社會保險費率。研究制定漸進式延遲退休年齡政策』。

大陸人社部指出，國家為降低社會保險費的繳費比例已採取了很多措施。一是大力推進提高統籌層次，建立起養老保險省級統籌制度；二是各級政府加大對社會保險基金的投入；三是在經濟波動中，採取階段性減繳、緩繳社會保險費的政策。今後，隨著社會保障制度的進一步完善，按照十八屆三中全會確定的改革方向，社會保險費的繳費比例將適時適當下調，以有效平衡國家、單位和個人的負擔。¹¹

三、與法定成本相關的法律規範

¹⁰ 資料來源：<http://www.businessweekly.com.tw/KIndepArticle.aspx?id=21835>。商業週刊。

¹¹ 資料來源：<http://finance.people.com.cn/insurance/n/2015/0111/c59941-26363714.html>。

從上述大陸職工工資政策、最低工資標準、工資指導線的工資調薪比例、加班工資、有薪假期工資、五險一金等人力成本的分析，可看出大陸迅猛的薪資調漲幅度，正逐漸侵蝕企業的利潤空間，這是企業在金融海嘯以後所遇到的困境，但也促使加快轉型升級的腳步。企業進行轉型升級時，必要關注到法定成本相關的法律規範，如下說明：

（一）使用成本

工資（基本工資、加班費率〈150%、200%、300%〉、津貼、績效獎金、年終獎金等）不能低於最低工資標準（應注意不包括的項目，例如加班工資、上下班交通津貼、飯貼、住房補貼，以及企業代扣代繳的員工應負擔的社保費用與住房公積金等等）；工資內含各種帶薪假期成本（法定休假日、帶薪年休假、病假〈不能低於最低工資標準的80%〉、產假、晚育假、婚喪假、晚婚假、其他參加社會活動的假期等等）以及員工工傷住院期間的工資與福利；企業要負擔的五險一金費用（按全體員工的工資總額為基礎，以去年該員工月平均工資為今年的繳費基數）。

（二）保障成本

員工因工傷在停工留薪期內的工資福利待遇、員工勞動能力鑑定為5至6級的傷殘津貼（取代正常工資）、勞動能力鑑定為5至10級員工離職時由企業支付的一次性傷殘就業補助金¹²、競業限制期間按月支付員工的經濟補償（約年薪的1/3至1/4）。¹³

（三）退出成本

經濟補償金，依法合法解除與終止的解雇成本，類似我國的資遣費。為了照顧員工離職後的生活，在解除或終止勞動合同時，符合解除或終止勞動合同條款所規

¹² 依據大陸「工傷保險條例」第36條規定，工傷員工申請解除、終止勞動合同的，以及第37條規定，工傷員工申請解除勞動合同，或勞動合同到期終止等情形，企業應支付一次性傷殘就業補償金。

¹³ 依據「勞動合同法」第23條規定，企業與員工訂有競業限制協議的，企業應於員工離職後按月給於經濟補償。

定的經濟補償條件，而支付的經濟補償金。（詳情請參閱第二章第二節）

第二節 中國大陸缺工變化趨勢

2000年以來，中國大陸缺工的情況嚴峻，2015年以後又如何呢？根據大陸國務院發展研究中心金融研究所副所長巴曙松表示，依據大陸最新第六次全國人口普查結果(2010年開始，先後歷行3年)，研判2015年左右大陸人口紅利窗口即將關閉，勞動人口數量將開始下降。事實上，根據大陸國家統計局局長馬建堂於2013年1月18日在國務院新聞辦公室舉行的2012年國民經濟運行新聞發布會上說，2012年15至59歲的勞動年齡人口的絕對數量減少了345萬人。¹⁴

巴曙松進一步預測這將給大陸帶來一系列的影響，包括：勞動工資持續上漲成為物價上漲的推動力、經濟成長將趨緩、收入分配可望改善、消費取代投資成為經濟成長的動力，當然這一系列的評估都和未來整體情勢變化和政府作為息息相關，但勞動人口存量即將下降是可預見的事實，而這也代表缺工的情況仍繼續存在，尤其在特定地區，缺工的情況可能更加嚴重。例如珠三角未來缺工情況將比長三角、環渤海等地區嚴重。¹⁵

所謂的「人口紅利」，是指一個國家的勞動年齡人口的成長速度，超過總人口成長速度，撫養比率較低所帶來的人均收入增加。大陸在過去30年確實嘗到了「人口紅利」帶來的好處。

為瞭解決勞動力短缺問題，2013年11月中共三中全會通過的「決定」第12條第46項提到『堅持計劃生育的基本國策，啟動實施一方是獨生子女的夫婦可生育兩個孩子的政策，逐步調整完善生育政策，促進人口長期均衡發展。』此一政策簡稱為「單獨二孩政策」，一方是獨生子女的夫婦將可生育兩個孩子。然而這些新增加

¹⁴ 資料來源：http://news.xinhuanet.com/2013-01/18/c_114422627.htm。

¹⁵ 資料來源：<http://www.mac.gov.tw/public/Attachment/19309572261.pdf>，倪浩軒，《中國大陸沿海缺工及工資上漲對臺商的影響》。

的勞動力最快是在 18 年後才能投入勞動力市場。

再者，大陸人社部部長尹蔚民在今（2015）年大陸第 12 屆全國人民代表大會第 3 次會議上午舉行記者會宣佈，大陸將以漸進式延遲退休，縮短領取養老保險金年限，方案預定 2017 年推出¹⁶。大陸未來以實行退休年齡的延遲政策來累積社會保險基金，如果將退休年齡延遲 5 年，社保基金就可少支付 5 年的養老金，同時又多收 5 年的基本養老保險費用，一來一去就有 10 年養老保險基金的差距。

延遲退休年齡，也跟目前勞動力供給下降有關，這表示大陸勞動力無限供給時代已經結束，因此需要利用延後退休（至少五年）的人力資源。

人口老化帶來的勞動力短缺，也意味著勞工生產力、工作效率必須不斷提高，才能應付目前的勞動力短缺現象。

¹⁶ 資料來源：http://money.udn.com/storypage.php?sub_id=5641&art_id=755924。

第三節 中國大陸勞動爭議趨勢

大陸所稱的「勞動爭議」，又稱為勞動糾紛或勞資糾紛，就是隨著大陸經濟的快速發展，伴隨著企業的發展和雇用規模的擴大，勞動爭議發生的數量、規模也以更快的速度在增加中。

勞動爭議的內容，從目前來看，一般而言，主要以權利爭議為主，至於利益爭議，也逐漸的浮現出來。權利爭議是指基於法律、勞動合同之規定，當事人主張權利存在與否或有無受到侵害，或有無履行合同約定義務等情形而發生的爭議。權利爭議可以是因個別勞動關係中的勞動合同的履行所產生的爭議，也可以是集體勞動關係中由於集體合同的履行所產生的爭議。員工的主張主要在於確認勞動關係爭議、支付工資和經濟補償金、解除或終止勞動關係爭議以及繳納社會保險爭議等這些可以依法裁決的案件。

至於利益爭議，一般是指因為確定或變更勞動條件而發生的爭議，即當事人對將來構成彼此間權利義務的勞動條件，主張繼續保持現狀條件或應予變更調整而發生的爭議。隨著經濟形勢的變化，以增加工資、改善勞動條件等為主要訴求的利益爭議也會逐漸增加中。

從目前的臺商經營管理實務來看，所雇用的員工結構也在產生變化，以前大陸員工群體中以普通工人及基層主管（藍領）階層為主，較少聘用中高層主管，因為中高層主管大都是臺籍幹部。此現象已經有所改變，隨著臺商企業使用幹部、主管人才「在地化」，大陸員工擔任白領階層的比例逐漸提高，跟隨而來的勞動爭議會更複雜化與多元化，有關人才的勞動爭議必然會逐漸現形。

換言之，不管臺商從製造導向的工廠經營進入行銷導向的服務業經營，從實體經營進入虛擬經營，每個行業領域都會有勞動爭議問題。

一、大陸勞動爭議調解與仲裁分析

根據大陸人社部和國家統計局的統計，從 2008 年至 2012 年為止，由各級勞動爭議調解組織和仲裁機構受理的勞動糾紛案件情況，如附表五所示。

附表五 大陸勞動爭議調解與仲裁分析¹⁷

單位：萬

年度	調解件數 A	仲裁受理件數				合計 總件 數 F=A +D	人數			J= H÷I (%)	K= H÷C (人)
		一般 爭議 件數 B	集體 爭議 件數 C	小計 爭議 件數 D	E= C÷D (%)		一般 爭議 人數 G	集體 爭議 人數 H	合計 總人 數 I		
2008	23.7	67.1	2.2	69.3	3.17	93	71.1	50.3	121.4	41.43	22.86
2009	18.8	67	1.4	68.4	2.05	87.2	71.7	30.0	101.7	29.50	21.43
2010	68.5	59.2	0.9	60.1	1.50	128.6	60.3	21.2	81.5	26.01	23.56
2011	72.6	58.2	0.7	58.9	1.19	131.5	60.4	17.5	77.9	22.46	25.00
2012	76.2	63.4	0.7	64.1	1.09	140.3	65	23.2	88.2	26.30	33.14

註：1. 2009 年（含）以前的調解案件只計入仲裁機構庭下調解的案件，2010 年（含）以後的調解案件則計入調解組織受理以及仲裁機構庭下調解的案件。

2. 2009 年（含）以前的受理案件只計入各級勞動爭議仲裁機構受理的勞動糾紛案件，2010 年（含）以後的受理案件則計入各級勞動人事爭議調解組織和仲裁機構的件數與人數。

根據附表五的內容分析，大陸的勞動爭議有以下幾個特點：

（一）勞動爭議總件數逐年上升

從 2008 年開始，隨著經濟的發展、勞動法律的完善以及勞動者權利意識的日益濃厚，大陸勞動爭議總案件總體上呈現逐年上升的趨勢，除了 2009 年較上年度略減外，從 2008 年的 93 萬件，上升到 2012 年的 140.3 萬件。從長遠發展來看，大陸勞動爭議件數還會進一步上升。

¹⁷ 資料來源：<https://www.laogonghuzhu.org/2931.html>，勞工互助網。

（二）集體勞動爭議件數下降，但涉及勞動者的人數在上升，規模在擴大

集體爭議，又稱為多人爭議或群體性爭議，是指多個職工當事人基於共同理由而與用人單位發生的勞動爭議。依「勞動爭議調解仲裁法」等相關法律規定，10 人以上的勞動爭議稱之為集體勞動爭議，50 人以上的勞動爭議則稱之為重大勞動爭議。按照上述統計分析，從 2008 年至 2012 年，集體勞動爭議的件數數量並沒有增加，甚至還有下滑的趨勢，但涉及勞動者的人數卻在增加。從表的 K 可觀察出每件集體勞動爭議的平均人數從 2008 年至 2012 年分別為 22.86 人、21.43 人、23.56 人、25.00 人、33.14 人。因此從人數上來看，集體勞動爭議的規模出現擴大化趨勢。

另外，從勞動爭議的仲裁件數的情況來看，集體勞動爭議的仲裁件數占勞動爭議的仲裁件數比例小，從 2008 年至 2012 年依次僅占案件總件數的 3.17%、2.05%、1.50%、1.19%、1.09%（表的 E），但集體勞動爭議的人數占總人數的比例大，從 2008 年至 2012 年分別占勞動爭議勞動者總人數的 41.43%、29.50%、26.01%、22.46%、26.30%（表的 J）；換言之，如果能夠解決或下降 2% 左右的案件數，就可以解決或下降 25% 左右的勞動爭議人數。

（三）勞動爭議調解在勞動爭議處理中發揮越來越大的作用

比較上述 5 年的資料，可以看出總件數數量在增長，但是勞動爭議仲裁機關受理的件數數量卻沒有多大變化，此乃勞動爭議的調解程序解決了日益增多的數量。從 2008 年的 23.7 萬件，增長到了 2012 年的 76.2 萬件（表的 A），解決件數數量增加了二倍多，在整個勞動爭議處理體系中發揮著日益重要的作用。

二、大陸勞動爭議的類型分析—以浙江省為例¹⁸

根據浙江省高級人民法院與浙江省勞動人事爭議仲裁委員會分別發佈勞動爭議仲裁和勞動爭議審判白皮書顯示，自從 2008 年至 2012 年為止，拖欠工資糾紛一直

¹⁸ 資料來源：http://blog.sina.com.cn/s/blog_7a32d45d0101d8vx.html。

是浙江傳統的勞動糾紛案件類型，在2008年以前，約占到勞動糾紛案件的80%，一些地區甚至達到90%，附表六為2008年至2012年為止勞動爭議類型。

附表六 2008年至2012年浙江省勞動爭議類型及占比分析表

項目	項目	內容	占比
1	勞動報酬類	雙倍工資、加班工資、工資變更	34.16%
2	社會保險類	繳納社會保險費用、給予工傷保險待遇	33.4%
3	經濟補償金、賠償金類	解除勞動合同的經濟補償金、違法解除的賠償金	25.11%
4	其他	年休假工資、勞務派遣、同工同酬、簽訂無固定期限合同、競業限制	7.30%
合計			100%

從附表六可以觀察到，根據白皮書內容顯示，近年來主張未簽訂勞動合同的雙倍工資、加班工資、工資變更等案件逐漸增多，要求繳納社會保險費用、給予工傷保險待遇、請求解除勞動合同的經濟補償金、違法解除的賠償金等仲裁請求也較為常見，還出現涉及年休假工資、勞務派遣、同工同酬、簽訂無固定期限合同、競業限制條款審查等糾紛，還有用人單位直接向中級人民法院起訴撤銷勞動仲裁裁決等案件類型。

特別要強調的是最近幾年以來，有關社會保險的糾紛的占比顯得很突出，在2008年之前，因為企業不繳或少繳以至造成員工權益受損之勞動糾紛比較少，原因就是員工尚年輕，感受不到養老保險福利對他（她）的急迫感，也就不願意繳，甚至希望少繳。但是自從「勞動合同法」、「社會保險法」實施以來，大陸政府嚴格執行簽訂書面的勞動合同以及強制性參加社會保險，導致員工的維權意識逐漸高漲，開始關注自己當前及未來的權益，一旦發現自己可以享受的養老保險福利較之別人可能大幅縮水以後，認為公司不繳或少繳社會保險費，導致他們的退休保險待遇被壓縮，於是此類的勞動爭議就浮出水面了。

另外，70後、80後的員工不太在意住房公積金，當時幾乎很少有這類的爭議事

項，現在是 90 後員工，比較追求城市生活品質，對於購買一套住房的需求更是箭在弦上，所以對企業是否有參加住房公積金，也念茲在茲，糾紛自然而然就應運而生了，甚至演變成類似罷工型態的群體糾紛。

總而言之，大陸實施「勞動合同法」是勞動爭議案件增加的主要原因。由於「勞動合同法」針對性地解決了過去勞動合同制度中存在的一些問題，明確規定了勞動合同雙方的權利和義務，進而保護了員工的合法權益，規定了企業應當建立和完善勞動合同制度，從諸多方面規範企業應當履行的合同義務，保護了在經濟上處於弱勢一方勞動者的合法權益。例如企業不簽訂勞動合同要承擔支付兩倍工資的法律責任、企業解除或終止勞動合同應支付給符合條件員工的經濟補償、社會保險的參保權利與義務等等問題都有明確的法律規定，可說「勞動合同法」為勞動者維護自身權利開啟了方便之門。

另外，有些員工一開始抱著懷疑的態度申請勞動爭議仲裁，一旦勝訴後，馬上就有多人狀告同一被告雇主以及同一勞動仲裁結果原、被告均不服而向基層法院起訴的情形。「勞動合同法」實施以後，勞動爭議案件呈現出受到重視的增長態勢。

第四節 中國大陸勞動環境從個別進入集體的趨勢

大陸勞動法律環境的變化，主要集中在勞動者權益的擴大對企業經營自主權的影響程度。「勞動法」、「勞動合同法」、「社會保險法」等勞動法律都發揮了對勞動者的維權效果，再加上大陸勞動力短缺，人口紅利枯竭，造成嚴重的缺工現象；同時勞動者最低工資年年調漲，以及社會保險費徵收力道加大，造成企業人力成本墊高，壓縮利潤空間等等事實；再者隨著經濟的快速發展，各種產業型態的企業，包含過去的傳統製造業以及服務業、網路行動商務，都因為企業數量快速增加，發展與規模逐漸擴大，雇用員工的需求亦隨之擴增。

因此，勞動爭議發生的數量、種類、規模也因而層出不窮，企業的經營管理效率以及處理方式（含不當處理、違法處理）更受到考驗，這其中包含個別與集體勞動爭議，以及屬於嚴重勞動爭議性質的罷工行為。目前大陸勞動法律環境，有從個別進入集體的趨勢：

一、從個別勞動合同進入集體合同

「勞動法」、「勞動合同法」，主要的宗旨強調企業與員工成立勞動關係的要件在於簽訂個別勞動合同以維護員工的權益，這是強制性的規範；現在的法律趨勢，則是強化工會角色，由工會代表員工和企業簽訂集體合同，個別勞動合同的勞動標準不得低於集體合同的勞動標準，因此需要一部「集體合同法」作為法源依據。目前各地方政府已經先後公布「集體協商與集體合同條例」，在各自的省市自治區執行，未來一部統一的「集體合同法」勢必進入立法程序，全國範圍內實施之。（詳情請參閱第二章第二節）

二、從個別勞動爭議進入集體勞動爭議

由於「勞動法」、「勞動合同法」、「社會保險法」等實體法陸續實施，對於

維護員工權益的力度，越加緊密，再加上「勞動爭議調解仲裁法」這部程序法的實施，使得勞資雙方糾紛的處理有了法律平臺。對各種經濟型態企業而言，由於經營管理上的管理措施，與員工的維權認知有了一定的差距，而產生了勞動爭議事件，這些個別勞動爭議案件的處理方式，除了企業內部私下協商處理，以及經由企業內的調解委員會或地方的調解組織調解外，大部分都經由各地勞動爭議仲裁委員會的仲裁處理程序（含庭下調解），這標誌著勞動爭議事件並不因法律的完善性而自然消彌於無形。

在這些勞動爭議案件中，屬於集體爭議的案件，人數也在緩慢上升之中。所謂集體爭議，按《勞動爭議調解仲裁法》第7條的規定，發生勞動爭議一方在10人以上，並有共同請求的，可以推舉代表參加調解、仲裁或者訴訟活動。目前的集體爭議的型態，演變成群體糾紛，造成群體性事件（罷工事件）也是時有所聞。（詳情請參閱第一章第三節）

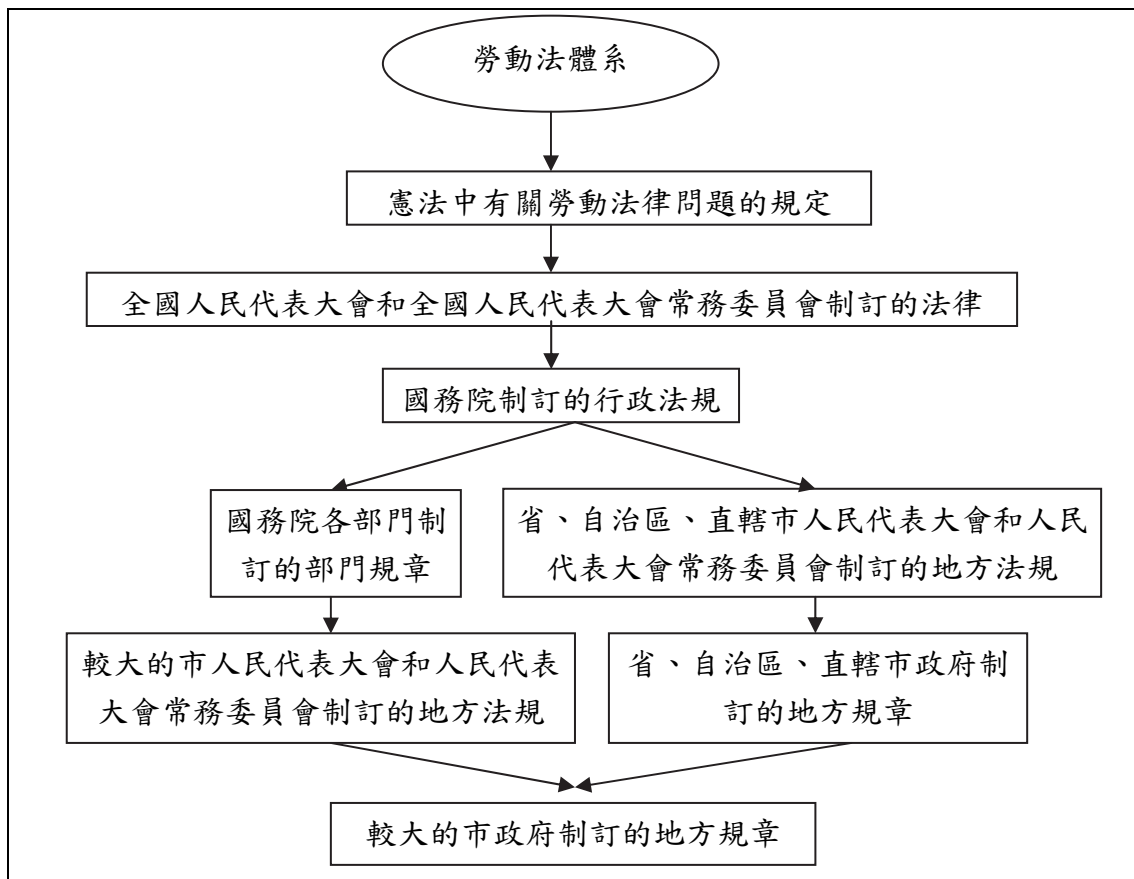
第二章 中國大陸勞動相關法規體系與政策變化

第一節 中國大陸勞動法規體系

大陸的勞動法體系相當複雜，由不同的立法或行政機關制定和頒布，分別被賦予不同的名稱，處於不同的法律位階，決定了不同的法律效力。主要有憲法中的勞動關係條款、全國人民代表大會和全國人民代表大會常務委員會的勞動法律、國務院的勞動行政法規、勞動部門的勞動規章、地方性勞動法規和地方政府勞動規章、關於勞動法律的司法解釋以及經權力機關批准的國際法律檔和國際習慣等。

這些勞動法體系構成一系列有關勞動關係條條塊塊的規範性文件，這與企業人力資源管理操作息息相關，如附圖一所示。

附圖一 大陸勞動法體系



一、憲法中有關勞動行為的規範

大陸一共制訂過四部憲法，現行的第四部憲法在 1982 年由第五屆全國人民代表大會通過，並經過了 1988 年、1993 年、1999 年和 2004 年的四次修正。

憲法在勞動法體系的表現形式中，居於最高地位，是國家根本大法，具有最高的法律效力，一切基本法、行政法規和地方法規都不得與其相牴觸，在憲法中的勞動規定，構成全部勞動法體系的立法淵源與依據。

「憲法」第 42 條規定，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；第 43 條規定，勞動者有休息的權利，國家發展勞動者休息和休養的設施，規定職工的工作時間和休假制度；第 44、45 條規定，國家依照法律規定，實行企業事業組織的職工和國家機關工作人員的退休制度。退休人員的生活受到國家和社會的保障。公民在年老、疾病或者喪失勞動能力的情況下，有從國家和社會獲得物質幫助的權利。國家發展為公民享受這些權利所需要的社會保險、社會救濟和醫療衛生事業。

以上幾個憲法條款都將成為全國人民代表大會和全國人民代表大會常務委員會制訂勞動法律的依據。

二、勞動法律

大陸全國人民代表大會和全國人民代表大會常務委員會行使國家立法權。其中，全國人民代表大會制訂和修改刑事、民事、國家機構的和其他的基本法律。全國人民代表大會常務委員會制訂和修改除應當由全國人民代表大會制訂的法律以外的其他法律；在全國人民代表大會閉會期間，對全國人民代表大會制訂的法律進行部分補充和修改，但是不得同該法律的基本原則相牴觸。

由全國人民代表大會及其常務委員會制訂頒布調整勞動關係的勞動法律，例

如：「勞動法」、「勞動合同法」、「工會法」、「安全衛生法」、「就業促進法」、「社會保險法」、「勞動爭議調解仲裁法」等等，其法律效力僅次於憲法。

三、勞動行政法規

國務院是最高行政機關，它有權根據憲法、法律制訂頒布勞動行政法規，是目前調整勞動關係的主要依據，也是現行勞動法體系最主要的表現形式。行政法規可以就『為執行法律的規定需要制訂行政法規的事項』以及『憲法第 89 條規定的國務院行政管理職權的事項』等事項做出規定。因此國務院所制訂頒布的勞動行政法規，例如：「女職工勞動保護特別規定」、「禁止使用童工規定」、「工傷保險條例」、「失業保險條例」、「勞動保障監察條例」、「殘疾人就業條例」等等都是調整勞動關係的重要法規。

四、部門勞動規章

國務院各部、委員會、中國人民銀行、審計署和具有行政管理職能的直屬機構，可以根據法律和國務院的行政法規、決定、命令，在本部門的許可權範圍內制訂規章。部門規章規定的事項應當屬於執行法律或者國務院的行政法規、決定、命令的事項。

作為國務院組成部門的人保部以及其他相關部門可依據勞動法律及勞動行政法規，有權在本部門內制訂頒布規範性文件，所頒布的勞動規章或與有關部門聯合制訂的勞動規章，例如：「集體合同規定」、「女職工禁忌勞動範圍的規定」、「違反和解除勞動合同的經濟補償辦法」、「違反（勞動法）有關勞動合同規定的賠償辦法」、「企業職工帶薪年休假實施辦法」、「勞務派遣暫行規定」等等都是勞動規章。

五、地方性勞動法規與地方政府規章

大陸 31 個省、直轄市、自治區的人民代表大會和人民代表大會常務委員會根據

本行政區域的具體情況和實際需要，在不同憲法、法律、行政法規相牴觸的前提下，可以制訂地方性法規。亦即地方性法規可以就「為執行法律、行政法規的規定，需要根據本行政區域的實際情況作具體規定的事項」以及「屬於地方性事務需要制訂地方性法規的事項」等事項做出規定，報全國人民代表大會常務委員會、國務院備案。因此，「勞動法」賦予省、直轄市、自治區制訂勞動合同實施辦法的權力，各地大量的制訂了地方性勞動法規，例如：「上海市勞動合同條例」、「江蘇省勞動合同條例」、「福建省勞動合同管理規定」、「北京市人口與計劃生育條例」、「浙江省人口與計劃生育條例」、「廣東省工資支付條例」、「廣東省集體合同條例」等等都是地方性勞動法規。

省、直轄市、自治區的人民政府可以就執行法律、行政法規、地方性勞動法規的規定與需要，制訂地方政府勞動規章；或者是對屬於本行政區域的具體管理事項訂出勞動規章，例如：「上海市女職工勞動保護辦法」、「江蘇省城鎮企業職工生育保險規定」、「廣東省女職工勞動保護實施辦法」、「福建省實施工傷保險條例辦法」等等都是地方政府勞動規章。

另外，省、自治區內的較大的市也被賦予立法權。所謂較大的市是指省、自治區人民政府所在地的市、經濟特區所在地的市、經國務院批准的較大的市，較大的市與直轄市一樣，其行政區域可再分為區、縣。上述這三類城市的人民代表大會和人民代表大會常務委員會根據本地的具體情況和實際需要，在不與憲法、法律、行政法規和本省、自治區地方性法規相牴觸的前提下可以制訂頒布較大的市的地方性法規，報省、自治區人民代表大會常務委員會批准後施行。例如：「廈門市企業工資支付條例」、「深圳經濟特區和諧勞動關係促進條例」、「珠海市企業工資支付條例」、「廣州市勞動合同管理規定」等都是較大的市的地方性法規。

再者，較大的市的人民政府可以根據法律、行政法規和地方性法規的規定與需要，制訂較大的市的政府勞動規章；或者是對屬於較大的市行政區域內的具體管理事項訂出政府勞動規章，例如：「廣州市女職工勞動保護實施辦法」、「濟南市城

鎮企業職工生育保險暫行辦法」、「南京市城鎮職工生育保險辦法」、「武漢市工傷保險實施辦法」等等都是較大的市的政府規章。

六、司法解釋與地方解釋

對於已經生效的勞動法律、行政法規等規範性檔之解釋，具有法律效力的解釋權是最高人民法院，最高人民法院做出的解釋可以作為法院判案、勞動爭議仲裁委員會的法律依據。例如：2001年發布的「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」、2006年發布的「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（二）」、2010年發布的「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（三）」、2013年發布的「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（四）」等。

另外，各地方的高級人民法院對於法律、行政法規如何具體運用所做出的解釋，公布了關於「勞動合同法」的指導意見（即『裁審規定』），例如：「上海市高級人民法院關於適用〈勞動合同法〉若干問題的意見的通知」、「廣東省高級人民法院、廣東省勞動爭議仲裁委員會關於適用〈勞動爭議調解仲裁法〉、〈勞動合同法〉若干問題的指導意見」、「江蘇省高級人民法院、江蘇省勞動爭議仲裁委員會關於適用〈勞動爭議調解仲裁法〉若干問題的意見」等，這些『裁審規定』公布以後，是針對「勞動合同法」的法條，讓企業與員工往最合理、最易執行的方向解讀「勞動合同法」，對法律的瞭解更為清晰，從而避免了很多勞資糾紛。

但是地方的高級人民法院與勞動爭議仲裁委員會不是法律解釋機關，中央的最高人民法院才是具有法律效力的法律解釋機關。

七、國際勞工公約

經大陸批准的國際勞工公約，如「消除就業和職業歧視公約」、「准予就業最

低年齡公約」、「同工同酬公約」等。¹⁹

¹⁹ 資料來源：蕭新永，《中國大陸勞動法規政策指引與臺商對策》，臺北市進出口商業同業公會，2011年。

第二節 中國大陸勞動政策與勞動法規實務之影響

一個國家關於勞動者（勞工）事務的問題所提出的處理原則與保護方針，稱之為『勞動政策』或『勞工政策』。自從 2008 年「勞動合同法」開始實施以來，大陸的勞動政策出現相當程度的變化，例如勞動合同制度、最低工資制度、勞務派遣制度、社會保險制度、集體協商與集體合同制度。不論是中央或地方都對勞動政策給予相當的關注。

2013 年 11 月中共十八屆三中全會通過的「決定」，其中涉及的勞動政策有健全促進就業創業體制機制，形成合理有序的收入分配格局，建立更加公平可持續的社會保障制度，在適當時機降低社會保險費率，深化醫藥衛生體制改革，實施『單獨二胎』人口政策，研究制訂漸進式延遲退休年齡政策等等，雖然是社會體制改革，也關係到勞動者權益以及企業的用人政策以及人力成本。

一、勞動合同制度

大陸「勞動合同法」於 2008 年 1 月起施行。該法對各地方已經實施多年的勞動合同條例所確定的勞動關係，進行統一調整，對企業人力資源管理方式，用工成本與用工模式等將帶來全方位的深遠影響。

（一）企業與員工都有知情權，執行『如實告知』規定

勞資雙方訂立勞動合同，應當遵循合法、公平、平等自願、協商一致、誠實信用的原則。按照「勞動合同法」第 8 條規定，企業在招用勞動者時，任何一方都應該忠誠告知另一方實情，企業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；勞動者應當如實說明勞動者與勞動合同直接相關的基本情況。

企業在招聘面試員工時，雙方應該坦誠以對，應聘人員對來自企業的詢問與所提供的履歷證件，都要如實提供，不能有所隱瞞；企業也應把管理規章與工作職責實情告知應聘人員。企業可將『如實告知』規定形諸條文規範在規章制度（員工手冊）內共同遵守，企業或員工如有欺詐、脅迫、隱瞞情事，則構成「勞動合同法」第 26 條規定的『勞動合同無效』，企業可因此按照同法第 39 條第 5 項規定，單方解除勞動合同。

（二）勞動合同有三種類型

「勞動合同法」第 12 條規定，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。

1. 固定期限勞動合同，是指企業與員工約定勞動合同到期日為終止時間的勞動合同，例如：勞資雙方約定的到期日是 2016 年 12 月 31 日，則為固定期限的勞動合同。
2. 無固定期限勞動合同，是指企業與員工約定無確定終止時間的勞動合同，依據「勞動合同法」第 44 條規定，勞動者退休（一般而言，大陸員工退休分為男職工年滿 60 歲、管理或技術職女職工年滿 55 歲、女工人年滿 50 歲等三種）或者依法享受基本養老保險待遇的；勞動者死亡，或者被人民法院宣告死亡或者宣告失蹤的；用人單位被依法宣告破產的；用人單位被吊銷營業執照、責令關閉、撤銷或者用人單位決定提前解散的等等四種情形，則為無固定期限勞動合同的到期日，是為終止時間。
3. 以完成一定工作任務為期限的勞動合同，是指企業與員工約定以某項工作的完成為合同期限的勞動合同，這類合同形式在工程建設方面使用的比較多，工程結束，合同也就結束了。

（三）無固定期限勞動合同將演變成長期雇用的趨勢

「勞動合同法」第 14 條規定，勞動合同到期時，除勞動者提出要訂立固定期限勞動合同外，當勞動者提出或者同意續訂、訂立勞動合同的，企業應當與勞動者訂立無固定期限勞動合同。

勞動者在該企業連續工作滿 10 年的，不管用人單位同意不同意，就是一定要訂立無固定期限勞動合同；又如企業已經與員工連續訂立二次固定期限勞動合同，且員工沒有違規、違紀、違法的犯錯情形，沒有患病、負傷，不能勝任工作的情況下，就應續訂第三次勞動合同，而且必需要簽訂無固定期限勞動合同。

企業自用工之日起滿一年不與勞動者訂立書面勞動合同的，視為已訂立無固定期限勞動合同。未訂立書面勞動合同的事實勞動關係在一年以後視為無固定期限勞動合同。

不論是固定期限或是無固定期限，只要員工有出現解除條件時，勞動合同就可以依法解除，例如嚴重違反內部管理規章、貪汙舞弊、或不能勝任行為都可以依法解除勞動合同。

未來的勞動合同期限會趨向長期化，企業應該在人力資源策略上作相對應的調整，只有建立嚴格的招聘條件與程序、契合崗位專業條件的培訓制度，才能招到適當的人員，從而穩定的留才，把人力資源策略焦點從降低成本的立場調整為提升管理效率的高度。

（四）企業不訂立書面勞動合同（固定與無固定），要支付兩倍工資的責任

「勞動合同法實施條例」第 6、7 條規定，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兩倍的工資；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兩倍的工資。

(五) 企業違反規定解除或者終止勞動合同的，要以經濟補償標準的二倍支付賠償金給員工的責任

「勞動合同法」第 48 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 47 條規定的經濟補償標準的二倍向勞動者支付賠償金』。

必需注意的是，企業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，企業應當繼續履行；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，企業應當依照經濟補償標準的二倍向勞動者支付賠償金。

(六) 試用期的期限與試用工資的規定

企業確定員工的試用期，必須考慮到勞動合同期的長短，兩者有互相制約的關係。「勞動法」第 21 條規定，勞動合同可以約定試用期，試用期最長不得超過 6 個月。「勞動合同法」第 19 條規定，勞動合同期限與試用期互相搭配，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；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 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，試用期包含在勞動合同期限內。

「勞動合同法」第 20 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 80%，並不得低於用人單位所在地的最低工資標準。「勞動合同法實施條例」第 15 條作出更明確的規定，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的 80% 或者不得低於勞動合同約定工資的 80%，並不得低於用人單位所在地的最低工資標準。

(七) 試用期間不符合錄用條件的員工可以解除

「勞動合同法」第 21 條規定，在試用期中，除勞動者有本法第 39 條和第 40 條

第 1、2 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。

一般而言，企業沒有被賦予試用期間隨時解除勞動合同的權利，除非試用期間有證據證明員工違反了「勞動合同法」第 39 條和第 40 條第 1 項、2 項規定的情形外。另外，同法第 37 條規定，勞動者在試用期內提前 3 日通知用人單位，可以解除勞動合同。試用期間的員工有權在完成提前 3 日通知企業的程序後就可離職。

所以，試用期間不符合錄用規定者，企業可以根據同法第 39 條第 1 項規定，解除該員工的勞動關係。

企業試用管理重點不在試用期長短，而在試用考核管理。須知試用目的是在彌補招聘程序的不足，考察試用人員對工作的適應與適合性，提供進一步瞭解企業及工作的機會，在錄用新員工時，明確告知試用期的試用考核及考核標準。

（八）企業約定專項培訓的服務期條件以及違約金標準

「勞動合同法」第 22 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培訓協議，同時約定服務期。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所提供的培訓費用，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。

（九）企業約定競業限制條款的條件、二年的競業限制期限

「勞動合同法」第 23 條規定，勞資雙方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。如果勞動者違反競業限制約定的，也應當按照約定向用人單位支付違約金。

同法第 24 條規定，競業限制的人員只限於高級管理人員、高級技術人員和其他負有保密義務的人員。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。前述人員在解除或者終止勞動合同後，禁止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，競業限制期限不得超過 2 年。

由於市場激烈競爭與人才爭奪戰爭是未來的趨勢，企業勢必要求上述的較高職等的員工保守商業秘密與知識產權，因此以保密條款及競業限制條款約束之，並要列入勞動合同中，必要時另以保密協議書及競業限制協議書單獨制訂之。

(十) 企業提前 30 日以書面形式或支付提前通知金的方式可以解除員工的勞動合同，需支付經濟補償金

符合「勞動合同法」第 40 條規定的三種情形，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 1 個月工資後，可以解除勞動合同，同時依規定支付經濟補償金。

這是指對無過錯的員工解除勞動合同的法條依據，說明如下：

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

企業員工因為普通疾病，醫療期滿，或者在職期間不能勝任，或者勞動合同受到當時客觀環境之變化無法履行時，這三種原因在證據充分的情況下，完成了法律

規定的程序後，就可以解除勞動合同，但需要支付經濟補償金。

(十一) 企業可以立即解除有過錯員工的勞動合同，無需支付經濟補償金

符合「勞動合同法」第 39 條規定的六種情形，用人單位可以解除勞動合同，無須支付經濟補償金。

這是指對有過錯的員工解除勞動合同的法條依據，說明如下：

1. 在試用期間被證明不符合錄用條件的；
2. 嚴重違反用人單位的規章制度的；
3. 嚴重失職，營私舞弊，給用人單位造成重大損害的；
4. 勞動者同時與其他用人單位建立勞動關係，對完成本單位的工作任務造成嚴重影響，或者經用人單位提出，拒不改正的；
5. 因本法第 26 條第 1 款第 1 項規定的情形致使勞動合同無效的；
6. 被依法追究刑事責任的。

除了試用期間不符合錄用條件可以解除勞動合同以外，其餘的條款都是指對有過錯員工的解除規定，例如員工違反企業規章制度、未盡到工作職責、營私舞弊、欺詐以及違法兼職等情形的員工，也就是員工違反了第 39 條的後果。然員工是否違反規定，需要確實掌握證據。

二、最低工資標準與工資指導線

大陸從 1993 年開始實施最低工資制度。根據「勞動法」第 48 條規定，國家實行最低工資保障制度。最低工資的具體標準由省、自治區、直轄市人民政府規定，報國務院備案。用人單位支付勞動者的工資不得低於當地最低工資標準。

每一次最低工資標準調高，所有與工資相關的項目也都會跟著水漲船高，例如基本工資成本、加班費用、社會保險費用、住房公積金費用、經濟補償金、部分工傷保險待遇項目（一次性傷殘就業補助金）、工會經費等。

每年大部分地區都調整最低工資標準，有關最低工資標準的剔除項目、2010年以來調整的地區數、增漲幅度。（詳情請參閱第一章第一節）

另外有北京、天津、上海、廣東等23個省（自治區、直轄市）發布了2014年企業工資指導線，超過2013年的17個省（自治區、直轄市）。基準線平均約為12.4%，較2013年的14%略低。企業工資指導線由基準線、上線和下線構成，是給當地企業合理確定工資增長水準的參考依據，但並不具有強制性。（詳情請參閱第一章第一節）

三、社會保險制度

大陸於2011年7月1日正式實施「社會保險法」，規定國家建立基本養老保險、基本醫療保險、工傷保險、失業保險、生育保險等五個險種，保障公民在年老、疾病、失業、生育、工傷等情況下依法從國家和社會獲得物質幫助的權利。這是一部專門的綜合性法律，強制性程度高於過去行政法規、部門規章。對企業產生廣泛且深遠的影響，不但大幅增加用人成本，如果操作不當，則有法律風險。

長久以來，許多企業對於全員參保的法律規定，仍然不太清楚，因而發生沒有參保而遭致員工訴諸勞動仲裁，要求補繳社會保險費用的案件，以及部分員工不願參保自願放棄的情事，孰是孰非，有待釐清。

（一）社會保險的繳費比例及基數（詳情請參閱第一章第一節）

（二）《社會保險法》規範下勞資風險

1. 社會保險費強制徵收所導致的企業風險

「社會保險法」第 63 條規定，用人單位逾期仍未繳納或者補足社會保險費的，社會保險費徵收機構可以向銀行和其他金融機構查詢其存款帳戶；並可以申請縣級以上有關行政部門作出劃撥社會保險費的決定，書面通知其開戶銀行或者其他金融機構劃撥社會保險費。用人單位帳戶餘額少於應當繳納的社會保險費的，社會保險費徵收機構可以要求該用人單位提供擔保，簽訂延期繳費協議。用人單位未足額繳納社會保險費且未提供擔保的，社會保險費徵收機構可以申請人民法院扣押、查封、拍賣其價值相當於應當繳納社會保險費的財產，以拍賣所得抵繳社會保險費。

同法第 41 條規定，職工所在用人單位未依法繳納工傷保險費，發生工傷事故的，因而產生的工傷保險待遇可先從工傷保險基金中先行支付，該筆費用應當由用人單位償還。用人單位不償還的，社會保險經辦機構可以依照本法第 63 條的規定追償。

綜合上述，「社會保險法」是強制性法律，對企業與員工而言，最大的風險就是強制性徵收，企業與員工執行社會保險，其法源依據就在依法強制徵收，目的在給員工福利保障。如果企業沒有為員工辦理投保，員工就可依照法律規定，解除勞動合同，同時依法要求企業支付經濟補償金，以及員工無法享受社會保險待遇，轉由企業負擔的風險。

如果員工不願意參保，則該員工違反了法律的強制性規定，企業依法可以不錄用或解除勞動關係。亦即員工必須承擔不願意參加社會保險，企業可以解除勞動合同或不予聘僱的風險。

2. 企業未為員工繳納社會保險費導致的風險

依據「勞動合同法」第 38 條第 1 款第 3 項規定，用人單位未依法為勞動者繳納社會保險費的，勞動者可以解除勞動合同，並按同法第 46 條規定，勞動者依照本法第 38 條規定解除勞動合同的，用人單位應當向勞動者支付經濟補償。另外依據「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（三）」第 1 條規定，

勞動者以用人單位未為其辦理社會保險手續，且社會保險經辦機構不能補辦導致其無法享受社會保險待遇為由，要求用人單位賠償損失而發生爭議的，人民法院應予受理。

2014年4月，廣東東莞臺商裕元鞋廠由於社會保險的繳費基數問題引發了勞資糾紛。究其原因，錯綜複雜，其中員工自身的現實考量是原因之一，在臺商企業裡，經常碰到這樣的案例，有些員工聲稱家裡經濟困難，希望不要參保，要求公司將社會保險費用直接發給他們，同時自願寫承諾書，保證以後不會因社會保險的問題找公司的麻煩，與公司無關。另外也有一些公司在勞動合同中約定將社會保險的費用作為員工工資的一部分，諸如此類作法是無法律效力的。

（三）五個險種內容簡介

社會保險體系的五個險種內容，如下說明。

1. 基本養老保險制度

基本養老保險制度是由企業和職工個人共同繳費，基金統一籌集使用，退休待遇計發辦法由國家統一規定的養老保險制度。

（1）基本養老保險關係可跨統籌地區轉移

個人跨統籌地區就業的，其基本養老保險關係隨本人轉移，繳費年限累計計算。個人達到法定退休年齡時，基本養老金分段計算、統一支付。

（2）養老保險待遇

達到法定退休年齡時（男職工年滿60歲、管理或技術職女職工年滿55歲、女工人年滿50歲者）累計繳費滿15年的，按月領取基本養老金。綜合「社會保險法」第16條、「實施〈社會保險法〉若干規定」第2條、

第3條第2款等規定，參加基本養老保險的個人，達到法定退休年齡時累計繳費不足15年的，可以繳費至滿15年，按月領取基本養老金。社會保險法實施前參保、延長繳費5年後仍不足15年的，可以一次性繳費至滿15年，也可以轉入新型農村社會養老保險或者城鎮居民社會養老保險，按照國務院規定享受相應的養老保險待遇。如未轉入新型農村社會養老保險或者城鎮居民社會養老保險的，個人可以書面申請終止職工基本養老保險關係。社會保險經辦機構收到申請後，應當書面告知其轉入新型農村社會養老保險或者城鎮居民社會養老保險的權利以及終止職工基本養老保險關係的後果，經本人書面確認後，終止其職工基本養老保險關係，並將個人帳戶儲存額一次性支付給本人。

2. 基本醫療保險制度

基本醫療保險制度是指職工由於患病，非因工負傷而暫時喪失勞動能力時，從社會得到物質幫助的一種社會保險制度。

員工可以使用統籌基金和個人帳戶的資金於醫療支出，但各自劃定支付的範圍，分別核算。符合基本醫療保險藥品目錄、診療專案、醫療服務設施標準以及急診、搶救的醫療費用，按照國家規定從基本醫療保險基金中支付。

- (1) 統籌基金的起付線標準是指統籌基金在支付參保員工住院醫療費用前，必須先由個人使用個人帳戶的基金負擔醫療費用的一定額度，只有超過起付線標準以上的，才動用統籌基金的一定比例支付。起付標準原則上控制在當地職工年平均工資的10%左右，起付標準以下的醫療費用，從個人帳戶中支付或由個人自付。
- (2) 起付線標準以上，最高支付限額（當地職工年均工資的4倍）以下的醫療費用支付由醫療統籌基金按照一定比例支付。亦即主要從統籌基金中支付，個人也要負擔一定比例。最高支付限額原則上控制在當地職工年均

工資的 4 倍左右。

3. 失業保險制度

失業保險制度是指職工在一定的失業期間內，由社會提供一定的金額使其維持基本生活的一種保障制度。

(1) 失業員工可享受失業保險金的資格

失業人員符合下列條件的，從失業保險基金中領取失業保險金：

- A. 失業前用人單位和本人已經繳納失業保險費滿 1 年的；
- B. 非因本人意願中斷就業的，基本上是由企業解除勞動合同的；
- C. 已經進行失業登記，並有求職要求的。

(2) 領取失業保險金的年限如下規定，如附表七所示。

附表七 失業保險金領取的年限表

累計繳費年限	失業保險金的期限	備註
$1 \leq X < 5$	最長為 12 個月	重新就業後，再次失業的，繳費時間重新計算，領取失業保險金的期限與前次失業應當領取而尚未領取的失業保險金的期限合併計算，最長不超過 24 個月。
$5 \leq X < 10$	最長為 18 個月	
$X \geq 10$	最長為 24 個月	

(3) 失業保險待遇

失業保險待遇包括失業救濟金以及失業職工在領取失業救濟金期間的醫療費、喪葬補助費；其供養直系親屬之撫恤費、救濟費等。

失業人員在領取失業保險金期間，參加職工基本醫療保險，享受基本醫療保險待遇。失業人員應當繳納的基本醫療保險費從失業保險基金中支付，個人不繳納基

本醫療保險費。

失業人員在領取失業保險金期間死亡的，參照當地對在職職工死亡的規定，向其遺屬發給一次性喪葬補助金和撫恤金。所需資金從失業保險基金中支付。

4. 生育保險制度

生育保險制度是為了保障女職工在生育期間的合法權益，給予經濟補償與醫療保健的一種社會保險制度。

企業已經繳納生育保險費的，其職工享受生育保險待遇；職工未就業配偶按照國家規定享受生育醫療費用待遇，所需資金從生育保險基金中支付。

生育保險待遇包括生育醫療費用和生育津貼。其中生育醫療費用包括生育的醫療費用、計劃生育的醫療費用、法律、法規規定的其他項目費用。生育津貼按照職工所在用人單位上年度職工月平均工資計發，包括女職工生育享受產假、享受計畫生育手術休假、法律、法規規定的其他情形。

5. 工傷保險制度

工傷包含：傷、殘、亡三種情況，傷是指勞動者在生產、工作過程中因工傷事故或患職業病，致使身體器官或生理功能受到損傷，引起暫時的勞動能力喪失；殘是指勞動者在遭遇工傷事故和職業病傷害後，經治療和休養仍然不能完全康復，以致身體器官喪失或功能出現障礙，引起永久性的部分或完全勞動能力喪失；亡是指因工傷事故或職業病導致死亡。

對於勞動者因為傷、殘、亡三種情況，國家建立工傷保險制度給於保障與協助，因此工傷保險制度是指國家和社會為在生產、工作中遭受工傷事故和職業病傷害的勞動者及其家屬提供醫療服務、生活保障、經濟補償、醫療和職業康復等物質幫助的一種社會保險制度。

(1) 工傷認定、勞動能力鑑定

企業對發生工傷事故的勞動者，在經過一段工傷治療期間，由企業檢具相關資料與證明向當地社會保險行政部門申請認定。因此，「社會保險法」第36條規定，職工因工作原因受到事故傷害或者患職業病，且經工傷認定的，享受工傷保險待遇。

職工發生工傷，經治療傷情相對穩定後存在殘疾、影響勞動能力的，應當向當地勞動能力鑑定委員會申請勞動能力鑒定事宜。勞動能力鑒定是指勞動功能障礙程度和生活自理障礙程度的等級鑒定。勞動能力鑒定的等級有十級，勞動功能障礙程度分為完全喪失勞動能力（一至四級）、大部分喪失勞動能力（五至六級）、部分喪失勞動能力（七至十級）最重的為一級，最輕的為十級。經勞動能力鑒定喪失勞動能力的，享受傷殘待遇。

勞動能力鑒定可為補償職業傷害、合理調換工作崗位和復工等行為提供科學依據。勞動能力不同程度的喪失，使職工可能因此不能再從事原本適合他的正常職業或工作，也可能造成不能再從事任何工作的結果，從而對工資收入者帶來職業風險。勞動能力鑒定可為遭受職業傷害的職工維護其合法權益提供法律依據，為保障工傷致殘職工享受法律規定的物質幫助權利和勞動就業的基本權利提供依據。

(2) 工傷保險待遇

按照「工傷保險條例」規定，企業為員工投保工傷保險後，發生工傷事故，且通過工傷認定與勞動能力鑒定後，工傷職工可以依法享受工傷待遇。

工傷保險待遇，實際上就是員工在履行工作職責中，受到工傷事故損

害，企業所應當承擔的責任。由於國家實行強制工傷保險制度，由企業定期繳納工傷保險費，並以此建立工傷保險基金，因此企業的賠償責任轉嫁到工傷保險機構，由工傷保險機構對工傷職工提供工傷保險待遇。

工傷保險機構並不承擔全部的賠償責任，有一部分費用由企業承擔。

「社會保險法」第 38 條規定，因工傷發生的下列費用，按照國家規定從工傷保險基金中支付：

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

同法第 39 條規定，因工傷發生的下列費用，按照國家規定由用人單位支付：

1. 治療工傷期間的工資福利；
2. 五級、六級傷殘職工按月領取的傷殘津貼；
3. 終止或者解除勞動合同時，應當享受的一次性傷殘就業補助金。

四、集體協商與集體合同制度

大陸的集體合同制度始於 1994 年實施「集體合同規定」，並於 2004 年修正，主要規範集體協商、集體合同、專項集體合同等制度；2000 年公布施行「工資集體協商試行辦法」。1995 年實施的「勞動法」，加入集體合同條款內容，2008 年實施的「勞動合同法」，納入集體合同、專項集體合同條款內容，並發展出行業性與區域性集體合同規定，顯示出大陸對集體協商與集體合同的重視，但並不強制性要求。

由於「集體合同規定」、「工資集體協商試行辦法」，位階尚低，不能有效解決當前的勞資糾紛，必須將集體勞動法律體系中居於重要地位的「集體工資法」列入立法議程，才能有效解決勞資爭議的問題。同時也有學者專家呼籲修改「勞動法」，將集體協商制度納入「勞動法」強制性規定，確定集體協商有關勞動待遇與勞動條件等事項，增加企業的集體協商的法定義務。

截至 2014 年 9 月止，已有 28 個省（區、市）公布了「集體協商條例」或「集體協商規定（辦法）」。

值得注意的是強調專項工資集體協商制度逐步成為集體協商工作的重點，許多地區都公布了工資專項的「工資集體協商條例」的地方法規或「工資集體協商辦法」的地方規章。

（一）集體協商與集體合同的意義

按《廣東省企業集體合同條例》第 3 條第 1 款對「集體協商與集體合同」的定義如下：

1. 集體協商，是指職工方與企業就勞動報酬、工作時間、休息休假、勞動安全衛生、保險福利等事項進行平等協商的行為；
2. 集體合同，是指職工方與企業經集體協商達成一致意見簽訂的書面協議。

一般而言，集體協商(Collective bargaining)（我國稱為團體協商）是一個過程，而集體合同(Collective agreement)（我國稱為團體協約）是集體協商的結果，勞資雙方達成協議後所簽訂的一紙書面契約。我國「團體協約法」中一律以『團體協約之協商』（Contract negotiation），作為法律用語，該法並未出現『集體協商』或『團體協商』之用詞。但我國「工會法」第35條第1項第3款中則首次出現『團體協商』之用詞。

（二）集體協商與集體合同的內容

由於廣東省於2015年1月實施「廣東省企業集體合同條例」，該條例在實施之前，廣東省人大常委會官方網站公布「條例」修訂草案徵求意見稿，引起外資及臺港澳企業的關注而紛紛提供意見，經過無數次的陳情會議、5次修改「條例」修訂草案內容，歷時約一年的「條例」修法終於拍板定案。最後廣東省人大常委會在參考各方意見後，正式於2014年9月公布該條例而於2015年正式實施。由於工資是集體協商的核心，茲列舉「廣東省企業集體合同條例」關於集體協商的提議程序、協商期限、協商代表的組成、集體合同（工資集體合同）草案通過與實施等程序規定如下：

1. 工資集體協商的內容

工資集體協商應當遵循工資分配按勞分配原則，實行同工同酬。職工方與企業可以就下列內容進行協商：

- （1）工資標準、工資分配形式和其他工資分配事項及工資支付辦法；
- （2）職工年度平均工資水準及其調整幅度和調整辦法；
- （3）試用期、病事假期間的工資待遇；
- （4）雙方認為應當協商的其他有關工資事項。

2. 嚴重虧損的企業可以提出工資不增長或者負增長的協商要求

3. 集體協商代表

(1) 職工方與企業每方協商代表 3 至 9 人，並各確定一名首席協商代表；

(2) 企業方協商代表由企業法定代表人確定；

(3) 職工方協商代表由工會選派或者工會組織職工民主推選產生。

4. 集體協商程序

(1) 集體協商要求的提出

集體協商一般情況下一年進行一次，以書面的形式提出。

職工認為需要與企業進行集體協商的，應當向企業工會提出。企業工會可以根據職工意見和企業的具體情況決定是否向企業提出集體協商要求。經半數以上職工或者半數以上職工代表大會代表提議，企業工會應當向企業提出集體協商要求。

企業認為需要與職工進行集體協商的，應當向企業工會提出集體協商要求。企業尚未建立工會的，企業可以向所在地地方總工會提出集體協商要求。

(2) 對集體協商要求的回應

職工方或者企業書面提出集體協商要求的，對方應當在收到集體協商要求書面材料時在送達回執上簽收，並於 30 日內給予書面答覆，對應協商要求內容逐一作出回應，並就有關事項進行協商。

(3) 集體協商期限

集體協商期限為送達集體協商要求書面材料之日起3個月內。經雙方協商同意可以適當縮短或者延長，但延長時間最長不超過60日。

(4) 集體協商的形式

集體協商一般採用會議協商的形式。

(5) 集體協商的方式

開展集體協商，職工方與企業應當採用平和、理性的方式，維護企業正常的生產經營秩序。

(6) 集體協商的結果，確定集體合同草案

集體合同草案應當由工會或者職工方協商代表提交職工代表大會或者全體職工討論。職工代表大會或者全體職工討論集體合同草案，應當有三分之二以上職工代表或者職工出席，且經全體職工代表半數或者全體職工半數以上同意，集體合同草案方獲通過。集體合同草案討論通過後，由集體協商雙方首席協商代表簽字蓋章後成立，並由企業自訂立集體合同之日起7日內送當地人力資源社會保障行政部門備案。

5. 集體合同的效力、期限和續訂

(1) 集體合同訂立依法生效後，對企業和企業全體職工具有約束力，雙方應當嚴格履行。企業應當自集體合同生效之日起5日內向全體職工公布；

(2) 集體合同期限為1至3年，集體合同期限屆滿或者雙方約定的終止條

件出現，集體合同即行終止。集體合同期滿前3個月內，任何一方均可向對方提出重新簽訂或者續訂的要求。

五、勞務派遣制度

大陸的勞務派遣制度，規定在「勞動合同法」第五章特別規定的第二節，共11條。2012年年12月，十一屆全國人大常委會第三十次會議表決通過關於修改勞動合同法的決定，就「勞動合同法」就第57、63、66條進行修改，新修正的「勞動合同法」於2013年7月正式實施，人社部就「勞動合同法」有關勞務派遣規範進行細部操作指導，而於2014年3月公布實施「勞務派遣暫行規定」，勞務派遣作業總算於法有據，所有規定都強化了「勞動合同法」有關勞務派遣操作執行力度，也具有針對性和操作。

（一）勞務派遣的適用範圍

1. 確定三性崗位的範圍

勞動合同用工是目前企業基本用工形式，勞務派遣用工是補充形式，只能在臨時性、輔助性或者替代性等所謂『三性崗位』上實施勞務派遣。三性崗位的定義如下：

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

2. 控制勞務派遣用工數量不得超過其用工總量的 10%

「勞務派遣暫行規定」第 4 條規定，用工單位應當嚴格控制勞務派遣用工數量，使用的被派遣勞動者數量不得超過其用工總量的 10%。

3. 10% 的一般界定、排除規定、調整與備案程序

(1) 一般規定

「勞務派遣暫行規定」第 4 條規定，用工單位應當嚴格控制勞務派遣用工數量，被派遣勞動者數量不得超過其用工總量的 10%。所稱的用工總量是指用工單位訂立勞動合同人數與使用的被派遣勞動者人數之和。

(2) 排除規定

「勞務派遣暫行規定」第 25 條規定，外國企業常駐代表機構和外國金融機構駐華代表機構等使用被派遣勞動者的，以及船員用人單位以勞務派遣形式使用國際遠洋海員的，不受臨時性、輔助性、替代性崗位和勞務派遣用工比例的限制。

(3) 本規定施行前用工總量的調整與備案程序

「勞務派遣暫行規定」第 28 條規定，用工單位在本規定施行前使用被派遣勞動者數量超過其用工總量 10% 的，應當制訂調整用工方案，於本規定施行之日起 2 年內降至規定比例。並將制訂的調整用工方案報當地人社部門備案。如未將本規定施行前使用的被派遣勞動者數量降至符合規定比例之前，不得新用被派遣勞動者。

4. 完成討論與公示的程序

「勞務派遣暫行規定」第3條第3款規定，用工單位決定使用被派遣勞動者的輔助性崗位，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，並在用工單位內公示。

(二) 同工同酬的確定標準

1. 同工同酬的法律規定

「勞動合同法」第63條規定，被派遣勞動者享有與用工單位的勞動者同工同酬的權利。用工單位應當對被派遣勞動者與本單位同類崗位的勞動者實行相同的勞動報酬分配辦法。用工單位無同類崗位勞動者的，參照用工單位所在地相同或者相近崗位勞動者的勞動報酬確定。

2. 同工同酬的真正意涵

用工單位執行同工同酬的規定是正確的。從崗位立場來講，在同一崗位工作從事相同業務的，不論是勞務派遣工或勞動合同工都付出了同樣的勞動量。但是各人資質有差異、能力與努力程度、領悟程度不一樣，當甲和乙同處一個崗位，工資（基本工資、津貼）應無差別，但是績效獎金或目標達成獎金會因前述的差異而有天壤之別，這樣是否就是同工同酬？

所以同工同酬的對像是指在同一崗位工作從事相同業務，在固定工資及津貼給付上一定要同工同酬，但如果因為資質、努力程度、績效差異造成的工資總額是有差異的，這是所謂『同值同酬』理念，值得鼓勵。

(三) 勞務派遣協議書

勞務派遣單位與用工單位所簽的合同，稱為《勞務派遣協議書》，由於二者都

是法人，適用民事法律關係。

1. 勞務派遣協議的規定

「勞動合同法」第 59 條第 1 款規定，勞務派遣單位派遣勞動者應當與用工單位訂立勞務派遣協議。勞務派遣協議應當約定派遣崗位和人員數量、派遣期限、勞動報酬和社會保險費的數額與支付方式以及違反協議的責任。

2. 《勞務派遣協議書》的內容

「勞務派遣暫行規定」第 7 條規定，勞務派遣協議應當載明下列內容：

- (1) 派遣的工作崗位名稱和崗位性質；
- (2) 工作地點；
- (3) 派遣人員數量和派遣期限；
- (4) 按照同工同酬原則確定的勞動報酬數額和支付方式；
- (5) 社會保險費的數額和支付方式；
- (6) 工作時間和休息休假事項；
- (7) 被派遣勞動者工傷、生育或者患病期間的相關待遇；
- (8) 勞動安全衛生以及培訓事項；
- (9) 經濟補償等費用；
- (10) 勞務派遣協議期限；
- (11) 勞務派遣服務費的支付方式和標準；

(12) 違反勞務派遣協議的責任；

(13) 法律、法規、規章規定應當納入勞務派遣協議的其他事項。

(四) 有關試用期、工傷的風險與管理

1. 試用期約定

「勞務派遣暫行規定」第 6 條規定，勞務派遣單位可以依法與被派遣勞動者約定試用期。勞務派遣單位與同一被派遣勞動者只能約定一次試用期。

由於用工單位與派遣勞動者無勞動關係，不能有試用期的約定，只能根據他與派遣單位所簽訂的《勞動合同書》裡面約定的試用期限，認為不符合錄用條件時可將該員工退回派遣單位。

2. 工傷、職業病的責任承擔，釐清責任主體

「勞務派遣暫行規定」第 10 條規定，被派遣勞動者在用工單位因工作遭受事故傷害的，勞務派遣單位應當依法申請工傷認定，用工單位應當協助工傷認定的調查核實工作。勞務派遣單位承擔工傷保險責任，但可以與用工單位約定補償辦法。同條又規定，被派遣勞動者在申請進行職業病診斷、鑒定時，用工單位應當負責處理職業病診斷、鑒定事宜，並如實提供職業病診斷、鑒定所需的勞動者職業史和職業危害接觸史、工作場所職業病危害因素檢測結果等資料，勞務派遣單位應當提供被派遣勞動者職業病診斷、鑒定所需的其他材料。

(五) 勞務派遣工的退回規定

1. 用工單位可以退回勞務派遣工的規定

「勞務派遣暫行規定」第 12 條第 1 款規定，有下列情形之一的，用工單位可以將被派遣勞動者退回勞務派遣單位：

- (1) 用工單位有勞動合同法第 40 條第 3 項、第 41 條規定情形的²⁰；
- (2) 用工單位被依法宣告破產、吊銷營業執照、責令關閉、撤銷、決定提前解散或者經營期限屆滿不再繼續經營的；
- (3) 勞務派遣協議期滿終止的。

2. 用工單位不可退回的限制規定

根據「勞務派遣暫行規定」第 13 條規定，被派遣勞動者有勞動合同法第 42 條²¹規定情形的，在派遣期限屆滿前，用工單位不得依據本規定第 12 條第 1 款第 1 項規定將被派遣勞動者退回勞務派遣單位；派遣期限屆滿的，應當延續至相應情形消失時方可退回。

(六) 勞務派遣工的解除（終止）規定

1. 勞務派遣單位如何解除（終止）勞務派遣工的勞動關係

- (1) 「勞務派遣暫行規定」第 15 條規定，被派遣勞動者因本規定第 12 條規定被用工單位退回，勞務派遣單位重新派遣時維持或者提高勞動合同約定條件，被派遣勞動者不同意的，勞務派遣單位可以解除勞動合同。被派遣勞動者因本規定第 12 條規定被用工單位退回，勞務派遣單位重新派遣時降低勞動合同約定條件，被派遣勞動者不同意的，勞務派遣單位不得解除勞動合同。但被派遣勞動者提出解除勞動合同的除外。

²⁰ 「勞動合同法」第 40 條第 3 項是指勞動合同訂立時所依據的客觀情況發生重大變化，致使合同無法履行，經雙方協商，未能就變更合同的內容達成一致協議的，企業可以提前 30 天，以書面形式通知員工本人或者額外支付 1 個月工資後，解除勞動合同。同法第 41 條是指企業需要裁減人員 20 人以上或不足 20 人但占企業職工總數達 10% 以上的，企業要提前 1 個月向工會或全體員工說明情況，聽取工會或職工意見後，向勞動行政部門提出裁減方案報告後，可以裁減人員。

²¹ 「勞動合同法」第 42 條是指員工有非因工負傷在醫療期之內、女性員工在三期（孕期、產期、哺乳期）之內、因工負傷並被確認喪失或者部分勞動能力等等情形的，企業不得依據本法第 40 條、41 條的規定解除勞動合同。

(2)同規定第 16 條規定，勞務派遣單位被依法宣告破產、吊銷營業執照、責令關閉、撤銷、決定提前解散或者經營期限屆滿不再繼續經營的，勞動合同終止。用工單位應當與勞務派遣單位協商妥善安置被派遣勞動者。

(3)同規定第 17 條規定，勞務派遣單位因勞動合同法第 46 條或者本規定第 15、16 條規定的情形，與被派遣勞動者解除或者終止勞動合同的，應當依法向被派遣勞動者支付經濟補償。

2.勞務派遣工如何解除或終止勞動關係

「勞務派遣暫行規定」第 14 條規定，被派遣勞動者提前 30 日以書面形式通知勞務派遣單位，可以解除勞動合同。被派遣勞動者在試用期內提前 3 日通知勞務派遣單位，可以解除勞動合同。勞務派遣單位應當將被派遣勞動者通知解除勞動合同的情況及時告知用工單位。

(七) 勞務派遣用工執行履行地主義

1.執行用工單位所在地的勞動標準

「勞務派遣暫行規定」第 62 條規定，勞務派遣單位跨地區派遣勞動者的，被派遣勞動者享有的勞動報酬和勞動條件，按照用工單位所在地的標準執行。

2.執行用工單位所在地的社會保險標準

(1) 「勞務派遣暫行規定」第 18 條規定，勞務派遣單位跨地區派遣勞動者的，應當在用工單位所在地為被派遣勞動者參加社會保險，按照用工單位所在地的規定繳納社會保險費，按照國家規定享受社會保險待遇。

- (2) 同規定第 19 條規定，勞務派遣單位在用工單位所在地設立分支機構的，由分支機構為被派遣勞動者辦理參保手續，繳納社會保險費。勞務派遣單位未在用工單位所在地設立分支機構的，由用工單位代勞務派遣單位為被派遣勞動者辦理參保手續，繳納社會保險費。

第三章 勞動相關法規增修要點與與注意事項

第一節 要注意大陸勞動政策的地域性、時效性、差異性

臺商在大陸投資設廠經營企業，在勞資關係處理上，遇到一個異於臺灣的勞動環境與法令。大陸勞動法規政策的特色是地域性、時效性、差異性，這些規定都會落實到企業的人力資源管理作業操作上，處理不當就會產生嚴重的勞資糾紛，同時增加了勞動成本與法律風險。例如：「社會保險法」已經於2011年7月實施，由於該法是一部原則性的法律，諸多配套措施必須由國務院以「行政法規」的形式來完成，授權性質相當高，形成了法律授權政策的局面，諸多政策一旦完成，對企業的經營成本與法律風險將歷歷在目，這又增加了不確定的操作風險與成本。

大陸地域經濟發展的不平衡和法規政策的不完善，造成各地法規政策存在著差異性、操作上存在著靈活性、政策調整上存在著頻繁性的情況；另一方面，大陸中央和地方法規政策對員工的權益保障也逐步深入和具體化，因此企業集團需要一個能夠因應不同地區法規政策，主要是法定福利政策的員工福利管理策略，落實法定福利管理作業。因此，正確全面的理解各地法規政策是必要的學習課程。

企業如何兼顧各地政策的差異與企業工資福利政策的統一性，如何協調與處理各地法規政策的矛盾，滿足員工個性化的需求，對負責企業人力資源管理作業的人資人員而言，是一大挑戰。

牽涉到人力資源管理作業的勞動政策覆蓋面很廣，不同省市有不同的規範，諸如最低工資標準、月平均工資、加班工資的計算基數、社會保險與住房公積金的繳費基數與比例、婚假體系裡的婚假及晚婚假天數待遇、女職工產假體系裡面的產假與晚育假及男性陪護假等天數待遇、病休假工資相關計算方式、一次性傷殘就業補助金等等規定，這些勞動政策都與企業及員工的權益有關，與企業人力資源管理作

業習習相關，都涉及到地方規定的標準，因而產生地區間、地區內區域間標準條件的差異化規定以及時效性。

大陸地方勞動政策，地區間會有差異是正常的現象，因為各地方的經濟發展水準不一樣，各地負責政策制訂的官員或學者，法律見解也會有差異，因而產生具有地方特色的勞動政策。茲舉一例說明之，「勞動合同法」第45條規定，處於三期（孕期、產期、哺乳期）的女性員工，勞動合同到期時不能終止，要等到哺乳期結束（嬰兒滿一周歲）時才能終止勞動關係，條文清楚。今有一臺商在上海、蘇州各有一間工廠，兩地同時各有一位女性員工於三期內勞動合同到期，公司按規定將其勞動合同延至哺乳期結束時能終止，然很巧合兩位延長勞動合同期的時間剛好跨越了十年。最後處理的結果是命運各不相同，上海工廠的員工哺乳期一結束就被通知終止勞動合同，蘇州工廠的員工則與公司簽訂了無固定期限的勞動合同。為何有如此大的差異呢？原因出在於對法規不同的見解。

按上海市「關於適用〈勞動合同法〉若干問題的意見」第4條第3項的規定，勞動合同期滿，合同自然終止。合同期限的續延只是為了照顧勞動者的特殊情況，對合同終止時間進行了相應的延長，而非不得終止。「勞動合同法」第45條也明確規定，『勞動合同期滿，有本法第42條規定情形之一的，勞動合同應當延續至相應的情形消失時終止。』在法律沒有對終止的情況做出特別規定的情況下，不能違反法律關於合同終止的有關規定隨意擴大解釋，將訂立無固定期限合同的後果納入其中。因此，法定的續延事由消失時，合同自然終止。

按江蘇省「關於審理勞動爭議案件的指導意見」第9條規定，勞動合同期限屆滿後，因女職工在孕期、產期、哺乳期情形而續延，致使勞動者在同一用人單位連續工作滿十年，勞動者提出訂立無固定期限勞動合同的，應予支持。

顯然兩地高級人民法院的見解有相當的差異，上海聚焦在「勞動合同法」第45條，可以終止勞動合同的條件，江蘇聚焦在第14條，續簽無固定期限勞動合同的條

件。而這兩位女性員工的命運就不一樣了。

第二節 經由勞動法律的增修措施，對勞動者的保護越來越嚴緊

大陸經濟改革開放以後的幾十年以來，設立經濟特區以吸引外國資本和技術轉移，藉以提升大陸企業的生產力。在便宜的土地成本、低廉勞動力及廣大市場的吸引之下，致使大批海外投資者以及臺港澳企業相繼前往大陸地區投資，在面對經濟全球化帶來的國際競爭局面，廉價勞動力已經成為大陸國家提升經濟發展的重要手段。當時大陸雖然強調建立社會保障制度，以保障工人利益，卻允許地方政府在許多勞動法規上，不必嚴格執法，例如社會保險就是一個活生生的例子。

因此，在經濟發展優先的目標下，雖然外資企業的重要性與貢獻與日俱增，但是以勞力密集產業為主的企業，勞動條件苛刻程度亦為人所詬病。由於勞資糾紛及大規模的勞工抗爭事件大量增加，面臨層出不窮的社會問題。

面對日益嚴重的社會問題，大陸也積極建立一個適應市場經濟的勞動政策體系，2008年實施的「勞動合同法」扮演著關鍵的角色。「勞動合同法」立法的目的是以法律規定來提升勞動者福利，同時維持一個穩定和諧的勞動關係。「勞動合同法」裡面主要是包含了建立勞動合同制度、集體勞動合同制度、勞動爭議解決制度、社會保險制度、勞務派遣制度等等制度。2008年「勞動合同法」的實施，一開始偏重勞動合同制度、勞動爭議解決制度。勞動合同是實體，法律強調建立勞動關係就要訂定書面的勞動合同，否則就會有支付兩倍工資的法律責任。按「勞動合同法」第82條規定，用人單位自用工之日起超過1個月不滿1年未與勞動者訂立出面勞動合同的，應當向勞動者每月支付兩倍工資；勞動爭議是程序，一旦勞資一方有勞動爭議時，可以經由企業協商、調解、仲裁、訴訟等解決機制來處理，主要是經由仲裁程序來處理勞動爭議事項。

接著就是社會保險制度的強制性實施，以及住房公積金全面性推動。2011年7

月實施「社會保險法」，將五個險種（基本養老保險、基本醫療保險、失業保險、工傷保險、生育保險）集中在一個統一的社會保險機構一起處理。至今屬於社會保險的勞動爭議仍然占有一定的比例，由於大陸改革開放三十多年了，許多員工都已接近退休年齡了，可以預想出未來有關社會保險的勞動爭議事件，將層出不窮，發生的次數不會在少數。

住房公積金的全面性推動，強化了員工維護權益的法律意識，大陸於 1999 年 3 月 17 日實施「住房公積金條例」。按「東莞市住房公積金提取管理規定」規定，住房公積金的提取條件及待遇有一、購買自住住房，建造、翻建、大修本市或戶籍所在地的自住住房；二、償還購房貸款本息；三、租住本市住房；四、退休；五、完全喪失勞動能力，並與單位終止勞動關係等等福利待遇。

如前所述，2015 年 3 月爆發的東莞臺商興昂鞋廠小規模的罷工事件，起因就是東莞市規定的住房公積金提取條件變更引起些許誤解而引起的罷工行為。

緊接著就是勞務派遣制度的完善化，過去在「勞動合同法」的第五章有勞務派遣的規定，但欠缺實施細節，所以在 2013 年進行修改，同時於 2014 年 3 月實施「勞務派遣暫行規定」。至此，整個勞務派遣制度完善化、派遣作業正常化。

最後就是全力推動集體合同制度，2004 年以後，工資集體協商逐步成為集體協商工作的重點，行業和區域性集體協商也開始進行嘗試。2007 年，大陸全國總工會提出五年內建立工資集體協商制度的目標。2008 年 3 月，溫家寶在政府工作報告中首次提出了「推動企業建立工資集體協商制度」的要求。2014 年李克強在十二屆全國人大二次會議的政府工作報告中，第二次將工資集體協商列入政府工作報告，指出要健全企業職工工資決定和正常增長機制，推進工資集體協商，建立工資集體合同。而工資集體合同是集體合同體系的核心工作。

第四章 常見的勞動爭議型態與導因分析

第一節 勞動爭議的意義趨勢

大陸所稱的《勞動爭議》，又稱為勞動糾紛、勞資糾紛，就是指勞動關係雙方當事人之間為了實現勞動權利和履行勞動義務產生分歧而引起的爭議。具體而言，是指具有勞動關係的企業和員工之間，因為履行「勞動法」、「勞動合同法」、「社會保險法」等相關勞動法律、法規或者訂立、履行、變更、解除或終止勞動合同，以及簽訂、履行集體合同等行為而產生的各種爭議。

勞動爭議的發生與處理，無論對於企業，或是員工個人來說，都需要付出成本。更為重要的是，企業出現勞動爭議，會對其他員工產生潛在的心理影響，使員工對企業的用人制度產生質疑，更會使許多與勞動爭議相類似的情況容易轉化為新的勞動爭議。因此，臺商有必要瞭解大陸相關勞動爭議的法律規定與處理方式。

第二節 法律規定的勞動爭議類型

一、勞動爭議的類型

「勞動爭議調解仲裁法」第2條規定，用人單位與勞動者發生的下列勞動爭議，適用本法：

- (一) 因確認勞動關係發生的爭議；
- (二) 因訂立、履行、變更、解除和終止勞動合同發生的爭議；
- (三) 因除名、辭退和辭職、離職發生的爭議；
- (四) 因工作時間、休息休假、社會保險、福利、培訓以及勞動保護發生的爭議；
- (五) 因勞動報酬、工傷醫療費、經濟補償或者賠償金等發生的爭議；
- (六) 法律、法規規定的其他勞動爭議。

首先，談到第1項因確認勞動關係發生的勞動爭議。勞動爭議的前提必須基於勞動關係的產生，否則就不可能是勞動爭議。例如員工與企業之間借錢、住房公積金、員工與員工之間打架等糾紛不屬於勞動爭議的範圍，仲裁機構是不會受理的。

其次是第2項的規定，因訂立、履行、變更、解除和終止勞動合同發生的勞動爭議。勞動合同是企業與員工就建立勞動關係以及勞動關係存續期間的權利義務所協商規定的書面約定。企業與員工有關勞動合同從訂立、履行、變更、解除、終止或續訂勞動合同所產生的糾紛都屬於勞動爭議。

接著是第3項的規定，因除名、辭退和辭職、離職發生的勞動爭議。其中除名

是已經廢止的「企業職工獎懲條例」的用語，不再贅述。辭退是指企業向員工提出解除勞動合同的行為，屬於「勞動合同法」第 36、39、40、41 條規範的內容；辭職一般是指員工向企業提出解除勞動合同的行為，屬於「勞動合同法」第 37、38 條規範的內容；離職則是指員工離開工作單位的行為，屬於「勞動合同法」第 44 條規範的內容。上述因除名、辭退和辭職、離職行為都可歸類在「勞動合同法」的解除或終止條款內，因而產生的糾紛都屬於勞動爭議。

接著是第 4、5 項的規定，因工作時間、休息休假、社會保險、福利、培訓、勞動保護，以及因勞動報酬、工傷醫療費、經濟補償或者賠償金等發生的勞動爭議。勞動標準、勞動條件、勞動保護、工資與社保福利、補償與賠償、培訓的相關規範都是員工主要的勞動內容，因而產生的糾紛都屬於勞動爭議。

最後是第 6 項的規定，法律、法規規定的其他勞動爭議。除了上述法律規定的勞動爭議種類外，如有法律、法規規定的其他勞動爭議，也應納入「勞動爭議調解仲裁法」調整的範圍。

第三節 常見勞動爭議型態

一、作者 2010 年迄今非正式統計的勞動爭議諮詢案件分析

作者個人從事大陸臺商相關人力資源管理與勞動法令之諮詢輔導業務，下列資料為 2010 年迄今非正式統計的勞動糾紛諮詢案件分析，如附表八所示。

附表八 2010 年迄今非正式統計的勞動糾紛諮詢案件分析²²

項次	糾紛內容	主要內容	件數	占比	備註
1	薪資福利	最低工資、拖欠工資、加班工資、調崗調薪	31	15.5%	參閱第六章第一節之四、八
2	社保與住房	參保、不參保、參保基數、工傷保險待遇	27	13.5%	參閱第六章第一節之一
薪資社保類小計			58	29%	
3	假期與請假 (三期產假除外)	假期加班、帶薪年休假、病假醫療期、婚假與晚婚假	25	12.6%	參閱第六章第一節之十一
4	女性員工三期	請假手續不齊備與假證明、一胎化晚育假福利、解除與終止的限制	20	10%	參閱第六章第一節之五、九
假期福利類小計			45	22.6%	
5	勞動合同簽訂	書面簽訂、不簽之賠償要求	20	10%	參閱第六章第一節之一、十三
6	經濟補償	合法與違法解雇之補償金要求	19	9.5%	參閱第六章第一節之一、八
7	解除與終止勞動關係	合法、違法解雇	17	8.4%	參閱第六章第一節之二、五、六、七、

²² 資料來源：根據作者個人的大陸臺商諮詢輔導資料整理。

					九、十、十一
勞動關係類小計			56	27.9%	
8	返聘	退休回聘之關係	7	3.5%	
9	勞務派遣	用工單位與派遣單位之前利義務關係、派遣工賠償責任	6	3%	
10	其他	工時、試用、規章制度、兼職、工會、職代會、勞務派遣、招聘與任用、違約金、就業證	28	14%	參閱第六章第一節之二、三、十、十一、十二、十三
合計			200	100%	

根據附表八的內容分析，勞動糾紛的內容幾乎與前述浙江省勞動爭議白皮書（詳情請參閱第一章第三節）的類型相似，或可互參。依然是薪資福利、社會保險等員工最關心的項目，合計占 29%，占第一位。而與附表八不同的是在作者的諮詢案件裡面，有關員工的假期以及請假權益的爭議，包含女性員工三期權益的爭議，合計占 22.6%，這是臺商人力資源管理部門的頭痛議題，尤其是女性員工三期（孕期、產期、哺乳期）的勞動糾紛有明顯增加的趨勢。另外相關勞動合同的簽訂、執行、解除或終止，以及附隨義務的經濟補償金支付等問題，合計占 27.9%。

二、臺商常見勞動爭議的型態

作者自 2010 年迄今所接觸的諮詢案件，非正式統計的勞動糾紛情形，根據附表八，茲分析如下：

（一）薪資類

該類型爭議主要為企業經營不善、管理不到位，在現金調度方面出現問題，而違法剋扣工資、拖欠員工工資；或者對法律規範認識不清楚，未按最低工資標準支付工資，或未支付加班工資等。當這些情形形成勞動爭議時，被員工訴諸當地勞動監察大隊或請求仲裁庭仲裁，一般來講，只要證明雙方有勞動關係，員工獲勝的機會較大，因為企業要負舉證責任，往往因為企業無法提出已經支付工資的證據而被判敗訴，致使企業要補發工資，如果逾期支付，依「勞動合同法」規定應按該支付部分金額的 50% 至 100% 加付賠償金。有些情況係企業未與員工簽訂書面勞動合同，而遭員工要求支付雙倍工資賠償等情形。

（二）社會保險類

許多社會保險勞動爭議來自於企業未繳或少繳養老保險費，員工因擔憂損及將來的福利待遇，因而要求企業補繳養老保險費（員工依規也需補繳）。另外也有員工因為企業未繳或少繳養老保險費或其他社會保險費，以致員工屆齡退休後無法享

受到應得之退休金待遇；或發生事故時，員工無法申請社保待遇（例如工傷保險待遇），因而要求企業支付賠償金等社會保險勞動爭議事件。

由於歷史因素，社會保險類勞動爭議一直是爭議焦點，而且會形成集體勞動爭議，甚或重大勞動爭議，諸如罷工等行為。

（三）女性三期管理類

雖然女性員工三期管理屬於員工請假管理項目的一種，但在實務的處理上，該類糾紛不少，且對象清楚，卻是很難處理的勞動爭議事項。所以另立一類，以提醒注意。所謂女性員工三期管理是指孕期、產期、哺乳期（嬰兒未滿一周歲），這是一段大約1年10個月，女性員工受到特別保護的期間。一般而言，三期管理的法源有兩個，一為「勞動法」、「勞動合同法」、「女職工勞動保護特別規定」等女性員工特殊保護政策；一為「人口與計劃法」的計劃生育政策。因此，女性員工對於三期的權益特別重視，因而衍生出許多勞動爭議問題出來。

大陸法律對女性職工實施三期特殊保護規定，同時實施計劃生育政策，對於配合計劃生育政策的員工給予增加假期的優惠措施，諸如晚婚假、晚育假、計劃生育假、哺乳時間規定、哺乳假、男性陪護假等；同時對三期內女性員工，不得解除或終止的規定，必須等到相應的情形消失為止，才可以解除或終止。

（四）解除以及終止勞動關係類

此一類型的勞動爭議比較複雜，主要為企業違反「勞動合同法」規定的勞動合同解除條件（例如協商解除、員工有過失解除、員工無過失解除、企業有過失解除等等）而解除勞動關係；或違反勞動合同終止條件而終止勞動關係，以及員工要求企業應支付經濟補償或賠償金等的勞動爭議案件。

以上為臺商在大陸常見之勞動爭議種類，這些勞動糾紛的諮詢案，大部分案件是呈現出內部糾紛的跡象，只要有申訴管道，進行溝通或和解，都能化險為夷。但少部分已經進入勞動爭議仲裁的程序，或裁決已經確定，就要依法論法了。以上的案例都是勞動法律規範的員工權利事項，也就是員工的法定權益，企業如果不清楚相關法律規定，沒有事先做好預防管理，就很容易陷入勞動爭議的風險裡面。

第五章 勞動爭議之處理流程與處理要點

第一節 勞動爭議處理方式

按照大陸「勞動爭議調解仲裁法」規定，勞動爭議處理程序可以採取協商、調解、仲裁、訴訟等四種方式。

一、協商：當發生勞動爭議時，勞資雙方可先進行協商，希望達成和解協議，解決勞動爭議。協商是由雙方當事人雙方私下進行，協調結果寫成「和解書」；

二、調解：如果雙方當事人不願協商、協商不成或者達成和解協議後並不履行時，可以向調解組織（企業勞動爭議調解委員會以及依法設立的基層人民調解組織或鄉鎮、街道設立的具有勞動爭議調解職能的組織）申請調解。經調解達成協議的，應當製作「調解協議書」。調解協議書由雙方當事人簽名或者蓋章，經調解員簽名並加蓋調解組織印章後生效，對雙方當事人具有約束力，當事人應當履行；

三、仲裁：調解不成的，當事人之一可以向當地勞動爭議仲裁委員會提出仲裁申請，當事人之一也可以不經過調解，直接向勞動爭議仲裁委員會申請仲裁。對仲裁裁決無異議的，當事人必須履行，此時仲裁裁決具有法律約束力。對仲裁裁決結果不服時，除法律另有規定外，可以向人民法院提起訴訟；

四、訴訟：當事人對仲裁裁決不服的，可以向基層人民法院提出訴訟請求。訴訟結果具有法律約束力。

第二節 勞動爭議的舉證責任規定與申請時效

一、舉證責任規定

「勞動爭議調解仲裁法」第6條規定，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。

同法第39條規定，當事人提供的證據經查證屬實的，仲裁庭應當將其作為認定事實的根據。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。

「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（一）」第13條規定，因用人單位作出的開除、除名、辭退、解除勞動合同、減少勞動報酬、計算勞動者工作年限等決定而發生的勞動爭議，用人單位負舉證責任。

所謂舉證責任是指當事人對自己的主張加以證明，並對自己的主張最終不能得到證明時要承擔不利的法律後果的責任。但在勞動爭議案件的舉證責任上，除了當事人對自己的主張有責任提供證據外，與爭議事項有關的證據屬於企業掌握管理的，企業要提供，如果不提供的，應當承擔不利後果。諸如辭退員工、減少勞動報酬、計算員工工作年限等情形而產生的勞動爭議，應該由企業負舉證責任，在法律的觀念上，稱為舉證責任倒置。

預防勞動爭議的產生，企業要做好日常管理作業的書面證據收集作業，規章制度的考勤記錄作業、加班記錄、員工證件的複印與簽名作業、員工檔案管理作業、離職手續等等書面資料都要建立與存檔。

二、勞動爭議申請的時效

大陸法律對訴訟時效的解釋是權利人行使請求權，獲得人民法院保護其民事權利的法定時間界限，民事糾紛的仲裁時效一般為2年。「民法通則」第135條規定，向人民法院請求保護民事權利的訴訟時效期間為2年，法律另有規定的除外。而勞動爭議的仲裁時效期間則異於訴訟時效期間，「勞動爭議調解仲裁法」第27條規定，勞動爭議申請仲裁的時效期間為1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。

上述的仲裁時效，因當事人一方向對方當事人主張權利，或者向有關部門請求權利救濟，或者對方當事人同意履行義務而中斷。從中斷時起，仲裁時效期間重新計算。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仲裁時效期間1年的限制；但是勞動關係解除或終止的，應當自勞動關係解除或終止之日起1年內提出。

第三節 勞動爭議的處理流程與處理要點

發生勞動爭議，一般的程序是勞資雙方可以協商，也可以請工會或者協力廠商共同與企業協商，達成和解協議；當事人不願協商、協商不成或者達成和解協議後不履行的，可以向企業內或地方的調解組織申請調解；不願調解、調解不成或者達成調解協議後不履行的，可以向當地的勞動爭議仲裁委員會申請仲裁，對仲裁裁決不服的，除「勞動爭議調解仲裁法」規定的一裁終局外，可以向人民法院起訴。

一、申請人的仲裁申請與受理

「勞動爭議調解仲裁法」第 29 條規定，勞動爭議仲裁委員會收到仲裁申請之日起 5 日內，認為符合受理條件的，應當受理，並通知申請人；認為不符合受理條件的，應當書面通知申請人不予受理，並說明理由。對勞動爭議仲裁委員會不予受理或者逾期未作出決定的，申請人可以就該勞動爭議事項向人民法院提起訴訟。

二、被申請人的答辯

「勞動爭議調解仲裁法」第 30 條規定，勞動爭議仲裁委員會受理仲裁申請後，應當在 5 日內將仲裁申請書副本送達被申請人。被申請人收到仲裁申請書副本後，應當在 10 日內向勞動爭議仲裁委員會提交答辯書。勞動爭議仲裁委員會收到答辯書後，應當在 5 日內將答辯書副本送達申請人。被申請人未提交答辯書的，不影響仲裁程序的進行。

勞動爭議仲裁應訴答辯書，是由勞動爭議仲裁案件的被申請人向勞動爭議仲裁委員會提交的陳述自己意見和事實的法律文書。企業人力資源管理部門在製作勞動爭議仲裁答辯書時，應當注意以下問題：

- (一) 答辯書應當在收到申訴書副本之日起 10 日之內提交；

- (二) 答辯書應當針對申訴書的請求事項、事實和理由提出答辯意見，並同時引用相關的法律、法規、政策規定以及有關證據進行反駁，以此說明申請人的主張沒有合理性或者合法性；
- (三) 答辯是被申請人的一項權利，即是說，他可以行使，也可以放棄，這完全由被申請人自己決定，他人不得干預；
- (四) 在答辯方式上可以選擇，口頭答辯，或書面答辯；可以在仲裁準備階段答辯，也可以在仲裁中進行答辯；
- (五) 答辯人如果是用人單位的，應當寫明單位的全稱，並由法定代表人或者主要負責人簽名並加蓋單位公章。

三、調解與裁決

勞動爭議案件在進入仲裁庭完成裁決程序之前，有一個調解程序，仲裁員認真審閱案件資料，查取取證後，首先徵求雙方意見，如果雙方願意調解的，仲裁員就會進行調解程序，根據雙方的協議內容製作成有法律效力的調解書。因此，「勞動爭議調解仲裁法」第 42 條規定，仲裁庭在作出裁決前，應當先行調解。調解達成協議的，仲裁庭應當製作調解書。調解書應當寫明仲裁請求和當事人協議的結果。調解書由仲裁員簽名，加蓋勞動爭議仲裁委員會印章，送達雙方當事人。調解書經雙方當事人簽收後，發生法律效力。調解不成或者調解書送達前，一方當事人反悔的，仲裁庭應當及時作出裁決。

對於無法調解的勞動爭議，仲裁庭將開庭審理，當事人接到開庭的書面通知，無正當理由拒不到庭的，或者中途退庭的，對申訴人按照撤訴處理，對被訴人可作缺席裁決，整個裁決時間依「勞動爭議調解仲裁法」第 43 條規定，勞動爭議仲裁的正常仲裁時限，應當自勞動爭議仲裁委員會受理仲裁申請之日起 45 日內結束。案情複雜需要延期的，經勞動爭議仲裁委員會主任批准，可以延期並書面通知當事人，

但是延長期限不得超過 15 日，即仲裁的時限最長為自受理之日起 60 日內結案。

逾期（逾 45 日或被批准延長至 60 日）未作出仲裁裁決的，當事人可以就該勞動爭議事項向人民法院提起訴訟。仲裁庭裁決勞動爭議案件時，其中一部分事實已經清楚，可以就該部分先行裁決。

同法第 50 條規定，當事人對終局裁決（詳情請參閱四、部分勞動爭議的終局裁決）以外的其他勞動爭議案件的仲裁裁決不服的，可以自收到仲裁裁決書之日起 15 日內向人民法院提起訴訟；期滿不起訴的，裁決書發生法律效力。

四、部分勞動爭議的終局裁決

「勞動爭議調解仲裁法」第 47 條規定下列勞動爭議，除本法另有規定的外，仲裁裁決為終局裁決，裁決書自作出之日起發生法律效力。

- （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 12 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。

同法第 48 條規定，勞動者對終局裁決不服的，可以自收到仲裁裁決書之日起 15 日內向人民法院提起訴訟。這也就是說，員工對終局裁決沒有起訴的，則不管企業是否有不同意見，該裁決就發生法律效力。員工不服終局裁決可以向基層人民法院提起訴訟。

同法第 49 條第 1 款規定，用人單位有證據證明終局裁決有下列情形之一，可以自收到仲裁裁決書之日起 30 日內向勞動爭議仲裁委員會所在地的中級人民法院申請撤銷裁決：

- 1.適用法律、法規確有錯誤的；
- 2.勞動爭議仲裁委員會無管轄權的；
- 3.違反法定程序的；
- 4.裁決所根據的證據是偽造的；
- 5.對方當事人隱瞞了足以影響公正裁決的證據的；
- 6.仲裁員在仲裁該案時有索賄受賄、徇私舞弊、枉法裁決行為的。

因此，企業對終局裁決不服的，不能提起訴訟，只能向中級人民法院申請撤銷裁決。同法第49條第2款規定，人民法院經組成合議庭審查核實裁決有第49條第1款規定情形之一的，應當裁定撤銷。仲裁裁決被人民法院裁定撤銷的，當事人可以自收到裁定書之日起15日內就該勞動爭議事項向人民法院提起訴訟。

綜合上述，正常的勞動爭議仲裁程序，從勞動爭議仲裁委員會決定受理仲裁申請之日起至裁決結果一共45天。勞動爭議的雙方當事人以仲裁的方式，投遞仲裁申請書，經過答辯的階段，正常的仲裁時限，最晚應在不到兩個月內就會收到裁決書。「勞動爭議調解仲裁法」對金額不大的仲裁標的以及在工作時間、休息休假、社會保險等方面的勞動標準所發生的勞動爭議，規定了終局裁決制度。但員工如果對終局裁決的結果不服的，仍然可以在15日內向基層人民法院起訴，而企業對終局裁決的結果不服的，則只能收集對方違法的證據，在30日內向中級人民法院申請撤銷裁決。除了終局裁決的案件以外的仲裁案件，不服的一方可以在收到裁決書以後15日之內向基層人民法院起訴。

第四節 裁決書的送達

在仲裁活動中，有許多文書要送達雙方當事人，例如仲裁開庭通知書、仲裁調解書、仲裁裁決書。這些文書如何送達雙方當事人呢？按規定的送達方式有以下幾種：

一、直接送達

仲裁委員會送達仲裁文書應當直接送交受送達人；本人不在的，交其同住成年親屬簽收；已向仲裁委員會指定代收的，交代收人簽收；受送達人方是企業或單位，又沒有向仲裁委員會指定代收人的，可以交其負責收件人簽收。仲裁文書送達後，應由受送達人在送達回執上簽字或蓋章，受送達人在送達回執上的簽收日期為送達日期。

二、留置送達

受送達人拒絕接受仲裁文書的，送達人應當邀請有關組織的代表或其他人到場，說明情況，在送達回執上證明拒收事由和日期，由送達人、見證人簽名或蓋章，把送達文書留在受送達人住處，即視為送達的，稱為留置送達。留置送達與直接送達具有同等效力。當事人因拒收裁決書，在法律規定的15日內未向人民法院起訴的，將喪失向人民法院起訴的權力，而裁決書即產生法律效力。

三、郵寄送達

仲裁機關採取直接送達有困難的，可以委託送達人所在地的仲裁委員會代為送達或郵寄送達。郵寄送達，以掛號查詢回執上註明的收件日期為送達日期。實際處理中，以郵寄送達較普遍。

四、公告送達

受送達人下落不明，或者用上述方式無法送達仲裁文書的，可公告送達。自公告之日起經過 30 天，即視為送達。這種情況下，當事人事後不能以自己沒有收到文書為理由提出異議。

第六章 常見勞動爭議之案例解析與處理模式

第一節 常見勞動爭議之案例解析

大陸每年發生的勞動爭議案件，經由勞動爭議調解與仲裁程式，完成的件數，約都在 100 萬件以上（詳情請參閱第一章第三節附表五），形形色色，錯綜複雜，茲舉重要的勞動爭議案例，茲說明如下。

一、單位試業期間未簽訂勞動合同被判雙倍工資？

【案例】

中國法院網訊（彭小平／徐雙桂）用人單位試業期間未與勞動者簽訂書面勞動合同，被判支付雙倍工資和經濟補償金等。2012 年 5 月 29 日，江西省宜春市袁州區人民法院一審判決某公司支付給原告孫某解除勞動合同雙倍工資、經濟補償金、代通知金合計 7,000 餘元，並為原告孫某補繳養老保險費及醫療保險費。

原告孫某於 2010 年 7 月 29 日應聘到被告公司擔任辦公室主任一職，工資為每月 2,500 元；2010 年 10 月 16 日，被告以原告不能勝任工作為由口頭通知原告解除勞動關係，原告即於當日辦理離職手續，期間原、被告雙方未簽訂書面勞動合同，被告亦未為原告辦理社會養老保險和醫療保險。原告離職後，於 2011 年 3 月 4 日向宜春市勞動爭議仲裁委員會申請仲裁，2011 年 8 月 2 日仲裁委作出仲裁裁決，被告公司支付原告：

（一）未簽訂書面勞動合同經濟補償金 3,916 元；

（二）解除勞動合同經濟補償金 1,250 元；

（三）解除勞動合同代通知金 2,500 元；

(四)從 2010 年 8 月至 2010 年 10 月止的養老保險費，單位繳交部分 1,500 元；

(五)從 2010 年 7 月至 2010 年 10 月止的醫療保險費，單位繳交部分 450 元；

(六)駁回原告其他仲裁請求。

被告對仲裁結果不服，遂向宜春市中級人民法院提出申請，請求撤銷仲裁裁定書，宜春市中級人民法院於 2011 年 11 月 29 日撤銷了此仲裁裁定書。原告不服，遂向宜春市袁州區人民法院提出訴訟。

被告辯稱：原告入職被告公司，被告尚未正式營業，未與被告簽訂勞動合同責任在於原告自己。且原告是自願申請離職，其要求支付經濟補償金和代通知金沒有事實和法律依據。

法院審理後認為，建立勞動關係，應當訂立書面勞動合同。已建立勞動關係，未同時訂立書面勞動合同的，應當自用工之日起 1 個月內訂立書面勞動合同。原告應聘到被告公司擔任辦公室主任一職至離職已 77 天，被告未與原告訂立書面勞動合同的責任在於被告，故被告應支付原告雙倍勞動工資；被告解除與原告勞動關係應提前 30 日以書面形式通知原告本人，但被告未提前通知原告，應支付解除勞動關係代通知金和經濟補償金。法院遂依法作出上述判決。

【解析】

本案例的重點在企業未與員工簽訂書面的勞動合同而造成的違法行為。

按「勞動合同法」第 10 條第 1、2 款規定，建立勞動關係，應當訂立書面勞動合同。已建立勞動關係，未同時訂立書面勞動合同的，應當自用工之日起 1 個月內訂立書面勞動合同。同法第 82 條第 1 款、「勞動合同法實施條例」第 6 條第 1 款規定，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兩倍的工資。並與勞動者補訂書面勞動合同。同條例第 6 條

第 2 款規定，用人單位向勞動者每月支付兩倍工資的起算時間為用工之日起滿 1 個月的次日，截止時間為補訂書面勞動合同的前 1 日。

除了兩倍工資外外，案例被告還要支付解除勞動關係代通知金和經濟補償金。依「勞動合同法」第 40 條第 2 項規定，勞動者不能勝任工作，經過培訓或者調整工作崗位，仍不能勝任工作的，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 1 個月工資後，可以解除勞動合同，同時依規定支付經濟補償金。（發布時間：2012 . 05 . 30 - 15 : 55 : 43）

二、簽訂「試用合同」就是勞動合同嗎？

【案例】

上海某服裝公司招聘業務員，王某前來應聘。經初步面試，服裝公司認為王某符合條件，遂與其簽訂了一份『試用合同』，約定試用期3個月，每月底薪人民幣1,500元。雙方還約定試用期滿後公司可視王某能力，決定是否簽訂正式勞動合同（底薪2,000元）。王某工作後不久，公司即發現其整日遊手好閒，或在公司上網聊天，或借談業務為名出去玩樂。兩個月後王某仍無任何銷售業績。公司經多次對王某批評教育均無任何效果，於是決定與其解除勞動合同。王某不服，向勞動部門提起仲裁。結果，仲裁庭認為服裝公司與王某簽訂的『試用合同』就是雙方的勞動合同，且該合同不存在試用期。公司解除勞動合同的決定沒有法律依據，雙方勞動關係依然存在，並且公司還應該按照2,000元標準向王某支付工資。

【解析】

案例中雙方所訂的『試用合同』是不存在的合同，因為「勞動合同法」第19條第4款規定，試用期包含在勞動合同期限內。所以仲裁庭會認為服裝公司與王某簽訂的『試用合同』就是雙方的勞動合同，進而認定雙方之間沒有約定試用期，所以依照「勞動合同法」第83條規定，用人單位違反本法規定與勞動者約定試用期的，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。
(http://www.smartbsc.com/zh_tw/articles/m13.html)

三、勞動合同中應如何約定違約金？

【案例】

李某 2007 年 7 月大學畢業後，經由人才市場的仲介，與某化工廠簽訂了為期 3 年的勞動合同。後來李某於 2008 年 3 月考取了南京某大學研究生，李某遂提前 30 天以書面形式通知化工廠，要求解除與化工廠所簽訂的勞動合同。但化工廠以勞動合同中約定「勞動合同期限未滿，若勞動者單方要求提前解除合同，必須提前 30 天書面通知化工廠，並需交違約金 3 萬元」為由，要求李某交納 3 萬元違約金後，方可解除勞動合同。雙方經多次協商未果後，李某遂訴至法院，要求解除雙方所簽勞動合同，並請求降低違約金數額。

【解析】

李某要求解除雙方所簽勞動合同是否合法？雙方訂立勞動合同時約定的違約金如何處理？在處理該案時，形成了兩種觀點。

一種觀點認為，李某要求解除其與化工廠所簽勞動合同程序是否合法？即李某應交納 3 萬元違約金後，才可以與化工廠正式解除勞動合同。理由是雙方於 2007 年 7 月所簽訂的勞動合同是當事人真實意思的表示，現李某單方提出提前解除勞動合同，依法可以解除，但應承擔違約後果，即要需交納 3 萬元違約金。

另一種觀點認為，李某要求解除勞動合同的請求應予支援，對於雙方約定的 3 萬元違約金，因違反了「勞動合同法」的規定應屬無效。理由是「勞動合同法」第 25 條規定，除本法第 22 條和第 23 條規定的情形外，用人單位不得與勞動者約定由勞動者承擔違約金。即用人單位只有在以下兩種情況下才可以與勞動者約定違約金：（一）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，可以與該勞動者訂閱協議，約定服務期。勞動者違反勞動期約定的，應當按照約定向用人單位支付違約金；（二）用人單位與勞動者可以在勞動合同中約定保守用人單位

商業秘密與和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。勞動者違反競業限制規定的，應當按照勞動合同的約定，向用人單位支付違約金。

本案李某不屬上述兩種情況，故李某可以解除勞動合同，且無需交納3萬元違約金。（<http://big5.ce.cn/gate/big5/blog.ce.cn/html/46/145946-691020.html>。）

四、做一休一有加班費嗎？

【案例】

劉先生於 2008 年 4 月 1 日進入某服裝銷售有限公司從事服裝銷售工作，上班地點在某百貨公司。雙方勞動合同中約定，劉先生實行『做一休一』輪班制，工作時間參照百貨公司開店和關店時間，為上午 9 時 30 分至 22 時整。工作至 2009 年 8 月，由於該服裝銷售公司一直沒有依法為劉先生繳納社會保險，同時自入職以來，單位也一直沒有向其發放加班工資，故劉先生要求公司補繳社會保險費並補發加班費。公司拒絕，雙方發生爭議，劉先生無奈訴至勞動仲裁。

仲裁審理過程中，該服裝銷售公司表示，願意為劉先生補繳社會保險，但是認為劉先生是銷售人員，上班時間靈活，工作一天休息一天，實行的是不定時工作制，因此不存在加班問題，同時公司指出，劉先生工作期間中午和晚上一共有四個半小時的吃飯時間，劉先生每天實際工作時間只有 8 個小時。但就上述事實，服裝銷售公司均未提供相應證據。最終，勞動仲裁依法判決服裝銷售公司依法為劉先生補繳社會保險費，並補發工作期間的加班費。

【解析】

本案很具有典型性，在服裝銷售行業類似於本案的這種情況屢見不鮮。就目前而言，大陸勞動領域主要存在兩大類工時制度：一類是標準工時制，另一類是特殊工時制。綜合計算工時工作制和不定時工作制即屬於特殊工時制度，這兩種工時制度在計算加班時間上與標準工時制度存在很大的區別。標準工時制度要求勞動者每天工作不得超過 8 小時，每週不得超過 40 小時，只要超過就算作加班；綜合計算工時工作制則是按照一定週期如週、月、季、年等綜合計算工作時間；而不定時工時制主要適用於一些工作性質和工作職責比較特殊的崗位，其工作時間不受固定時數限制。

回到本案，服裝銷售公司辯稱劉先生做一休一實行的是不定時工作制，所以不存在加班問題，但是其並沒有依法向勞動部門進行過審批，公司不能擅自實行不定時工作制，因此劉先生實際實行的仍然是標準工時制；此外，公司口頭稱劉先生中午和晚上共有 4 個半小時的吃飯時間，對此由於雙方的勞動合同及公司的員工手冊中均無這樣的約定，同時公司也沒有提供任何其他證據，故而這種說法也不成立，勞動仲裁的裁決合法合理。

按照大陸「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」的規定，實施綜合計算工時工作制，除了要向當地勞動行政部門申請核准外，其每一週期（週、月、季）實際的工作時間超過標準工作時間（如以每月合計，就是超出 20.83 天，即 166.64 小時）以外的部分，仍然要以加班費率 150% 計算加班工資；實施不定時工作制，則不必支付加班費。所以做一休一有沒有加班費，取決於工作崗位實行的是何種工時制度，如果是標準工時制，有加班事實時則按規定要支付加班工資（150%、200%、300%），如果是綜合計算工時工作制，則要視員工的工作時間是否超過相應的法定標準而支付加班工資（延長工時及休息日加班要支付 150%、法定節假日要支付 300% 工資），如果是不定時工作制，則除了法定節假日加班要支付加班費（300%）外，不存在其他加班問題。（2010-2-9 15:06:41 上海金融報）

五、女秘兢兢業業 5 年，一朝懷孕是否可以辭退？

【案例】

2006 年 7 月，李麗碩士畢業後應聘到某大型商場從事文祕工作。幾年來，面對繁雜的辦公室事務，李麗不僅從不抱怨且總是盡最大努力地做好每一項工作，其大部分週末是在加班中度過。2009 年春天，李麗結婚了。擔心影響工作，她沒有立即要孩子。2011 年 7 月，意外懷孕的她考慮到年齡等因素，決定將孩子生下來。

令李麗沒想到的是，2012 年元旦前夕，商場領導找她談話時稱，雖然她與商場的勞動合同還有一年多才到期，可她現在因為懷孕已不能勝任工作，因此商場作出了與其解除勞動合同的決定。對於這一突如其來的決定，李麗無法接受。她多次向商場領導表示，自己已懷孕五個多月，出去肯定不好找工作，因此懇求商場給她調換崗位，而不要與她解除合同。但商場領導堅持認為，李麗現在既然不能勝任工作，商場就有權解除合同。

那麼，商場以不能勝任工作為由解除合同是否合法？若不合法，李麗能否要求商場繼續履行合同？

【解析】

根據「勞動合同法」第 40 條規定，勞動者不能勝任工作，經過培訓或者調整工作崗位，仍不能勝任工作的，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。然而，該法第 42 條同時規定，女職工在孕期、產期、哺乳期的，用人單位不得依照本法第 40 條、第 41 條的規定解除勞動合同。由此可知，對於孕期的女職工，單位不能依據「勞動合同法」第 40 條的規定解除合同。因此，商場以此解除合同顯然違法。

另據相關法律規定，被辭退員工不同意用人單位解除勞動合同的決定，可主張要求繼續履行合同，並可主張用人單位賠償勞動合同解除之日至恢復之日的工資損失。但如果勞動者不要求繼續履行合同，可根據「勞動合同法」第 87 條的規定，要求用人單位按經濟補償金的二倍標準支付賠償金。

對於本案中的情況，李麗的最好處理方式是要求與用人單位繼續履行合同。這樣她不僅可獲得商場賠償合同解除之日至恢復之日的工資損失，還可在恢復勞動關係後享受法律規定的待遇，比如產假等等。

(<http://society.dbw.cn/system/2012/01/16/053641738.shtml>)

六、協商確定辦理離職手續後能夠恢復勞動關係嗎？

【案例】

何小姐大學畢業後進入某公司，不久後又結了婚，她覺得壓力大，萌生跳槽換單位的想法，但離終止合同還有半年時間，何小姐想還是等到合同終止再說吧！某天公司找何小姐談話與協商，因近年來市場的變化影響公司的經營，想與何小姐提前解除勞動合同並按規定支付經濟補償。何小姐覺得這正是機會，於是雙方協商談妥條件後簽訂了解除勞動合同協議書，在辦理完相關手續後便離開了公司。一週後何小姐到醫院檢查發現懷孕了，他推算是在解除勞動合同之前的事，於是將公司告上仲裁庭，要求恢復勞動關係，但仲裁庭駁回了他的請求。為什麼？

【解析】

這是因為勞雇雙方所採取的解除方式是協商解除，按照「勞動合同法」第36條規定，用人單位與勞動者協商一致，可以解除勞動合同。協商解除可以排除其他的解除條件，當確定協商的解除條件時，即使後面碰到對自己較有利的不得解除的條件，是無法推翻先前的約定的。（《大陸臺商勞資風險與預防實務》p167）

七、提供假學歷勞動合同無效嗎？

【案例】

幾年前，徐女士持偽造的復旦大學雙學士學歷與上海張江高科技園區內的一家高科技公司簽訂「勞動合同」、「保密、競業限制協議」，約定徐女士在該公司任人事經理兼總裁助理，每月工資 9,000 元，另外，公司還按月支付保密及競業限制補償金給徐女士；徐女士負有在離職後三年內保守公司秘密及競業限制義務。後來徐女士的工資增加到 13,000 元。

去年 2 月，因徐女士有違紀行為，公司提出提前解除勞動合同，與其簽署「解除勞動合同協議」，約定公司支付徐女士相當於 4 個月工資標準的經濟補償金和一個月替代期工資共計 65,000 元作為全部補償。

去年 8 月，徐女士持與公司簽訂的「保密、競業限制協議」提起勞動仲裁，要求公司支付競業限制補償金 22 萬餘元。9 月，公司向復旦大學核實，方知徐女士的復旦雙學士學歷純屬偽造。

公司遂向勞動爭議仲裁委提起反訴，要求確認：（一）「勞動合同」、「保密、競業限制協議」、「解除勞動合同協議」無效；（二）徐女士向公司返還經濟補償金 65,000 元和多得的工資，並賠償公司經濟損失。但仲裁裁決支持了徐女士主張競業限制補償金的請求，裁定反訴已過仲裁時效不予受理。

公司不服訴至法院。在法庭上，公司的代理律師提出，學歷是用人單位與勞動者建立勞動關係的必備條件，因徐女士提供了虛假學歷，故「勞動合同」等協議均無效，徐女士不但不應得到競業限制補償金，還應返還已收取的經濟補償金及多得的工資，並賠償公司的經濟損失。

上海市浦東新區法院認為，瞭解勞動者真實狀況是用人單位的權利，而如實說

明自身狀況是勞動者必須履行的義務，學歷是公司與徐女士建立勞動關係的必備條件。徐女士向公司提供了虛假的學歷證明，在此基礎上雙方訂立的勞動合同應屬無效。由於「勞動合同」的無效，「保密、競業限制協議」、「解除勞動合同協議」也為無效合同，徐女士理應返還據此收取的補償金及部分多得的工資，並應賠償公司的經濟損失，合計 7 萬餘元。

徐女士不服，上訴至上海市第一中級人民法院。2008 年 5 月，上海市第一中級人民法院作出終審判決，駁回徐女士的上訴，維持原判。

【解析】

「勞動合同法」第 8 條規定，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。如應聘者提供的是虛假資訊，屬於「勞動合同法」第 26 條規定的採取欺詐的手段訂立的勞動合同，可能導致勞動合同無效。徐女士虛構教育背景，侵犯了公司選擇適當的專業人才擔當相關工作崗位的合法權益，行為構成欺詐，勞動合同自始無效。

但需特別提示，作為用人單位應注意勞動者的告知義務是附條件的，只有在用人單位要求瞭解勞動者與勞動合同直接相關的基本情況時，勞動者才有如實說明的義務。用人單位如不主動向勞動者詢問相關情況，則勞動者不構成欺詐，勞動合同亦不會被認定為無效。

(<http://big5.51job.com/gate/big5/arts.51job.com/arts/05/340252.html>)

八、不能證明員工無故缺勤，用人單位會被判賠償嗎？

【案例】

（中國法院網訊）北京某科技公司被該公司員工以拖欠工資為由訴至法院在案件審理中，公司稱並沒有拖欠工資，是員工擅自離職，但是該公司又不能提供相應的證據。2007年6月27日上午，北京市第一中級人民法院終審判決公司支付拖欠的兩個月工資1萬500元（稅後）及各項經濟補償金6,825元。

周女士是某科技公司的地區銷售經理，2005年12月，她和公司簽訂了《入職通知》，雙方約定，周女士任深圳區域銷售經理，試用期3個月，試用期工資為每月4,200元。試用期屆滿後，周女士仍在該公司工作，月工資不變。周女士向法院訴稱，自2006年4月1日起至2006年6月15日，公司就不再向其支付工資，在此情況下周女士被迫解除合同並向勞動爭議仲裁委員會提起仲裁。因在仲裁委沒有得到滿意的結果，周女士又將公司起訴至法院，請求法院判令公司向其支付2006年4月1日至2006年6月15日的工資1萬500元及經濟補償金2,625元，支付解除勞動合同的經濟補償金4,200元，並支付損失4,200元。

在案件審理過程中，公司辯稱，周女士在2006年4月11日至6月15日期間擅自離職，公司已向其支付了2006年3月的工資，並不拖欠其工資。因周女士是深圳區域銷售經理，故單位未對其做嚴格的考勤管理，但其必須每週五與單位聯繫彙報工作。

但是，公司並未向法院提交雙方曾就此工作方式進行協商的證據，也未能提交充分證據證明周女士自2006年4月11日後一直未來公司上班。法院認為，周女士與公司簽訂的《入職通知》，未違反法律規定，應屬有效，雙方均應嚴格履行各自的義務。

根據相關司法解釋，勞動者的考勤與工資標準應當由用人單位負舉證責任，該

公司主張周女士自 2006 年 4 月 11 日後就未到公司上班，未向法院提交充分證據予以證明，故法院認可周女士一直工作至 2006 年 6 月 15 日。

周女士以公司未按時向其支付 2006 年 4 月至 6 月 15 日期間的工資為由，提出辭職，符合「勞動法」第 32 條有關用人單位延付工資，勞動者可以提前解除勞動合同的規定。要求公司向其支付上述期間的工資、經濟補償金、解除勞動合同的經濟補償金於法有據，法院應予支持。

【解析】

本案例爭執的重點在周女士於 2006 年 4 月 1 日至 2006 年 6 月 15 日擅自離職，周女士認為還是在職期間，公司應當支付她這三個月的工資。照道理，周女士要能夠舉證她有上班行為而公司未付薪資，因為『誰主張，誰舉證』。但是與勞動爭議有關的證據如果屬於企業掌握管理的情形，則要由企業負舉證責任。例如由企業作出的解除勞動合同、減少勞動報酬、計算員工工作年限等等決定而產生的勞動爭議，企業要負舉證責任，如果提不出相關的證據，就會被認定企業違反了法律責任，應當承擔不利後果。

本案例，員工的考勤紀錄與工資標準的規定應當由企業負舉證責任，周女士自 2006 年 4 月 11 日後就未到公司上班，但公司未向法院提交充分證據予以證明，故法院認可周女士一直工作至 2006 年 6 月 15 日。據此，如果周女士以「勞動法」第 32 條有關企業延付工資，員工可以提前解除勞動合同的規定，則法院會給於支持。判決企業應當支付該筆薪資及經濟補償金。（發布時間：2007·06·27）

九、女工懷孕可否開除？

【案例】

（中國法院網訊）上海某機械公司一女工在懷孕期間被單位無故開除，2007年3月7日，上海市南匯區人民法院作出一審判決。

汪小姐於2006年5月9日到上海某機械公司工作。2006年9月12日，上海某機械公司與汪小姐簽訂勞動合同書一份。2006年8月，汪小姐經檢查已懷孕，被公司調動了工作。同年9月26日，公司方出具書面警告一份，以汪小姐消極怠工、違反廠紀廠規給予一次書面警告的處分，汪小姐當即提出異議。次日，公司又以汪小姐無理取鬧，嚴重擾亂了正常工作秩序為由，以通告形式決定給予汪小姐解雇處分，並開具了退工證明。

同年11月2日，汪小姐向南匯區勞動爭議仲裁委員會申請仲裁，要求與被告恢復勞動關係且順延至哺乳期滿，並由公司支付其工資及缺額工資。後仲裁委員會裁決機械公司應與汪小姐恢復勞動關係，繼續履行原勞動合同；支付汪小姐工資及缺額工資等。2007年1月，公司方不服裁決訴到法院。

在法庭上，公司方訴稱，公司根據事實，對汪小姐所作的處分決定符合勞動法及員工守則的有關規定，並按程序送達，是合法有效的。現起訴要求不予支持恢復勞動關係的請求，不予支付汪小姐工資及缺額工資等。

汪小姐辯稱，自己沒有消極怠工、無理取鬧。自己作為孕婦，是通過正當途徑提出異議。公司方在其懷孕期間解除勞動合同不符合法律規定，故要求駁回公司方的訴訟請求。

法院認為，汪小姐在工作期間雖有疏忽情況存在，但公司方未能提供汪小姐無視公司規定、消極怠工、無理取鬧的相關證據，故公司方解除與汪小姐勞動關係依

據不足，公司方應與汪小姐恢復勞動關係。且根據「上海市企業工資支付辦法」規定，公司方應當支付汪小姐相關的工資、缺額工資等。

【解析】

本案例是一件企業在證據把握方面容易疏忽的例子。公司忽略了掌握汪小姐在懷孕期間無視公司規定、消極怠工、無理取鬧的相關證據。沒有正當合理的解雇證據，就解除勞動關係是違法的行為。

本案汪小姐處在三期期間，是受到「勞動法」第 29 條不得以本法第 26、27 條規定解除勞動合同的保護。換言之，要等到哺乳期結束，才能因其違反哪條條款規定而解除勞動關係。但是如果在三期期間有違反本法第 25 條規定的條款，則不受第 29 條規定的約束，可以解除勞動合同。按照「勞動法」第 25 條第 2、3 項的規定，員工嚴重違反勞動紀律或企業的規章制度，或嚴重失職、營私舞弊，給企業利益造成重大損害的，可以解除勞動合同，不必支付經濟補償金。但是依照這條條款解雇員工時，要有證據，而且是嚴重違反程度的證據，才能符合法律的精神。

(<http://www.twgocn.net/forum.php?mod=viewthread&tid=19157>)

十、員工在服務期內因違紀，被解除合同是否需要支付違約金？

【案例】

小錢是上海某日資生物醫藥有限公司員工，2008年8月進入該公司，不久被提升為研發部部長助理，後被公司選送至日本進行為期1年的培訓，並簽訂培訓服務期協議，明確了培訓費用為30萬人民幣，服務期為3年，違約金按照年限遞減的方式處理。2009年11月，小錢從日本培訓結束回公司工作，1個月以後又被提升為研發部部長。在小錢回國之前的這段日子裡，該日資公司的一家競爭對手就已經開始與小錢進行聯繫，希望小錢回國以後能到其公司工作，並許諾工資待遇是原公司的兩倍。該競爭對手公司相關人員還告知小錢，服務期只是約定員工不得擅自在服務期內離職，並不能約束員工被動地被公司解除合同。小錢在擔任研發部部長以後，故意發生研發事故，並經常遲到早退，甚至多次不參加公司的中層幹部例會，後公司以嚴重違紀為由解除了與小錢的勞動合同，並要求小錢支付違約金。小錢不服，認為自己並非主動離職，不應承擔服務期違約金。在與公司協商不成的情況下，向公司所在地的勞動爭議仲裁委員會申請勞動仲裁。

【解析】

對於簽訂有培訓服務期協議的雙方當事人而言，應依據勞動合同和培訓服務期協議的約定誠信履行勞動義務，不得侵害相對方當事人的合法和正當的勞動權益。企業和員工作為勞動合同的當事人，在遵守勞動合同的相關約定時，還應遵守雙方訂立的培訓服務期協議的相關約定。本案中，小錢的行為是一種惡意的違紀行為，在有充分證據證明的前提下，其被公司解除勞動合同自無問題。同時公司有權向其追究相關責任。這裡有兩種法律責任：一是基於違反培訓服務期的約定而產生的違約責任；二是基於對相對方企業造成培訓費損失的賠償責任。對於前者，「勞動合同法實施條例」第26條對此有明確規定，對於員工嚴重過失導致企業解除勞動合同的，不能免除員工的違約責任，故小錢應承擔違約責任。對於後者，如果公司有充

分的證據證明小錢的惡意違紀行為導致公司損失而與小錢解除勞動合同，方可向其主張賠償金。（http://blog.sina.com.cn/s/blog_69ebe2c90102v6cd.html）

十一、單位違法辭退員工的法律後果是什麼？

【案例】

李先生在某紡織廠工作，某日，李先生患流行感冒臥床不起，並打電話向其工作組組長請假並獲准。兩天後，李先生回工廠上班卻被告知被工廠解雇，原因是其嚴重違反用人單位的規章制度。按紡織廠規定，職工請假需要書面的請假條和醫院證明，而且只有車間主任才能批假，李先生既沒有書面的請假條又沒有醫院證明，僅僅是口頭向小組長請假，這種做法嚴重違反了工廠的規章制度。李先生不服，提出仲裁，要求撤銷紡織廠解除其勞動合同的行為。

【解析】

本案中，李先生因患流行感冒臥床不起而請假，雖然在請假的方式上確有不妥，但是其本身並無違規的故意且情節輕微，並不能稱之為嚴重違反用人單位的規章制度，且紡織廠的規章制度並未將其歸入應解除勞動合同的範圍之內，紡織廠解除與李先生的合同，違反了「勞動合同法」的有關規定，屬違法解除勞動合同。因此，李先生提出要求撤銷紡織廠解除與他的勞動合同的請求應當得到支持。如果，李先生不是要求繼續履行勞動合同，而是要求紡織廠支付其經濟賠償金，勞動仲裁委員會也應予以支持。

「勞動合同法」第 48 條規定，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 87 條規定支付賠償金。

「勞動合同法」第 87 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 47 條規定的經濟補償金的 2 倍向勞動者支付賠償金。

用人單位違反本法規定解除或終止勞動合同，勞動者可以行使以下兩種權利：
（一）是要求用人單位繼續履行勞動合同；（二）是要求用人單位支付賠償金。
（<http://www.lawtime.cn/info/laodong/ldzyhtzy/2010122186658.html>）

十二、規章制度一定要經過公示的程序嗎？

【案例】

某房地產公司員工小劉，剛到公司時勤奮踏實。後來隨著業務越做越好人也逐漸驕縱起來。公司領導多次對其婉轉批評均無效果。有一次，小劉因自身疏忽忘記客戶委託辦理的重要事務，給客戶造成重大經濟損失。事後小劉非但不及時補救，反而將責任全部推到客戶身上。雙方因此發生爭議，小劉居然不顧同事及領導勸阻，在辦公場所內對客戶進行辱罵及毆打，影響極為惡劣。

公司領導認為，小劉的行為嚴重違犯了公司的勞動紀律及規章制度，因此決定對小劉作開除處理。小劉不服，1個月後提起勞動仲裁，要求撤銷開除決定，恢復勞動關係。公司辯稱依照「公司規章制度」開除小劉並無不當。但仲裁庭經審理，最終認為公司沒有提供證據證明「公司規章制度」曾公示或向小劉出示過。鑒於小劉的行為尚不夠成刑事責任或治安處罰，公司對小劉作出的開除處理決定沒有依據。

【解析】

由於公司無法提出曾經公示的證據，顯然是違反了「勞動合同法」第4條第4款的規定，沒有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。所以會被判敗訴。（《大陸臺商勞資風險與預防實務》p266）

十三、臺灣人士去大陸工作沒有辦就業證屬於違法就業嗎？

【案例】

王小平是臺灣人士，應徵北京海淀區的某網路公司擔任軟件總監，月薪人民幣三萬，但未辦理就業證及簽訂勞動合同。工作五個月後，與公司領導發生衝突，憤而辭職。辭職後公司拒絕發放最後一個月工資。王小平就向海淀區勞動爭議仲裁委員會提起仲裁，要求公司支付未簽勞動合同的雙倍工資、拖欠的1個月工資、經濟補償金等等共計18多萬元。

仲裁答辯過程中，網路公司承認王小平是公司員工，也沒有簽訂勞動合同，但同時提出他是境外人士，在中國大陸就業未辦理就業證，屬於違法就業，他的主張不應得到支持。

仲裁法庭因此認定王小平非法就業，不享受勞動法上的權利義務，未簽勞動合同的雙倍工資、經濟補償金均不予支援。但對公司拖欠王某的工資3萬元，仲裁庭認為應予支付。至於違法就業行為是否應受到行政處罰，仲裁庭認為不在職權範圍之內，不予置評。

【解析】

在本案中，用人單位承認違法用工，從而免除了雙倍工資、經濟補償金的賠償責任。也就是說，對於用人單位而言，違法用工比合法用工成本更低。用人單位固然明知是外國人或臺港澳人士，且應該辦理就業證，但就是故意不辦，這樣責任反而輕一些。這可能是大陸立法上的缺陷。然而在法律修改之前，上述的裁決是合法的。

按規定，外國人或臺港澳人士未經就業許可，不可在中國大陸就業。根據「臺港澳居民在內地就業管理規定」、「外國人在中國就業管理規定」等規定，境外人

士必須到用人單位所在地的勞動行政部門辦理《臺港澳人員就業證》或《外國人就業許可證書》，才能合法在中國大陸就業，否則即為違法。

如果違法就業的，則雙方的關係是違法的，不構成有效的勞動關係。就業者這一方的外國人或臺港澳人士不得依據勞動法律法規的規定，主張未簽勞動合同的雙倍工資、經濟補償金等等。

對於外國人未經許可在中國就業的，「外國人入境出境管理法實施細則」第 44 條規定，對未經勞動人事部批准私自謀職的外國人，在終止任職或就業的同時，可以處 200 元以上、1,000 元以下的罰款；情節嚴重的，並處限期出境。對於臺港澳人士在大陸就業而未辦理就業許可的，「臺港澳居民在內地就業管理規定」第 16 條規定了對用人單位的處罰，用人單位聘雇或者接受被派遣臺港澳人員，未為其辦理就業證或未辦理備案手續的，由勞動保障行政部門責令其限期改正，並可以處 1,000 元罰款。但對於打工的臺港澳人士的處罰規定沒有看到。

雖然是違法就業，但並不意味著他們完全不能主張權利。如果存在拖欠工資報酬、因工作負傷的情況，還是可以向用人單位主張。「勞動合同法」第 28 條規定，勞動合同被確認無效，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，參照本單位相同或者相近崗位勞動者的勞動報酬確定。（《大陸人力資源與勞動關係管理》講義）

第二節 中國大陸臺商如何因應勞動爭議及其對策

企業經營管理，員工爭議常被列為重要及頭疼的管理項目。處理的技巧稍有偏頗，則鬧得滿城風雨，上下交征戰，嚴重地影響到企業管理的執行效果，以及雇主品牌形象；又或訴諸勞動爭議仲裁委員會，常因企業本身對法律意識淡薄、規章制度不健全導致證據力不足、執行不完善等因素而敗訴。以下幾點提供給大陸臺商，因應勞動爭議的對策。

仔細探討發生爭議的企業案例，可說是勞資雙方互不信賴與瞭解所造成的現象使然，因為互不信賴與瞭解，有可能使細微事件演變成一發不可收拾的局面。因此，凡事防患於未然，強化危機處理的意識，時時刻刻想到，許多小事如果不及時反映處置，情形可能擴大，衍生出相關事件，後果可能不堪設想也。所以處理勞動爭議的最佳之道，就是防患於未然，預防爭議的發生以及爭議發生時的處理對策：

一、建立內部溝通機制

員工對管理政策的誤會或不滿情緒是引發勞動糾紛不可忽視的源頭，通常是因企業在勞動用工、工資、勞動標準、勞動條件、社會保險以及在執行勞動法律、法規等方面出現的不當做法或違法行為所致。這種不滿情緒若缺乏正常申述和處理的疏通管道，往往會轉化為公開的罷工糾紛行為。

更嚴重的是，員工的不滿情緒及各種抱怨如果沒有事前給於必要的疏導，不僅會扭曲員工正確的職場工作觀念，如果任其蔓延不處理，還會釀成員工對經營者的仇視心理。所以企業應及時建立溝通機制以及員工不滿情緒的防範機制。

當職工強烈表示不滿，且有激烈的抗爭行為發生，再來緊急疏通已經太遲了，平時與職工或工會保持不斷的交流溝通才是關鍵。例如有關工資調整之問題，要能夠做到縱然工資無法調升，也不會引起勞動爭議的地步，這時經營者就要隨時察覺

出職工的氣氛，具體地向職工說明企業的經營狀況，不要把無法調薪的原因歸諸政府，「物價上漲不是我的責任，政府要負責」類似這種言詞，職工一定會反感的。

企業要建立內部溝通機制，平時就要做好溝通工作。例如員工提案制度，員工座談會制度、宿舍長會議制度、員工申訴處理制度等。對於員工提出的建議與看法，應認真考慮可行性，對於不適當的建議應當給予婉轉的答覆，勿置之不理，任其埋藏在火山底下，有可能一發不可收拾。員工如對團體或自身權益的分配強烈表示不滿時，應當建立紀錄，進行追蹤，同時與個別職工或工會保持不斷地交流溝通，從而找出一條解決途徑。

二、勞動爭議的處理模式

（一）個別勞動爭議的處理方式，運用勞動爭議調解與仲裁程序

由於勞動糾紛的兩方具有法律規定的勞動關係，屬於 P-P 的私權模式，最好的處理方式是經由大陸「勞動爭議調解仲裁法」規定的處理模式（調解、仲裁、訴訟）來處理。（詳情請參閱第五章第三節）

（二）集體勞動爭議的處理方式，需要建立爭端解決模式

嚴重爭議，例如罷工、圍廠、破壞機具或其他型態的勞動糾紛，由於涉及的不只是雙方的權益事項，例如臺商財產的損失、無法生產與營業的損失，以及投資意願的降低等等都是臺商最在意的議題，更是社會層面的治安問題，當地政府不能等閒視之，集體勞動糾紛的處理是三方（勞方、資方、政府方）關係，臺商平時就應當建立在地關係，這包含企業內外的工會關係、企業內外的黨組織關係、當地政府關係等等，才能在發生集體勞動爭議時，經由這些機構進行疏通或調解手段，將爭端消彌於無形。

(三) 運用兩岸投保協議來處理嚴重勞動糾紛的具體作法

2012年8月兩岸兩會達成共識簽訂「海峽兩岸投資保障和促進協議」(簡稱「兩岸投保協議」)，對於兩岸投資的保護及交流起到很大的作用。除了有效改善過去只有大陸國內法規範臺商投資保障的單方面效益外，也促進了兩岸投資環境的良好發展。

「兩岸投保協議」第3條有關投資待遇方面，第1款規定的『一方應確保給予另一方投資人及其投資公正與公平待遇，並提供充分保障與安全』，對於所謂的『充分保障與安全』是指一方應採取合理、必要的措施，保障另一方投資人及其投資的安全。

一般而言勞動爭議是屬於P-P類型的爭端，臺商與他人(本公司員工自然人或工會法人)發生勞動糾紛，如前所述，有個別勞動糾紛處理方式加以解決。但類似罷工等集體勞動糾紛事件，嚴重影響到企業私有財產及人身安全的問題，大陸當地政府應給予臺商及其投資的資產充分的保障。

因此企業要理解兩岸投保協議規定的有關『充分保障與安全』真正的意義，才能充分運用。為了保障投資權益，「兩岸投保協議」積極爭取由雙方政府出面協助建立臺商處理投資糾紛(含勞動糾紛)的機制。透過雙方政府共同出面的協處(G-G行政協處)，及定期追蹤檢討機制，可加速解決投資糾紛(含勞動糾紛)，有助於臺商的權益得到合理的保障。例如2014年4月發生的臺商鞋廠罷工事件，兩岸政府相關單位就進行定期行政協處追蹤，大陸允諾對臺商大宗投資地，例如深圳、東莞等展開差異性評估，雙方可協商出一個後續的解決對策。不只對個案有幫助，也可形成共同政策，對具有同樣性質的勞動糾紛，起一個指導作用。

發生嚴重的群體性勞動糾紛事件(例如罷工或圍廠)，臺商除了請求當地政府(例如公安單位)出面協商處理，或當地政府不出面協商處理時，可向當地政府的

上級單位或各級臺辦系統請求協助，參與協調當地公安單位處理。臺商亦可向我政府臺商聯合服務中心請求協處，臺商聯合服務中心會即刻與陸方視窗聯繫，促其儘速處理。

因此，我政府在運用「兩岸投保協議」爭取臺商權益，與對方進行行政協處，討論出的爭端解決模式，大陸一方是否形成政策或法令向地方政府宣導或監督，這是陸方執行力問題，我方可以啟動監督機制，就個案進行監督。

綜合上述的處理程序，應當基於「兩岸投保協議」第3條有關投資待遇的精神與原則，兩岸政府討論出一個標準的協商、協調、行政協處程序，形成文件，要求相關單位執行，並且讓臺商瞭解此一預防機制的保護機能。

第七章 有效勞資管理之對策建議

第一節 轉變成本觀念，以促進員工的加值貢獻

一、人力成本是法定成本

由於大部分的人力成本是法定成本，企業必須在法律規範下支付所有的法定費用，否則就是違法的行為，存在著法律風險，何時爆炸不得而知，損失或補償也很難預估，但壓縮利潤空間卻是事實。清楚地掌握法定成本，才能規劃避險對策，合理合法地使用員工，以降低不必要的浪費。

二、人力資本是人才價值

在轉型升級策略上要將人力成本轉變為人力資本，以減少用人數的費用及風險，創造員工的使用價值以及使用效率。如前所述，大陸人力成本是工資成本的1.6倍以上（五險一金占工資成本約60%），所以擁有高效率的優勢競爭力，對臺商而言，才是經營上的利基。

相對於市場上目前風行的減薪和裁員，如果把人力的運用從成本費用變成資本價值思維，其產生出比其雇用成本更高價值的過程就是人力資源管理的最佳『商業模式』。

當人力資源管理的過程能夠在降低不當成本浪費的基礎上，因專業效率、創新能力之緣故而提高員工的日常作業，進一步提升附加價值，這才是真正實現了從成本到資本的轉變模式。在人力資本的價值管理時代，人力資源管理的核心目標是關注人的價值創造，使每個員工成為價值創造者，使每個員工有價值地工作，實現人力資本價值的增值。

臺商要從中長期來因應缺工情勢，心態上要改變，寧可用較高的人力成本吸引員工，然後透過內部管理提升他們的工作效率與效能。例如臺灣的機械大廠友嘉集團在推 TPS（豐田式生產模式）、江蘇南通的南亞塑膠企業則推行「7S 管理」（整理、整頓、清掃、清潔、素養、安全、節約）；至於一般的中小企業可以先做「5S 管理」（整理、整頓、清掃、清潔、素養）。不要看不起這些細節的要求，像珠海一家做膠帶的臺商推動 5S 管理，只是讓工廠變得乾淨，產品的不良率就由原先的百分之一降到千分之一。而要徹底提升品質，一定要與績效考核結合。舉例說，今天告訴員工要在一個月內把不良率降低 50%，之後，就要每天檢討進度，特別要注意的是，要重視員工提的改善建議。例如有員工經常說良率低是因為零件的材料不好，那麼主管就要檢討研究是否更換材料，讓員工瞭解資方重視他們的意見。

三、促進員工的加值貢獻

一家企業只有真正認識到人才的重要性，實施人性化、人本化的管理模式，提供有助於員工實現自我價值和組織目標的勞資環境，才能真正吸引和留住企業要的人才。營造良好的勞資環境，使員工在共同的價值觀念和行為準則下，形成強大的凝聚力和向心力，才能使良禽擇木而棲，進而樹上築巢，留下來創造價值，貢獻企業。

但營造勞資管理環境，首先要使人才在工作上具有成就感，這時授予其一定的權力，賦予其相當的責任是必要的措施，對其工作績效給予及時的肯定，讓員工從自己的工作中得到成就感；再者，要使人才在企業中具有歸屬感，企業要讓員工有「我團體」的感受，而不是對立的勞資關係，如實地告知員工企業的經營理念、財務狀況以及存在的管理問題等等，這樣員工就會認同企業的核心價值和經營理念，產生認同和歸屬感。最後要讓人才在工作上具有使命感，讓員工參與與投入，並且參與重大事項的決策過程，讓其感到是在完成自己的切身利益，產生對企業發展的使命感。

總而言之，由於大陸缺工現象與高工資、高福利政策，臺商除了藉由生產自動化（例如開發機器人）以提高效率、杜絕人為爭議或罷工外，創造員工價值管理的工具尚有資訊化、IT化（例如導入ERP系統）、強化人才開發與運用、企業文化建設等方式，當可降低企業依賴員工人數的絕對數量需求，轉為對人才開發與運用的相對品質需求。

第二節 了解大陸勞動法律對企業的規範，進而建立預防對策

一、加強對大陸勞動法律的研讀與理解

臺商企業應多加瞭解大陸法律之規範及其運用模式，以及法律對員工的保護與限制條件，才能構建因應策略與處理方式，不但能事前避免發生勞動爭議，更能於勞動爭議發生時，立刻提出解決之道，降低法律風險，順利執行日常管理作業。人力資源管理將從內部管理的角度，轉變到同時考慮外部勞動法律規範，這是法制管理的趨勢。人力資源管理者需要加強自身法律理解能力，也要把勞動法律的規定，以人力資源管理的角度加以融會貫通，轉換成為管理語言，如附表九所示。

附表九 與企業管理相關的勞動法律、行政法規、部門規章一攔表²³

名稱	位階	實施日期	人力資源管理相關	備註
勞動法	法律	1995/1/1	勞動條件	各地方勞動合同條例
勞動合同法	法律	2008/1/1 2013/7/1 修正施行	集體合同、勞動合同	各地方勞動合同條例
社會保險法	法律	2011/7/1	社保費標準、社保待遇	各地方社保規定
勞動爭議調解仲裁法	法律	2008/5/1	勞動爭議調解、仲裁、訴訟程序	程序法
人口與計劃生育法	法律	2002/9/1	婚假、晚婚假、產假、晚育假、陪護假	各地方人口與計劃生育條例
勞動合同法實施條例	行政法規	2008/9/8		勞動合同的解釋令
職工帶薪年休假條例	行政法規	2008/1/1	休假的資格、天數、加班費規定	
女職工勞動保護特別規定	行政法規	2012/4/18	孕期保護、產假、晚育假、哺乳假、哺乳	各地方女職工勞動保護規定
工傷保險條例	行政	2004/1/1	工傷認定與工傷待遇	各地方工傷保險規定

²³ 資料來源：蕭新永，《大陸人力資源與勞動關係管理》講義。

	法規		遇	
企業職工帶薪年休假實施辦法	部門 規章	2008/9/18	帶薪年休假細則	職工帶薪年休假條例的實施細則
企業職工患病或非因工負傷醫療期規定	部門 規章	1995/1/1	醫療期的意義、病休假處理	
勞務派遣暫行規定	部門 規章	2014/3/1	勞務派遣的意義、勞務派遣的範圍	勞動合同法有關勞務派遣的實施細則

二、建立完善的勞動合同管理與規章制度是最佳的預防對策

員工與企業之間的勞動關係是一種經濟關係，員工向企業提供勞動，企業向員工支付報酬，二者形成了一種利益的連結。因此權益的保障對企業與員工來說是同等的，勞動法律保護員工付出勞動後取得對價關係的權益（薪資福利），也保護企業的權益，而企業本身，首先就要建立起保護權益的意識，建立相應的法律風險預防對策。

企業最佳的預防對策就是建立完善的書面勞動合同與規章制度。將勞動合同與規章制度成為企業日常人力資源管理與勞動糾紛處理的依據。同時企業應盤點現行規章制度與勞動合同內容，是否有不足或違法之處，應及時修正或調整處理，以避免違法。

企業從招聘員工進入企業，任用（勞動合同的訂立），到試用、培訓、晉升、調崗（勞動合同的變更）、再到勞動合同的續簽或者離職（勞動合同的解除、終止、續訂），在整個人力資源管理作業中，勞動合同貫穿期間，擔任重要的角色。

一旦勞動合同管理違反法律法規，人力資源管理作業當中很多的激勵措施、留才策略、員工職涯規劃等，即使再努力也會前功盡棄，化為泡影。可見勞動合同管理是企業人力資源管理部門的核心工作。

大陸的人力資源管理是以勞動合同與規章制度為基礎，特別是當組織隨著業務的成長與發展、在規模與編制都隨之逐漸擴張的同時，勞動合同與規章制度更形重

要。最主要的原因是因為組織在逐漸擴張的同時，必須逐步脫離人治走向法治。

（一）建立勞動合同的正確作法

1.基本資料的如實告知與填寫

員工姓名、性別、民族、出生日期、常住戶口所在地住址、公民身份號碼等等的基本資料，涉及他在本公司的權益，亦是法律所規定的如實告知的義務，員工必須如實提供，並填入勞動合同的乙方基本資料欄內。如果員工沒有如實提出，或者企業疏忽背景查核，可能導致企業與員工各自的法律風險，例如員工以假證件應徵被錄用，人力資源管理部門將其基本資料填入合同內，萬一該員工發生工傷，有可能員工得不到理賠而演變成嚴重的勞動爭議事件；又如員工提供假的戶口地址，致使企業給他的通知書（法律文書）無法通知送達而演變成員工不甘權益受損，主張沒有收到通知書而訴諸勞動爭議仲裁委員會，企業有可能被判敗訴而付出賠償金額等等的情形，都是因為沒有真實填寫基本資料而導置的風險。

2.填寫空白條款要達到化協商為履行的目的

對於勞動合同這一份具有法律效力法律文書，企業的正确應對態度是除了它是一份強制性，必須簽訂的法律文書外，更是一份管理工具，而且是量身打造的管理工具，它有明確的針對性與可操作性，關鍵在於勞動合同的約定條款與空白條款。

例如：工作地點的填寫就是一個很明顯的例子，假設一家餐飲連鎖業分布在全國各地，各地連鎖店的負責人及幹部可能要做大規模的調動，以符合企業的經營方針及任務，而調動員工是屬於變更勞動合同約定的內容，要經由協商一致的程序才算合法，「勞動合同法」的第35條規定，用人單位與勞動者協商一致，可以變更勞動合同約定的內容。變更勞動合同，應當採用書面形式。如果協商不成硬要調動，可能導致勞資關係的不和諧甚至破裂。

正確作法是人力資源管理部門配合企業未來短、中、長期的經營策略與市場開

拓作業，進行人力需求與培養，簽訂勞動合同時，就將來可能的派任地點寫入工作地點欄內，以避免未來調整工作地點時必須經過的協商程序，而減少了勞動爭議。這個觀念就是『化協商為履行』的實務操作手法。

3.增訂約定條款以達到量身打造的管理目的

除了前面談到的化協商為履行的觀念外，約定條款的增訂可以達到量身打造的管理目的，勞動合同的內容除了法律規定應具備的法定條款外，企業對部分核心幹部的任務要求或寄以深厚期待的貢獻，往往用約定條款的方式加以制約。

例如：培訓與服務期約定條款、保密與競業限制條款、補充保險條款、激勵條款等等，這是在契約自由原則下，經由雙方合意而制訂的條款，也是量身打造的紀律與激勵工具。²⁴

制訂合乎法律規範、管理效率、中國國情的規章制度是勢在必行的戰略目標之一。臺商唯有透過相關勞動法律的指引，制訂規章制度的內部管理規章或員工手冊，使員工管理作業走向規範化、合法化、效率化的方向，始能脫離不景氣外在環境束縛，以及大陸快速變遷的勞動環境因素，進而展開雙翅，翱翔於經營管理的藍天白雲之中。

企業的日常管理作業，其作業程序與內容需有一個共同標準。因此企業為求行事順利，對於員工的日常作業必須加以規範，以確保企業內部和諧合作、營運秩序以及工作的效率，是勞動關係管理中對員工管理必要的行為規範（Code of Conduct）。²⁵

最後企業在規劃勞動合同文本內容時，可以事先委託專業人士起草或者提供各種類型勞動合同文本，並依自身的具體情況而修訂、重新起草勞動合同文本。

²⁴ 資料來源：蕭新永，《大陸臺商勞資風險與預防實務》，臺灣商務印書館股份有限公司，2013年。

²⁵ 資料來源：蕭新永，《大陸勞動合同法下人事管理制度與操作規範》，臺北市進出口商業同業公會，2010年。

（二）做好勞動合同管理，預防勞動爭議

勞動合同文本的正確建立與適當適時的修訂、執行合同時要及時發現執行中所遇到的問題、勞動合同解除與終止的法律風險預防及相應的應對方案，以最大限度降低自身可能承擔的風險。

勞動合同管理作業有訂立、履行、變更、解除、終止或續訂等五個階段的執行作業，每個階段都涉及法律行為，都會影響到勞資關係與權益。人力資源管理部門在規劃執行每個階段時必須謹慎處理，以免產生不必要的糾紛，才能提高管理效率，減少成本浪費。

1. 訂立階段

「勞動合同法」第10條規定，建立勞動關係，應當訂立書面勞動合同。已建立勞動關係，未同時訂立書面勞動合同的，應當自用工之日起1個月內訂立書面勞動合同。用人單位與勞動者在用工前訂立勞動合同的，勞動關係自用工之日起建立。

雖然法律允許企業可在新進員工入職後1個月內簽訂合同，然而企業用工之日起勞動關係就已成立。換句話說，雖未及時訂立合同，然而已經形成事實勞動關係，員工的權益已經受到勞動法律的保護。如果對員工的行為沒有及時以書面契約約束（約定事項），則對員工的管理範圍與任務要求就無法落實於契約的規範內，以約束契約當事人完成工作任務。另外，設有分支機構的企業，如果有營業執照或者登記證書的，可以作為簽約主體與訂立勞動合同，否則只能代表企業，接受委託與勞動者訂立勞動合同。

如果在新員工入職以後才簽勞動合同，則一定要在入職1個月內，發出簽訂通知，通知員工簽訂勞動合同。勞動合同訂立時，員工需同時完成送達簽收記錄，表示已經完成了簽訂的手續。

2.履行階段

勞動合同的履行，是勞資雙方本著契約的內容與精神，履行各自的權利與義務，直到合同結束為止。

「勞動合同法」第 33 條規定，『用人單位變更名稱、法定代表人、主要負責人或者投資人等事項，不影響勞動合同的履行。』同法第 34 條規定，『用人單位合併或者分立不影響勞動合同的履行，用人單位發生合併或者分立等情況，原勞動合同繼續有效，勞動合同由承繼其權利和義務的用人單位繼續履行。』

換言之，在勞動合同的履行過程當中，有關法人、自然人及股東股權等變更行為，以及企業進行合併或分立等企業重組行為（Corporate Restructuring），都不影響合同的履行效力，前述的這些行為不能影響到員工的權益。

「勞動合同法實施條例」第 4 條規定，『用人單位設立的分支機構，依法取得營業執照或者登記證書的，可以作為用人單位與勞動者訂立勞動合同；未依法取得營業執照或者登記證書的，受用人單位委託可以與勞動者訂立勞動合同。』同條例第 14 條規定，『勞動合同履行地與用人單位註冊地不一致的，有關勞動者的最低工資標準、勞動保護、勞動條件、職業危害防護和本地區上年度職工月平均工資標準等事項，按照勞動合同履行地的有關規定執行；用人單位註冊地的有關標準高於勞動合同履行地的有關標準，且用人單位與員工約定按照用人單位註冊地的有關規定執行的，從其約定。』

3.變更階段

「勞動合同法」第 35 條規定，用人單位與勞動者協商一致，可以變更勞動合同約定的內容。變更勞動合同，應當採用書面形式。實務處理上，雖說勞動合同貴在執行，但執行過程當中會因經營環境的變化，影響勞資雙方各自的權益，致使勞動合同必須變更才能繼續執行，此時部分條款需要變更或增減條款。企業與員工協商

一致，就可以變更勞動合同約定的內容，變更勞動合同，應當採用書面形式。

勞動合同的變更，是指履行過程當中，當事人雙方依據情況的變化，例如：工種崗位（工作內容）、工作地點、工資福利、休假、工作時間等等情形的變更，按照法律或勞動合同的約定，對合同內容條款進行修改、補充或廢止的行為。

4.解除階段

勞動合同解除最易引起勞資糾紛，企業應就解除勞動合同的可能風險，從法律角度及實際操作狀況構建出切實可行的風險預防體系及相應的應對方案，以最大限度降低自身可能承擔的風險。

解除勞動關係是離職管理的重要範疇之一，解除是指已經簽訂的勞動合同在尚未履行完畢之前，因為某一種因素提前消滅勞動關係的一種法律行為，提出解除的一方可能來自企業，也可能來自員工。「勞動合同法」第 36、37、38、39、40、41 條是合同解除的法源依據。

5.終止或續訂階段

（1）終止勞動合同

終止勞動合同是離職管理的範疇之一，是指已經簽訂的勞動合同全部履行完畢，且任何一方當事人均未提出續簽勞動合同，繼續保持勞動關係的法律行為，提出終止的一方可能來自企業，也可能來自員工。《勞動合同法》第 44 條是合同終止的法源依據。

（2）續訂勞動合同

勞動合同續訂是指固定期限勞動合同到期後，雙方當事人一致同意繼續保持勞動關係，於是在原勞動合同終止前辦理續延手續，可見續訂勞動

合同須符合法律要件，即續訂勞動合同的當事人是原勞動合同的當事人，同時基於平等、志願、協商一致的原則，續訂的內容基本上與原勞動合同的內容是一致的，除合同的起迄時間不一樣外，其餘內容基本是一樣的。²⁶

（三）建立企業內部規章制度，作為管理與仲裁訴訟依據

企業要建立規章制度，平時做為日常管理依據，爭議處理時做為仲裁或訴訟依據。

企業為了日常管理作業能夠順遂執行以及維持組織紀律，必須建立與執行合理、合法的作業標準與行為準則，亦即擬訂一套規章制度（員工手冊）來制約員工的行為，告知哪些可以做，可以做的標準與程序是哪些？並在可以做的標準與程序裡面規定哪些是不可以做；若是違反了標準規定，則將會受到懲罰，以維持正常的管理秩序，達成組織的目標。如果組織的成員不守紀律、為所欲為，則組織勢必崩潰瓦解，所以組織應如何來維持良好的紀律，是相當重要。

規章制度（員工手冊）作業是企業組織中關於人力資源管理的標準，包括了公司概況及文化、員工招聘、任用、培訓、試用、考勤、請（休）假、工資、績效、離職等日常業務，是勞動關係管理的日常性、重複性、複雜性工作，這些工作必須有規範性、標準化的作業程序，這些程序都有一定規範的勞動法規之約束，亦即企業構建人事管理制度必要有勞動法規的法源依據，才不致於違法或處於法律風險之中，徒增管理困擾，如附表十所示。

²⁶ 資料來源：蕭新永，《大陸臺商勞資風險與預防實務》，臺灣商務印書館股份有限公司，2013年。

附表十 員工手冊的架構與內容樣式

大項目	小項目
1.公司概況及文化	<p>(1) 公司概況 (介紹公司成立、發展歷史、現狀、主要業務情況);</p> <p>(2) 企業文化 (介紹經營理念、企業形象);</p> <p>(3) 員工紀律行為規範 (介紹日常工作規範和行為準則);</p> <p>(4) 組織架構 (描述各部門的組織架構, 顯示職位在組織的位置和上下左右關係)。</p>
2.一般規定	<p>(1) 制訂依據; (2) 制定目的; (3) 適用範圍; (4) 法律地位。</p>
3.制度本文	<p>(1) 招聘與任用管理 (用人需求、任職資格、甄選、面試、錄用限制條件、入職審查、錄用通知書、勞動合同簽訂、試用期限、符合錄用條件、試用期滿合格);</p> <p>(2) 勞動合同管理 (勞動合同的訂立、變更、續簽、解除、終止);</p> <p>(3) 試用管理 (試用期限、錄用條件、解除條件);</p> <p>(4) 培訓管理 (專項培訓、違約金、需求與計畫、實施、費用、服務期、核決權限);</p> <p>(5) 考勤管理 (工時、打卡遲到早退曠工、加班與費率、倒休、核決權限);</p> <p>(6) 請 (休) 假管理 (假別、薪資、核決權限);</p> <p>(7) 工資管理 (工資結構、津貼獎金、最低工資標準及不包含項目、加班費率、支付週期、損失賠償、法定扣減、調崗調薪、核決權限);</p> <p>(8) 績效考核管理 (期別、勝任條件、末位淘汰制、KPI、態度與能力、核決權限);</p> <p>(9) 獎懲管理 (獎勵與懲罰 [細化量化、行為與主張]、核決權限);</p> <p>(10) 社保福利管理 (六金、公司福利、核決權限);</p> <p>(11) 離職管理 (公司辭退、員工辭職、移交手續、離職證明、核決權限)。</p>
4.附則	<p>(1) 關於制度的使用、修訂、保管;</p> <p>(2) 制度效力 (制訂依據、異議處理、生效日期);</p> <p>(3) 員工公示或簽收 (簽收回執)。</p>

如附表十所示，「勞動法」第 4 條規定，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和履行勞動義務。「勞動合同法」第 4 條第 2 款規定，用人單位在制訂、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。

同法第 4 條第 4 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。

「勞動合同法」規定八大項目，企業必須完成通知討論與公示的程序。諸如勞動報酬、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，企業完成了法定的通知討論與公示程序，否則就是程序違法。

三、臺商應準備的勞動文件，以完善內部規章制度

「勞動合同法」及「勞動合同法實施條例」的實施，對於企業人力資源管理有了新的規範條件，企業應準備一套完備的人力資源管理勞動文件，使日常的人力資源管理作業符合規定。以下為企業人力資源管理作業應必備的 12 項法律文件：

（一）勞動合同

1. 必備理由

企業自用工之日起，即應與勞動者建立勞動關係。建立勞動關係，應當訂立書面勞動合同。依據「勞動合同法」第 7、10 條之規定，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者，應當向勞動者每月支付兩倍的工資。

另依同法第 82 條規定，企業用人單位違反規定不與勞動者訂立無固定期限勞動合同者，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的工資。

另外，勞動合同中有許多必要填寫的空白處，應填寫清楚。另外企業有管理上的需要時，可多善用附加條款。

2. 勞動合同內容

企業至少應準備三類合同範本，包含固定期限勞動合同、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。

「勞動合同法」第 17 條規定，勞動合同必備內容如下：

- (1) 用人單位的名稱、住所和法定代表人或主要負責人；
- (2) 勞動者姓名、住址、居民身份證或其他有效身份證件號碼；
- (3) 勞動合同期限；
- (4) 工作內容和工作地點；
- (5) 工作時間和休息休假；
- (6) 勞動報酬；
- (7) 社會保險；
- (8) 勞動保護、勞動條件和職業危害防護；
- (9) 法律、法規規定應當納入勞動合同的其他事項。
- (10) 用人單位與勞動者可以約定試用期、培訓、保守秘密、補充保險和福利待遇等其他事項。

（二）集體合同

1. 必備理由

依據「勞動法」第 33 條規定，企業職工一方與企業可以就勞動報酬、工作時間、休息休假、勞動安全衛生、保險福利等事項，簽訂集體合同。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職工與企業簽訂；沒有建立工會的企業，則由職工推舉的代表與企業簽訂。

2. 集體合同內容

依據「集體合同規定」第 8 條，集體合同內容應包括：勞動報酬、工作時間、休息休假、勞動安全與衛生、補充保險和福利、女職工和未成年工特殊保護、職業技能培訓、勞動合同管理、獎懲、裁員、集體合同期限、變更與解除集體合同的程式、履行集體合同發生爭議時的協商處理辦法、違反集體合同的責任、雙方認為應當協商的其他內容等。

（三）職工名冊

1. 必備理由

依據「勞動合同法」第 7 條規定，用人單位應建立職工名冊備查。企業建立職工名冊，既可以在產生勞動爭議時作為有力的證據，也可以避免不必要的行政罰款。

2. 職工名冊內容

依據「勞動合同法實施條例」第 8 條規定，職工名冊應包含勞動者姓名、性別、公民身份號碼、戶籍位址及現住址、聯繫方式、用工形式、用工起始時間、勞動合同期限等內容。

(四) 勞動合同簽收單

1. 必備理由

依據「勞動合同法」第 81 條規定，企業提供的勞動合同文本如未載明勞動合同必備條款或者用人單位未將勞動合同文本交付予勞動者，由勞動行政部門責令改正；倘對勞動者造成損害者，應當承擔賠償責任。因此企業如僅簽訂勞動合同而沒有送達予勞動者，將會面臨不必要的賠償風險。

2. 勞動合同簽收單內容

勞動合同應載明文本編號、勞動者姓名、身份證號碼、所屬部門、具體崗位、入職時間、合同期限、簽約時間、勞動合同簽收時間、勞動者簽收、備註等內容。

(五) 職位告知書

1. 必備理由

依據「勞動合同法」第 8 條規定，企業招募勞動者時，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。又依同法第 26 條規定，以欺詐、脅迫的手段或者乘人之危，使對方在違背真實意思的情況下訂立或者變更勞動合同者，勞動合同無效或者部分無效。倘勞動合同因勞動合同法第 26 條情況被確認無效，致對方造成損害者，另依同法第 86 條規定，有過錯的一方應當承擔賠償責任。

因此，企業如實告知員工職位情況是主動義務，即使員工不提出要求也得主動告知。實務上企業往往會忽視此項主動告知義務，導致發生因『欺詐』而致使勞動合同無效並賠償員工損失的法律風險。

2. 職位告知書內容

應包括工作內容、工作條件、工作地點、職業危害、安全生產狀況、勞動報酬等項目。

（六）入職登記表（入職申請表）

1. 必備理由

依據「勞動合同法」第 8 條規定，企業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。以欺詐、脅迫的手段或者乘人之危，使對方在違背真實意思的情況下訂立或者變更勞動合同者，勞動合同無效或者部分無效。因勞動合同法第 26 條第 1 款第 1 項規定情形致使勞動合同無效者，用人單位可以依據「勞動合同法」第 39 條規定，解除勞動關係。並依「勞動合同法」第 86 條規定，給對方造成損害者，有過錯的一方應當承擔賠償責任。

2. 入職登記表內容

包括勞動者與前用人單位勞動合同解除情況、競業限制、健康狀況、學歷、職業資格、知識技能、工作經歷、家庭住址、主要家庭成員構成等項目。

（七）簽訂勞動合同通知書

1. 必備理由

依據「勞動合同法實施條例」第 5 條規定，自用工之日起一個月內，經企業用人單位書面通知後，勞動者不與用人單位訂立書面勞動合同的，用人單位應當書面通知勞動者終止勞動關係，無需向勞動者支付經濟補償，但是應當依法向勞動者支付其實際工作時間的勞動報酬。

實務上，一些員工因為種種原因不願與企業簽訂勞動合同，而易衍生後續爭議，因此簽訂書面勞動合同通知書就顯得尤為重要。

2.簽訂勞動合同通知書內容

簽訂勞動合同通知書的主要內容應包括：勞動者姓名、入職日期、通知日期、簽訂勞動方式等。

(八) 勞動合同變更協議書

1.必備理由

依據「勞動合同法」第35條規定，企業與勞動者協商一致，可以變更勞動合同約定的內容。變更勞動合同時，應當採用書面形式。

2.勞動合同變更協議書內容

包括：企業基本情況、員工基本情況、原勞動合同基本情況、具體變更內容、變更日期、雙方簽字蓋章等項目。

(九) 解除、終止勞動合同通知書

1.必備理由

解除、終止勞動合同通知書可再細分成協商解除（「勞動合同法」第36條）、員工有過失解除（同法第39條）、員工無過失解除（同法第40條）、經濟性裁員（同法第41條）、終止（同法第44條）等。

解除、終止勞動合同是結束員工與企業之間關係的唯一途徑，而解除、終止勞動合同的具體時間更是計算工資、加班費、經濟補償金數額的重要依據，因此企業應予重視。

2.解除、終止勞動合同內容

包括勞動者名稱、解除或終止勞動合同的原因、解除或終止勞動合同的日期、

交接手續辦理的流程和時限、用人單位蓋章、勞動者簽收等項目。

（十）解除、終止勞動合同證明（離職證明）

1. 必備理由

依據「勞動合同法」第 50 條規定，企業用人單位應當在解除或者終止勞動合同時出具解除或者終止勞動合同的證明。又依同法第 89 條規定，用人單位違反本法規定未向勞動者出具解除或者終止勞動合同的書面證明，由勞動行政部門責令改正；給勞動者造成損害的，應承擔賠償責任。

2. 解除、終止勞動合同證明內容

依據「勞動合同法實施條例」第 24 條規定，用人單位出具的解除、終止勞動合同的證明，應當寫明勞動合同期限、解除或者終止勞動合同的日期、工作崗位、在該單位的工作年限等。

（十一）加班申請書

1. 必備理由

依據「勞動合同法」第 31 條規定，用人單位應當嚴格執行勞動定額標準，不得強迫或者變相強迫勞動者加班。用人單位安排加班的，應當按照有關規定向勞動者支付加班費。又依同法第 85 條規定，用人單位安排加班不支付加班費的，由勞動行政部門責令限期支付加班費；逾期不支付者，責令用人單位按應付金額 50% 以上 100% 以下的標準向勞動者加付賠償金。

加班費的支付一直是企業敏感問題，加班時間多少是計算加班費的重要根據，因此建立書面記錄加班情況文件尤為重要。

2. 加班申請書內容

包括勞動者名稱、申請加班日期、加班原因、加班預計的時間、部門主管確認、人事主管確認等項目。

（十二）勞動合同續簽意向書

1. 必備理由

依據「勞動合同法」第 46 條規定，除企業用人單位維持或者提高勞動合同約定條件續訂勞動合同，勞動者不同意續訂的情形外，依照同法第 44 條第 1 項規定，終止固定期限勞動合同的，用人單位應當向勞動者支付經濟補償。

勞動合同期滿後，企業的續訂條件以及員工的續訂意向是判斷企業是否需支付經濟補償的重要標準，而一份書面的文件能真實反映雙方意向，以避免日後不必要的勞動糾紛。

2. 勞動合同續簽意向書內容

包括勞動者名稱、原勞動合同到期時間、答覆期限等項目。

以上 12 項法律文件為企業應具備者，除可作為平時日常管理的依據外，企業發生勞動爭議時並可作為調解、仲裁或訴訟證據之用，但應注意的是具備此 12 項文件不意謂著萬事大吉，其他如保密協議、競業限制合同、服務期協議等法律文件也應視企業的管理需要而做好準備。

四、建立證據收集與保全制度

由於「勞動爭議調解仲裁法」第 6 條規定，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。

所謂企業要提供證據，是指舉證責任倒置原則（企業做出的解雇、不支付工

資、年資計算或其他決定而引起的勞資爭議，要負舉證責任，有義務證明其行為是符合法律或內部規章制度的，否則應負舉證不能的敗訴後果。）法律規定企業負有舉證責任，因此除了完善的勞動合同與規章制度（法律證據）外，企業必須建立與收集相關證據（含事實證據），以維護企業自身的權益。

新進員工入職後，要如實填寫人事資料（入職申請表或其他的人事資料表）、各種證件證照的複印，完成證件複印原始化程序，哪些證件要複印？例如身分證、最高學歷證、原工作單位之「解除（終止）勞動合同證明」、健康證或體檢表、職業資格證書（上崗證）等等。

上述證件，企業影印以後，蓋個「本複印件與原件符合」的橡皮章，並由新進員工簽名押上日期，則這些複印件就與原件具有相同法律效力，我們稱之為「複印件原始化」。這些複印證件存檔是企業建立證據管理的第一步。

第八章 臺商常見相關問題 Q&A

第一節 勞動合同管理的 Q&A

一、本公司位於上海，法律規定企業應該與入職員工簽訂勞動合同，如果超過一個月以上仍未簽勞動合同的，勞動者是否可以要求企業支付兩倍工資？員工有仲裁請求權的時效嗎？

答：

案例所提有兩個問題，其一為超過一個月以上仍未簽勞動合同的，員工是否可以要求企業支付兩倍工資？其二為員工有仲裁請求權的時效嗎？

（一）有關未簽訂勞動合同與兩倍工資的關聯性

「勞動合同法」第 10 條第 1、2 款規定，建立勞動關係，應當訂立書面勞動合同。已建立勞動關係，未同時訂立書面勞動合同的，應當自用工之日起 1 個月內訂立書面勞動合同。因此一個月為寬限期，在尚未簽訂書面合同之前雙方存在著事實勞動關係。

實務中由於各種原因，企業可能會超過一個月還未與員工簽訂勞動合同。企業不與員工簽訂書面勞動合同，會有支付兩倍工資的法律風險。按同法第 82 條第 1 款、「勞動合同法實施條例」第 6 條第 1 款規定，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兩倍的工資。並與勞動者補訂書面勞動合同。企業需要注意的是，員工入職的第 1 個月不需要支付兩倍工資，因為法律規定第 1 個月是寬限期。因此，「勞動合同法實施條例」第 6 條第 2 款規定，用人單位向勞動者每月支付兩倍工資的起算時間為用工之日起滿 1 個月的次日，截止時間為補訂書面勞動合同的前 1 日。

實務上，員工不願與企業簽訂勞動合同的情形也會發生。因此，「勞動合同法實施條例」第6條第1款規定，自用工之日起超過1個月不滿1年，勞動者不與用人單位訂立書面勞動合同的，用人單位應當書面通知勞動者終止勞動關係，並依照本法第47條的規定支付經濟補償。亦即自用工之日起超過1個月不滿1年內，企業可以因為員工不願意簽訂勞動合同而終止勞動合同，但需要支付經濟補償金。但企業終止勞動關係必須有證據證明員工不願意簽訂勞動合同。

（二）仲裁請求權時效

按「勞動爭議調解仲裁法」第27條第1款規定，『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。』由此可知，雙倍工資主張應該受到一年仲裁時效的限制。但是有人認為同樣根據「勞動爭議調解仲裁法」第27條第4款規定，『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本條第一款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。』根據這條款規定，勞動者可以在勞動關係終止一年之內提起主張即可。

貴公司位於上海，應適用上海市的有關規定。按照上海高級人民法院民一庭調研指導[2010]34號的報告，「上海市高級人民法院關於勞動爭議若干問題的解答」中指出，『雙倍工資的性質並非完全是勞動者提供正常勞動所獲得的一種勞動報酬，其超出雙方約定的勞動報酬的部分是因用人單位元未按法律規定與勞動者簽訂書面勞動合同而應承擔的法定責任。鑒於雙倍工資的上述性質，雙倍工資中屬於雙方約定的勞動報酬的部分，勞動者申請仲裁的時效應適用同法第27條第2至第4款的規定，而對雙方約定的勞動報酬以外屬於法定責任的部分，勞動者申請仲裁的時效應適用同法第27條第1款至第3款的規定，即從未簽訂書面勞動合同的第二個月起按月分別計算仲裁時效。』亦即雙倍工資賠償並非勞動法意義上的勞動報酬，而是因為用人單位違反勞動合同法的懲罰性賠償金，因此不能適用同法第27條第4款規定。然北京市大部分區勞動仲裁如東城、海澱等區還是認為雙倍工資主張應適用

同法第 27 條第 4 款規定限制，而部分區勞動仲裁如朝陽區認為雙倍工資主張應受同法第 27 條第 1 款規定限制。

二、員工簽訂第二次勞動合同以後，當合約到期是否就一定要簽無固定期限勞動合同？一旦簽了無固定期限合同，企業就不能以員工不能勝任工作等理由終止勞動合同嗎？那要如何處理該員工？簽無固定期限合同有那幾個方向需要注意的？

答：

案例所提對簽訂無固定期限勞動合同確實存在相當多的疑慮，茲說明如下：

（一）簽訂第二次合同以後，當合約到期是否就一定要簽無固定期限勞動合同？

員工簽訂第二次的勞動合同以後，當合約到期，除非該員工主動要求簽訂固定期限的勞動合同，否則就一定要簽無固定期限的勞動合同。按照「勞動合同法」第14條之規定，用人單位已經與勞動者連續訂立二次固定期限勞動合同，且勞動者沒有違規、違紀、違法的犯錯記錄；也沒有患病、負傷，不能勝任工作的情況下，就應續訂第3次勞動合同，而且必須是無固定期限勞動合同。由此規定得知，「勞動合同法」將續簽無固定期限勞動合同的主動權交給員工。對於簽訂無固定期限的勞動合同，只要在條件滿足的情況下，員工有絕對的簽訂權利，企業必須與員工簽訂無固定期限的勞動合同。

（二）一旦簽了無固定期限合同，企業能否以不能勝任等理由終止勞動合同嗎？

一旦員工與用人單位簽了無固定期限勞動合同，並不影響「勞動合同法」第40條第2項關於企業對不能勝任工作員工可以解除勞動合同的規定。亦即只要有不能勝任工作的證據，在完成法定的程序後仍然不能勝任者，可以對員工以不能勝任工作為理由解除勞動合同。

（三）簽無固定期限合同有那幾個方向要注意的？

無固定期限勞動合同，是法律對勞動者的保護措施，以法律規定企業對員工要建立與執行長期化聘僱政策，當然對企業風險較大。但企業也要思考人力資源管理策略，落實選訓用留作業。在勞動關係管理作業上，不論固定期限或無固定期限，都要做好勞動合同的執行管理作業。

三、我公司在深圳的子公司於 2010 年 8 月 1 日聘請一位當地員工，因當時不熟悉大陸法令及其它因素，故沒有簽勞動合同，現欲進行補簽。可否填當初入職日 2010 年 8 月 1 日？

答：

案例所提未簽訂勞動合同的補簽行為，是否可以倒簽在原來入職之日？實務上，多數企業採用倒簽的方式，即在簽訂勞動合同時將落款日期提前至用工之日起，以此來規避未及時簽訂勞動合同的雙倍工資問題。在此種情況下，雖未及時簽訂勞動合同，但經由事後補簽的方式與勞動者簽訂了勞動合同。對於倒簽勞動合同的情形，能否免除企業支付兩倍工資的法律責任，實踐中存在分歧。如果勞動者同意倒簽時，必須以明示方法才能使企業解除兩倍工資的困擾。

企業補簽勞動合同時，關於補簽日期之問題，按規定是應於要求之日補簽，實際補簽日之前的已經履行的事實勞動關係期間，應該支付兩倍工資；但也有地方法院做出解釋，如深圳市中級人民法院的解釋。「2010 年深圳市中級人民法院關於審理勞動爭議仲裁、訴訟實務座談會既要」第 7 條規定，『用人單位未按照法定期限與勞動者簽訂書面勞動合同，即使後來雙方簽訂了勞動合同，勞動者要求用人單位支付兩倍工資至簽訂之日，應予支持。但雙方將勞動合同的簽字日期倒簽在法定期限之內或者雙方約定的勞動合同期間包含了已經履行的事實勞動關係的，應視為雙方自始簽訂了勞動合同，在此情況下，勞動者要求用人單位支付兩倍工資的，不予支援。』換句話說，實務上承認倒簽的合理性。

貴公司位於深圳，應可參考深圳市中級人民法院的解釋，處理補簽事宜。

第二節 勞動標準的 Q&A

一、請問大陸的加班費科目包含全勤與津貼嗎？月薪的演算法是不是「月薪+全勤+各項津貼」，這樣對嗎？

答：

案例所提的有關大陸的加班費計算基數是否包含全勤與津貼，從勞動法律規範來講，這要看企業如何與員工約定，各地的規定略有不同，另外月薪的演算法如何規定的，茲說明如下：

（一）各地加班工資的計算基數

1. 以勞動合同所約定的工資為計算基數（北京、上海、重慶、成都、廈門、福州）；
2. 以用人單位與勞動者所約定的工資為計算基數（江蘇）；
3. 依勞動法及有關規定支付勞動工資為計算基數（浙江）；
4. 按照勞動者上一月份提供正常勞動所得實際工資扣除該月加班工資後的數額確定加班的計算基數（山東）；
5. 以應得的工資報酬為計算基數（天津）；
6. 以正常工作時間的工資為計算基數（廣東）；
7. 勞動合同約定的正常工作時間工資，不得低於市政府公佈的特區最低工資標準（深圳）。

因此，企業與員工約定出來的金額，清清楚楚地寫在勞動合同書裡面，就是加班費的計算基數了。

（二）月薪的演算法

1.如果是採用標準工時制時，則月薪是基本工資加上各項津貼、全勤獎金、其他項目，日薪是月薪 \div 21.75天，時薪是日薪 \div 8個小時；但這些薪資不能低於地方政府公佈的月最低工資標準與小時最低工資標準。

至於21.75天從何而來？按照「關於職工全年月平均工作時間和工資折算問題的通知」（勞社部發[2008]3號）的規定，月平均計薪工作時間的計算方法為（365天-〈52天 \times 2〉） \div 12個月=21.75天。

2.如果是採用非全日制時，則可以採用時薪制，以小時為計算單位，可自訂時薪，但時薪不能低於地方政府所公佈的小時最低工資標準。

因此，大陸是以21.75天為計薪工作日標準，即涉及員工薪資項目，不論加薪、扣薪，都以21.75天為準。

臺商要注意的是21.75天（月）是平均出來的數字，其中包含了11天的國定假日，即11天的國定假日平均分配到每月（21.75天）裡面。也就是說員工的薪資結構包含了正常工作時間以及國定假日的薪資，但不包含休息日（星期六、星期日），休息日是無薪的。

二、企業在管理規章中規定每週至少休息一日可以嗎？本公司大陸子公司接獲大陸當地政府來電表示員工每週至少應休息二日？請問正確的規範應為何者？

答：

臺商此一問題，時有所聞，正確的規範如何？應當以法論法，尋找出正確的法律規定條款以及它的法意思維。

大陸的標準工時制度規範在「勞動法」第 36、37、38 條等條款內。如下所述：

(一) 國家實施每週工作 40 小時的工作時間

按照 1995 年實施的「勞動法」第 36 條規定：『國家實行勞動者每日工作時間不超過 8 小時，平均每週工作時間不超過 44 小時的工時制度。』接著國務院又公佈一個行政法規，即「國務院關於職工工作時間的規定」（國務院令第 174 號）第 3 條規定：『職工每日工作 8 小時，每週工作 40 小時』（1997 年 5 月 1 日實施）。用人單位在元旦、農曆春節、清明節、國際勞動節、端午節、中秋節、國慶節以及法律和法規規定的其他休假節日期間，應當依法安排勞動者休假，勞動者連續工作滿一年以上的，享受帶薪年休假。

(二) 每週工作 40 小時的工作時間並不影響『每週至少休息一日』的合法性

法律將 44 小時改為 40 小時並不影響『員工每週至少休息一日』的合法性。從法律與行政法規來看，「勞動法」第 36 條是把時間分佈在 6 天內，而從「關於職工工作時間的規定」第 3 條的規定來看，該法規並未限制『每週工作 40 小時』是指星期一至星期五，亦即是把『40 小時』同樣的分佈在六天內即算合法。所以『員工每週至少休息一日』是合乎「勞動法」的規定。

(三) 基於管理的有效性與齊一性，『員工每週至少休息一日』要規範在規章制度或員工手冊裡面

規章制度或員工手冊規定『員工每週至少休息一日』，其用意是讓員工瞭解公司的工作時間是星期一至星期六，惟企業應該同時規定超過 40 小時的部分是要支付 200% 的加班費。事先列明清楚（上班時間與加班費）以便員工有心理預備，企業便於管理作業。當然企業如果要規定『每週休息兩日』亦可。

三、目前我公司想與大陸員工簽訂競業、保密的條款，聽說大陸的勞動法有規定『不能限制員工競業』，但本人看後並沒有找到此項規定，請問競業的限制是否合法？

答：

案例所提勞動法有規定企業『不能限制員工競業』之問題，顯然不解大陸相關的法律規定。

依照「勞動合同法」第 23 條第 2 款規定，『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。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。』

同法第 24 條第 1 款規定，『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。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。』同法第 24 條第 2 款規定，『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，不得超過兩年。』

經由上述條款的內容，競業限制的目的在于要保護企業的商業秘密和維護智慧財產權。競業限制的人員限於企業的高級管理人員、高級技術人員和其他負有保密義務的人員。競業限制有對價關係，企業應該在解除或者終止勞動合同後，在競業限制期限內按月給予員工經濟補償。如果員工違反時應當按照約定支付違約金，給企業帶來損失時，還要依法支付損害賠償金。如果企業沒有遵守對價關係，給於員工應有的補償時，員工可以不必遵守協議，從事具有競爭關係的業務，包括就業或自己經營業務。

競業限制條款可以在「勞動合同」中約定，也可以在知識產權歸屬協議或技術保密協議中約定。因此競業的限制是合法的行為。臺商對此應特別注意並研擬法律條款列為「勞動合同」內之約定條款。

四、上海公司有一名員工因假造診斷證明欺詐被公司發現，詢問過上海勞動行政部門，他們回覆是必須在公司章則上有提到欺詐行為為嚴重違反公司規定，且要該員工有簽章才可以依第 39 條解除勞動合同，公司雖然有該條規定，但員工未簽名，該員工可以說她不知情等等，該如何建立完整的規章制度？

答：

本案例是很典型的女性員工懷孕，假造診斷證明欺詐而產生的問題。她到底有沒有懷孕流產？真相不明。企業如果能夠證明該員工是持假證明，則她違反了「勞動合同法」第 3、8 條規定的『如實告知』誠信原則，按照同法第 26 條的規定，企業與她簽的勞動合同是無效的。企業可再根據同法第 39 條第 5 項規定，因本法第 26 條第 1 款第 1 項規定的情形致使勞動合同無效的，企業可以解除勞動合同。給企業帶來損失時，可根據同法第 86 條規定承擔賠償責任。

從此一案例來看，歸根究底的解決方式，就是公司有訂定規章制度（獎懲管理辦法）的預防措施不能太過潦草，認為有訂出幾條規定就可以行遍天下了。

「勞動合同法」第 4 條第 2 款規定，『用人單位在制訂、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。』

同法第 4 條第 4 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。』

綜合上述，企業依法制訂的人事管理制度具有充分的法律效力，其效力表現在企業的人事管理制度對員工的約束力，也是處罰違紀員工的依據。

「勞動合同法」規定八大項目，企業必須完成通知討論與公示的程序。諸如勞動報酬、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，企業完成了法定的通知討論與公示程序，否則就是程序違法。

雖然法律只規定八大項目要完成通知討論與公示程序，然而企業經營管理是要讓員工有參與感，才會認同公司的作法。因此，有些規章制度或操作標準雖非上述限定的範圍，仍然要視制度性質與管理需要，如實告知員工。

法定的程序是生效條件，這當中包含了兩個程序要合法，其一為程序合法，經民主程序制定並向員工公示或者告知；其二為內容合法，不與法律法規相抵觸。

該員工在規章制度的嚴格制約下，有證據證明她在制度內違反勞動合同法第 39 條第 5 項規定，就可以作為解除勞動合同的法律依據。

五、公司在東莞，包吃包住，卻在發工資時扣掉食宿費用，以致所領的工資低於最低工資標準，請問合法嗎？

答：

案例所提，用人單位通過貼補伙食、住房等支付給勞動者的非貨幣性收入可否納入企業職工最低工資標準？傳統意義的包吃包住在企業職工最低工資標準執行中如何理解？原勞動部「關於貫徹執行〈中華人民共和國勞動法〉若干問題的意見」（勞部發[1995]309號）第54條規定，最低工資不包括延長工作時間的工資報酬，以貨幣形式支付的住房和用人單位支付的伙食補貼、中班、夜班、高溫、有毒、有害等特殊工作環境和勞動條件下的津貼，國家法律、法規、規章規定的社會保險福利待遇。

但是對屬於非貨幣性收入的『包吃包住』，在工資內扣除掉，且低於最低工資標準，是合法嗎？對此，東莞市人力資源局於2013年3月4日發佈的「東莞2013年最低工資標準分析 十大疑問全解讀」提到如下解讀：

- （一）如用人單位把『包吃包住』作為企業的一項福利制度，則勞動者不需要承擔任何費用，其最低工資標準的執行亦不受影響。如果將來企業因經營等其他原因需要勞動者承擔一定的吃住費用的，雙方可協商一致辦理。
- （二）企業已明確勞動者在企業吃住需要承擔一定的費用，且雙方協商一致該費用在發工資的時候一併扣除的，那可能出現的情況是：假設勞動者領取最低工資1,310元/月（2013年），吃住費用是210元，雙方協商一致該費用在發工資時一併扣除，那麼該勞動者領到手的工資是1,100元。這種情況並不違反最低工資標準。

六、2013年5月1日實施的「廣東省勞動保障監察條例」，我司已請人力資源部門對內部相關人事規章及工資結構等有關罰款扣款等規定進行調整與修訂。但其中第51條明確禁止用人單位對勞動者罰款及其他任意扣減工資行為。請教若資方無法懲處行為失當員工或訂定相關廠規廠紀來規範勞動者行為，資方應如何控管員工進行管理？

答：

「廣東省勞動保障監察條例」第51條規定，『用人單位的規章制度規定了罰款內容，或者其扣減工資的規定沒有法律、法規依據的，由人力資源社會保障行政部門責令改正，給予警告。用人單位對勞動者實施罰款或者沒有法律、法規依據扣減勞動者工資的，由人力資源社會保障行政部門責令限期改正；逾期未改正的，按照被罰款或者扣減工資的人數每人2,000元以上5,000元以下的標準處以罰款。』

第51條的規定，企業有關的罰款內容或者其扣減工資的規定沒有法律、法規依據的，要受到勞動行政部門的責令改正，給予警告。如果實施罰款或者沒有法律、法規依據扣減勞動者工資的，則由勞動行政部門責令限期改正；逾期未改正的，將被罰款。

首先，「企業職工獎懲條例」已經隨著「勞動合同法」在2008年實施時廢止了，企業對員工實施罰款已經沒有法律依據了，而企業的規章制度中關於罰款條款應當無效。（諸如遲到一次扣20元、記小過一次同時扣工資100元）等都是違法，將來可能面臨被要求責令改正及警告，逾期未改正的，將面臨被罰款的風險。企業如何因應？如下說明：

- （一）企業不能直接對員工進行沒有法律依據的罰款行為。只有符合「勞動合同法」第22、23條規定的，當員工違約造成公司損失時，可以要求其賠償違約金。依據「勞動合同法」第22條規定的員工違反服務期約定，在服務期未滿前離

開公司時，必須支付給公司服務期尚未履行部分所應當分攤的培訓費用；以及第 23 條規定的員工違反競業限制協議時，要依照當初的違約金約定金額賠償給公司。

- (二) 按「勞動合同法」第 90 條之規定，因員工之行為造成公司損失的（需有證據證明），可要求按實際的損失額賠償給公司。
- (三) 今後企業在制訂規章制度時，可以 1.員工的違紀行為，例如遲到早退計分，遲到（早退）一次計一分，並且與績效考核掛勾，扣減績效考核分數；2.或者累積幾分記小過一次，小過三次就是大過一次，進行處罰升級；3.累積更高的分數視為嚴重違反規章制度，依「勞動合同法」第 39 條規定，公司可以解除勞動合同。

七、本公司大陸員工不告而別，工資雖有匯入帳戶裡面，但他未辦理離職手續，請問該怎麼辦？如何避免發生這種情況？

答：

案例所提關於員工不告而別的情行在大陸臺商企業裡面經常發生。企業應該做好預防管理措施，茲說明如下：

（一）建立與完善員工手冊（管理規章）

制訂「企業職工獎懲管理辦法」確定法律證據，以完善法律證據的完整性。在內容上，確定獎懲條文，例如『一個月內連續或累積曠工三天，立即解除勞動合同』及『曠工一天記大過一次，累積三次大過立即解除勞動合同』等條文，才有處理的法律依據。

又如『員工未經請假或請假未經核准，即擅離工作崗位，或假期結束未返回工作崗位且未申請續假或續假為未核准者，視為曠工行為』等規定也是必要的條文。

（二）建立與完善勞動合同書內容

勞動合同書的內容，除了「勞動合同法」第 17 條規定的法定內容外，還應包括有關員工違約行為與違約金條款內容。如果有專項技術培訓的員工，都可以約定服務期。員工如果違反約定的服務期，應當賠償服務期尚未履行部分所應當分攤比例的招聘費用、培訓費用或其他約定的費用。

另外在勞動合同書裡面，可與員工約定保守商業秘密或競爭限制條款，約定違反的員工，應當向用人單位支付違約金，其金額由勞資雙方在勞動合同裡面約定。

（三）收集與保全事實證據

對於類似員工不告而離，不辦離職手續的情形，屬於曠工行為，應發出書面形式的「催返通知書」，限期回單位，並闡明後果的嚴重性（當中要提及解除勞動合同一事）。如果催返後仍不回來，以快遞方式發出「解除勞動合同通知書」，並公告之，這是收集事實證據的必要程序。

（四）新進員工的入職培訓

對新進員工於入職試用期間內，培訓有關廠規廠紀的員工手冊課程，並且要讓受訓員工簽名確認。

（五）加強企業文化建設與法治管理

員工會不告而離，雖然出自員工本身原因，然企業整體環境與人力資源管理氛圍，應該是企業要自我檢討的。尤其是企業文化、規章制度、發展願景等等軟體環境，都是影響員工去留心態的關鍵因素，企業也要自我檢討。企業與企業之間的職場環境更是員工互相比較的重點，要降低高流動率，更應該從企業文化立場進行改善；也要從法治管理立場，強化勞動關係的互動觀念與守法意識。

第三節 女性員工三期管理的 Q&A

一、請問有關大陸深圳女性員工生產放假的天數。其中需包含產假天數？剖腹生產天數？結紮天數？產假工資如何計算？

答：

大陸法律對女性職工在孕期、產期、哺乳期（三期）實施特殊保護規定，同時實施計劃生育政策，對於配合計劃生育政策的員工給予假期優惠，諸如晚婚假、晚育假、計劃生育假、男性陪護假等。因此企業必須從特殊保護、一胎化政策的法律立場構建員工的三期假期管理制度。本文專談深圳女性員工產假情形，茲說明如下：

（一）產假天數與剖腹生產天數

根據「女職工勞動保護特別規定」第7條、「廣東省企業職工假期待遇死亡撫恤待遇暫行規定」第6條和「廣東省人口與計劃生育條例」有關規定，女職工生育，產假98天，其中產前可以休假15天，難產的增加產假30天(剖腹生產屬於難產)。多胞胎生育的，每多生育一個嬰兒增加產假15天。實行晚育者(24周歲後生育第一胎)增加產假15天。領取《獨生子女優待證》者增加產假35天，產假期間給予男方看護假10天。

（二）結紮天數

按「深圳經濟特區人口與計劃生育條例」第39條規定，本市戶籍育齡夫妻或者在本市居住半年以上且納入實際管理的流動人口育齡夫妻施行避孕節育手術的，憑手術證明，由所在單位給予休假，並由現居住地區人民政府給予補助：

1. 放置宮內節育器的，自手術之日起准予休假3天，手術後7天內不得安排從

- 事重體力勞動，並給予不低於 200 元的補助；
2. 輸精管結紮的，自手術之日起准予休假 7 天並給予不低於 600 元的補助；
 3. 輸卵管結紮的，自手術之日起准予休假 21 天並給予不低於 600 元的補助；
 4. 妊娠十四週以內落實補救措施終止妊娠的，自手術之日起准予休假 15 天並給予不低於 300 元的補助；
 5. 妊娠滿 14 週（含 14 週）以上落實補救措施終止妊娠的，自手術之日起准予休假 42 天並給予不低於 500 元的補助；
 6. 同時施行兩種避孕節育手術的，合併計算假期和補助。

（三）產假工資

根據「女職工勞動保護特別規定」第 8 條規定，『女職工產假期間的生育津貼，對已經參加生育保險的，按照用人單位上年度職工月平均工資的標準由生育保險基金支付；對未參加生育保險的，按照女職工產假前工資的標準由用人單位支付。』法律將女性職工產假視為提供正常勞動，不能扣工資。企業有參加生育保險的，由生育保險基金給付員工生育津貼，否則就是由企業支付其生育期間的工資。

另外，女職工從生育保險基金中領取的生育津貼如果低於產假期間實際工資，女職工要求企業補足差額，一般從照顧員工的立場來講，是要補足差額的，但在深圳地區也有法律專家從社會保險的觀點認為不需要補足差額，因為在企業依法『對已經參加生育保險』的前提下，女職工的生育津貼按照企業上年度職工月平均工資的標準由生育保險基金支付，那麼可能出現女職工產假前工資標準為每月 5,000 元，而企業上年度職工月平均工資標準可能為 3,000 元，即生育保險基金支付的工資比其實際工資還少了 2,000 元，出現了參加了生育保險獲得的工資款項低於未參加生育保險所獲得的工資款項等爭議。企業參加生育保險的目的在於轉嫁風險，如果參加了生育保險還要企業承擔或補足支付差額的風險，那麼不利於提高企業參加

社會保險的積極性與正當性，故企業無需補足其差額。

二、本公司位於上海，有一位女職工 2012 年 8 月份進入公司，並跟公司簽了三年的勞動合同。現在發現懷孕了，但是因為她沒有結婚，是未婚先孕，請問她她能否解除勞動合同？能不能請產假？享受生育保險待遇？

答：

首先要瞭解有關產假的法律規範，依照大陸勞動法等相關的法律規定，婦女的生育產假是法定的，當員工提出休產假要求時，企業都應當批准。另外按照「女職工勞動保護特別規定」第 7 條第 1 款規定，『女職工生育享受 98 天產假，其中產前可以休假 15 天；難產的，增加產假 15 天；生育多胞胎的，每多生育 1 個嬰兒，增加產假 15 天。』即國家規定產假 98 天，其目的是為了能夠保障產婦恢復身體健康，享受產假不以是否符合計劃生育政策為前提條件，而是以結婚事實為依據，一旦有生育的事實證明（例如醫生證明書），就應當享受產假。

對已經參加生育保險的員工，按照用人單位上年度職工月平均工資的標準由生育保險基金支付；對未參加生育保險的，按照女職工產假前工資的標準由用人單位支付。女職工生育或者流產的醫療費用，按照生育保險規定的項目和標準，對已經參加生育保險的，由生育保險基金支付；對未參加生育保險的，由用人單位支付。

至於生育事實與計劃生育政策的關係則是另一個思考項目，按照大陸「人口與計劃生育法」第 41 條規定，不符合本法第 18 條規定生育子女的公民，應當依法繳納社會撫養費。同法第 18 條規定，國家穩定現行生育政策，鼓勵公民晚婚晚育，提倡一對夫妻生育一個子女；符合法律、法規規定條件的，可以要求安排生育第二個子女。

現在隨著社會的變革，未婚先孕的現象越來越來多，另外不符合一胎化政策而生育的第二胎（或以上），那麼這些女職工能不能像正常婚育的一樣享受勞動法的

保護呢？

依照「上海市人口與計畫生育條例」第 43 條的規定，對違反本條例規定生育子女的公民，除徵收社會撫養費外，分娩的住院費和醫藥費自理，不享受生育保險待遇和產假期間的工資待遇。

綜上而論，依案例所言，該女職工違反一胎化政策（或計劃外生育）時，企業能否解除勞動合同？先要釐清的一個觀念，即所謂違反一胎化政策的員工是指沒有被允許生第二胎、未婚懷孕、非婚生育等。如果女職工違反一胎化政策（或計劃外生育），企業是不能以「勞動合同法」第 39、40 條規定的『解除勞動合同』條件來解除勞動關係。「勞動合同法」亦無規定女職工違反一胎化政策，用人單位可以解除勞動合同的條款。某些員工未婚懷孕、非婚生育，確實違反了一胎化政策，但未婚懷孕、非婚生育是否違法與企業解除勞動合同是兩個法律關係，即使是違法也應當由執法機關來執法，而企業非執法機關。只有當員工違反了「勞動合同法」規定的法定條件，企業才能解除勞動關係。因此，以『違反計畫生育解除勞動合同』的處理方式是於法無據的。

由於產假概念本身並沒有嚴格區分計畫生育與非計畫生育，在員工生育時，企業應當給予員工足夠的休養時間，確保其順利生育。但違反一胎化生育的女職工，能否享受法定的產假待遇？即醫療檢查費、接生費、手術費、住院費和藥品費及生育津貼。按規定違反計畫生育的女員工，不享受產假期間的生育保險待遇和產假期間的生育津貼。換言之，企業雖然放產假，但其工資可以類似無薪事假或病假工資方式處理。

三、本公司位於江蘇蘇州，有一位外地員工，已育有一女，目前懷孕未滿3個月流產。本公司遇到下列的問題：

- (一) 如果不違反計劃生育政策，人工流產或自然流產是否都有產假？
- (二) 如果是違反計劃生育政策，人工流產或自然流產是否都沒有產假？
- (三) 請問流產假（指女生）期間的薪資該怎麼計算？
- (四) 請問陪產假（指男性）期間的薪資該怎麼計算？

答：

在大陸有關女職工請流產假問題，由於該女職工已育有一女，懷孕未滿3個月流產，首先要瞭解她是否已婚？是否符合計劃生育政策，是否有申請到「生育服務證」？這些都涉及到女職工的特殊保護與計劃生育政策，茲就問題說明如下：

- (一) 如果員工沒有違反計劃生育政策，人工流產或自然流產都有流產假，按「江蘇省女職工勞動保護辦法」第10條規定，『懷孕三個月以內流產的女職工，根據醫療單位的證明，給予20至30天的產假；3個月以上7個月以下的，產假42天，7個月以上的，產假90天。』案例所指的指懷孕未滿3個月流產，則為20至30天的流產假。
- (二) 員工不符合計劃生育規定，是指沒有生育服務證的員工而懷孕生產者（未婚生子或第二胎）。現在隨著社會的變革，第二胎或未婚先孕的現象越來越來多，如果女性職工無結婚證、生育服務證而懷孕生子，則違反計劃生育政策。產假期間不能和符合計劃生育政策的員工一樣享受產假期間的相關待遇，包括檢查費、接生費、手術費、住院費和藥費，產假期間的生育津貼（產假工資）。換言之，計劃外生育的員工有權享受產假，但是不能享受產假期間的相關待遇，這裡需區分產假與產假待遇這二個不同的概念。

以案例來講，由於違反計劃生育政策，所以不論人工流產或自然流產都沒有流產假。但企業要適當地給予事假或病假處理，依相對的待遇支給部分薪資或不支薪。亦即可參照「江蘇省女職工勞動保護辦法」第 10 條規定，『懷孕 3 個月以內流產的女職工，根據醫療單位的證明，給予 20 至 30 天的產假；3 個月以上 7 個月以下的，產假 42 天；7 個月以上的，產假 90 天。』案例所指的指懷孕未滿 3 個月流產，則為 20 至 30 天的產假，企業可以事假或病假方事處理。

(三) 流產假（指女職工）期間的薪資，如果符合計劃生育規定，其薪資按流產假天數，由當地的生育保險基金根據本公司去年度職工月平均工資，依照天數支付生育津貼。如果不符合計劃生育規定，則流產假期間無薪資，但可視為事假或病假處理之。

(四) 按「江蘇省人口與計劃生育條例」第 30 條規定，配偶產假可延長 30 天（晚育假），男職工有 10 天的陪產假，都是有薪假期。本按例是指流產假期間，應無陪產假。

四、我公司東莞工廠有女職工懷孕，她根據「廣東省女職工勞動保護實施辦法」第5條的規定，要求公司要給予病假，請問可以不准嗎？另外，若是依規定需要給假，該女職工每次產檢都請一整天，產檢其實不需這麼久時間，公司可以規範只給半天嗎？

答：

案例所提問題，由於「廣東省女職工勞動保護實施辦法」第5條第3項的規定，女職工在懷孕和產假期間，所在單位應准予定期做產前檢查。在勞動時間內進行產前檢查的應算作勞動時間。但沒有具體提出時間，只說『准予定期做產前檢查。在勞動時間內進行產前檢查的應算作勞動時間。』因此，給假時間要多久可由企業確定，最好列入請假管理辦法裡面。東莞市沒有提出實施細則，但可參考廣州或深圳的規定，其規定是半天，可參考之。

- (一) 「廣州市女職工勞動保護實施辦法」第9條規定，懷孕的女職工，從懷孕滿6個月開始，應進行定期產前檢查，每次檢查應給予半天脫產時間，按勞動時間計算。
- (二) 「深圳市女職工勞動保護辦法」第9條規定，懷孕的女職工，從懷孕滿6個月開始，應進行定期產前檢查，每次檢查應給予半天脫產時間，按勞動時間計算。

第四節 假期管理的 Q&A

一、本公司一員工在其他公司服務滿兩年，現到本公司任職，請問該員工過去的工作年資，是由我公司承擔嗎？相關處理程序，應如何辦理？是不是大陸職工過去在其他的企業工作年資，都要承認？中國帶薪年休假相關法令為何？

答：

案例是指有關大陸帶薪休假的規定，有一定的法律內容與程序，茲就問題說明如下：

(一) 首先臺商要瞭解的是大陸員工的帶薪年休假（臺灣稱為特別休假）的計算基礎是以「累計工作日數」為依據，以確定可休的年休假日數。而「累計工作日數」則包括在本企業與其他企業的工作日數合計計算。

累計工作日數的佐證資料，目前實務上的作法是根據繳納社會保險費用的記錄資料，或者是勞動手冊的年資計算資料。比較不建議根據「離職證明書」，因恐怕有偽造情形。有證據證明就列入計算累計工作日數，沒有證據就無法列入。

(二) 有關大陸帶薪年休假相關法令規定條款說明如下：

1. 職工帶薪年休假日數分析

依據國務院發布的「職工帶薪年休假條例」第3條規定，根據職工累計工作時間，可享下列帶薪年休假日數，如附表十一所示。

附表十一 職工帶薪年休假日數分析表

累計工作時間 (X)	帶薪年休假日數
1 年 ≤ X < 10 年	5 天
10 年 ≤ X < 20 年	10 天
20 年 ≤ X	15 天

附表十一的『X』是指累計工作時間的年數，根據「職工帶薪年休假條例」第5條第2款規定，年休假在一個年度內可以集中安排，也可以分段安排，一般不跨年度安排。單位因生產、工作特點確有必要跨年度安排職工人年休假的，可以跨一個年度安排。另外，國家法定休假日、休息日不計入年休假的假期。

2.新進員工在入職當年度的年休假日數

依「企業職工帶薪年休假實施辦法」第5條規定，職工新進用人單位且符合本辦法第3條規定的，當年度年休假天數，按照在本單位剩餘日曆天數折算確定，折算後不足1整天的部分不享受年休假。

折算方法為： $(\text{當年度在本單位剩餘日曆天數} \div 365 \text{ 天}) \times \text{職工本人全年應當享受的年休假天數}$ 。折算出來如果有小數點時，不必四捨五入，只算整數即可。

3.員工離職當年度的年休假日數

依「企業職工帶薪年休假實施辦法」第12條規定，用人單位與職工解除或者終止勞動合同時，當年度未安排職工休滿應休年休假的，應當按照職工當年已工作時間折算應休未休年休假天數並支付未休年休假工資報酬，但折算後不足1整天的部分不支付未休年休假工資報酬。

折算方法為： $(\text{當年度在本單位已過日曆天數} \div 365 \text{ 天}) \times \text{職工本人全年應當}$

享受的年休假天數－當年度已安排年休假天數。折算出來如果有小數點時，不必四捨五入，只算整數即可。

二、大陸「企業職工帶薪年休假實施辦法」第 10 條規定，對職工應休未休的年休假天數，按照其日工資收入的 300% 支付未休假工資報酬，其中包含用人單位支付職工正常工作期間之工作收入。請問若本公司未安排職工年休假日期，因職工已上班有薪資，則應給付職工未休年休假工資為 200% 或 300%？若本公司與職工約定年休假日期，而職工未休假，本公司是否仍要再加給加班工資？

答：

大陸「企業職工帶薪年休假實施辦法」第 10 條規定，用人單位經職工同意不安排年休假或者安排職工年休假天數少於應休年休假天數，應當在本年度內對職工應休未休年休假天數，按照其日工資收入的 300 支付未休年休假工資報酬，其中包含用人單位支付職工正常工作期間的工資收入。如果員工不願意根據企業安排休年休假，希望支付工資，企業可以拒絕，因企業已經按照法律的規定保障職工的年休假權利，如職工不同意休年休假視為職工自願放棄自己的權利，企業沒有義務支付未休年休假工資報酬，企業在此過程中應注意保留相關證明材料。企業安排職工休年休假，但是職工因本人原因且書面提出不休年休假的，企業可以只支付其正常工作期間的工資收入。

帶薪年休假在一個年度內可以集中或分段安排，企業因生產、工作特點確有必要跨年度安排職工年休假的，可以跨一個年度安排。帶薪年休假為員工的基本權利，可由員工提出申請，或由企業主動安排，但最終決定權在企業。企業應當於當年底或次年初主動安排員工的年休假計畫，並由員工簽名表示知悉（此為企業的告知義務），而且註明：『企業已經按照法律的規定保障職工的年休假權利，如職工自願不休年休假視為職工自願放棄自己的權利，企業沒有義務支付未休年休假工資報酬，僅支付正常工作期間的工資收入。』

三、據我所知中國三八婦女節，廣州好像婦女可休半天，當天未休假需給予補假半天，請問中國三八婦女節是否有放假？如果一定要給休有法規嗎？

答：

2002年2月12日大陸原勞動和社會保障部辦公廳公佈的「關於部分公民放假有關工資問題的函」（勞社廳函[2000]18號）規定，在部分公民放假的節日期間，對參加社會或單位組織慶祝活動和照常工作的職工，單位應支付工資報酬，但不支付加班工資。如果該節日恰逢星期六、星期日，單位安排職工加班工作，則應當依法支付休息日的加班工資。此規定限縮了勞動者主張部分公民法定假日加班工資的範圍，即部分公民放假的節日在正常工作日的，勞動者無權主張加班工資。實際操作上，由於原勞動和社會保障部辦公廳的復函的規定，使得大部分企業對三八婦女節照常工作的婦女，都不支付加班工資的。甚至部分勞動爭議仲裁委員會以及勞動監察部門均按該復函來操作執行。

如果從法定休息日的立場而言，凡是國家以法律或法規的形式明確規定的法定休息日，公民是應該放假的。所以根據「全國年節及紀念日放假辦法」規定，婦女節(3月8日)是屬於部分公民放假的節日及紀念日，婦女放假半天。由於該辦法是國務院的行政法規，其性質與全體公民放假的假日相同，均屬於『法定』的休息日。

綜合所述，基於照顧員工集體福利的立場，同時也不會傷害到企業的權益，有一些規定需要釐清：

- (一) 三八婦女節屬於部分人民之節日，依其規定放假可休半天，但如果上班，不能申請加班工資；
- (二) 屬於全體公民放假的節假日（11天），如果適逢星期六、日，應當在工作日補假。屬於部分公民放假的假日，如果適逢星期六、日，則不補假。如果當天安排職工加班，則應當依法支付200%的休息日加班工資。

四、小王 2011 年 1 月進入位於上海的公司，每月工資 1800 元。2013 年 4 月 1 日起，小王因患重病，請連續病假至 2013 年 5 月 23 日。單位應如何支付他 4 月病假期間的工資呢？

答：

案例所提問題是許多臺商不太理解的情形。按規定，上海市的病假工資=（病假工資計算基數÷21.75 天）×計發比例×病假天數。其中病假工資的計算基數、計發比例，按以下方式確定：

（一）病假工資計算基數

「上海市企業工資支付辦法」規定，1.勞動合同有約定的，按不低於勞動合同約定的勞動者本人所在崗位（職位）相對應的工資標準確定。集體合同（工資集體協議）確定的標準高於勞動合同約定標準的，按集體合同（工資集體協議）標準確定；2.勞動合同、集體合同均未約定的，可由用人單位與職工代表通過工資集體協商確定，協商結果應簽訂工資集體協議；3.用人單位與勞動者無任何約定的，假期工資的計算基數統一按勞動者本人所在崗位（職位）正常出勤的月工資的 70% 確定。

（二）計發比例

「上海市勞動局關於加強企業職工疾病休假管理保障職工疾病休假期間生活的通知」規定，職工疾病或非因工負傷連續休假在 6 個月以內的，依連續工齡規定的計發比例，支付病假工資；連續休假超過 6 個月的，支付疾病救濟費。

1. 職工疾病或非因工負傷連續休假 6 個月以內的，企業應按下列標準支付疾病休假工資：連續工齡不滿 2 年的，按本人工資的 60% 計發；連續工齡滿 2 年不滿 4 年的，按本人工資 70% 計發；連續工齡滿 4 年不滿 6 年的，按本人工資的 80% 計發；連續工齡滿 6 年不滿 8 年的，按本人工資的 90% 計發；連續工

齡滿 8 年及以上的，按本人工資的 100% 計發。

2. 職工疾病或非因工負傷連續休假超過 6 個月的，由企業支付疾病救濟費：連續工齡不滿 1 年的，按本人工資的 40% 計發；連續工齡滿 1 年不滿 3 年的，按本人工資的 50% 計發；連續工齡滿 3 年及以上的，按本人工資的 60% 計發。

另外，職工疾病或非因工負傷休假待遇低於當年本市企業職工最低工資標準的 80%，應補足到當年本市企業職工最低工資標準的 80%。企業職工疾病休假工資或疾病救濟費最低標準不包括應由職工繳交的養老、醫療、失業保險費和住房公積金。

以小王為例，連續病假在 6 個月以內，本單位連續工齡滿 2 年不滿 4 年，計發比例為 70%。其病假工資計算基數由於雙方無任何約定的，病假工資的計算基數統一按勞動者本人所在崗位（職位）正常出勤的月工資的 70% 確定。所以 1,800 元的 $70\% \times 70\%$ ，也就是 882 元，低於上海市 2013 年 4 月開始生效的最低工資 1,620 元的 80% 即 1,296 元，所以公司應再補足 414 元。

第五節 社保福利管理的 Q&A

一、我公司員工於車間工作時不跌到，碰到機器而受傷，已經送醫院醫治尚未出院，該員工認為是工傷，請問如何工傷的範圍法律有規定嗎？如何定工傷？

答：

依大陸國務院於 2011 年 1 月修正實施的「工傷保險條例」第 3 章第 14 條認定工傷的範圍 7 項條件情況之一，或者符合第 15 條視同工傷的 3 個範圍。

（一）七種認定工傷的情形

第 14 條規定，職工有下列情形之一的，應當認定為工傷：

1. 在工作時間和工作場所內，因工作原因受到事故傷害的；

認定工傷事故的全部要素，即指工作時間、工作場所、工作原因三要素，廣義的解釋應當包含下述的第 2、3、4 項。

2. 工作時間前後在工作場所內，從事與工作有關的預備性或者收尾性工作受到事故傷害的；

將工作時間的前後延長時間認為工作時間，在這段期間工作必須是與正式工作有關的預備性或收尾性工作。

3. 在工作時間和工作場所內，因履行工作職責受到暴力等意外傷害的；

員工遭受到暴力等意外傷害並非是工作原因，而是與履行崗位工作職責有關的作業。例如人事人員拿工資條給員工簽收，卻遭到該員工因不滿意工資計算方式而揮拳揍人的暴力行為。

4.患職業病的；

根據「職業病防治法」，職業病是指企業的員工在職業活動中，因接觸粉塵、放射性物質和其他有毒、有害物質等因素而引起的疾病。

5.因工外出期間，由於工作原因受到傷害或者發生事故下落不明的；

員工因工、因公外出辦事，其外出的全部時間都認定是工作時間，外出的地點、場所，以及沿途也都認為是工作場所，因而受到的傷害，以及因工外出期間發生事故下落不明的，就被認為是工傷。例如業務員出差拜訪客戶、因業務需要請客，因而發生的傷害事故。

6.在上下班途中，受到非本人主要責任的交通事故或者城市軌道交通、客運輪渡、火車事故傷害的；

(1) 所謂上下班途中是指合理的上下班時間和合理的上下班路途。

(2) 非本人主要責任事故包括非本人主要責任的交通事故和非本人主要責任的城市軌道交通、客運輪渡和火車事故。其中，交通事故是指「道路交通安全法」第 119 條規定的車輛在道路上因過錯或者意外造成的人身傷亡或者財產損失事件。

(3) 非本人主要責任事故認定應以公安機關交通管理、交通運輸、鐵道等部門或司法機關，以及法律、行政法規授權組織出具的相關法律文書為依據。

7.法律、行政法規規定應當認定為工傷的其他情形。

除「工傷保險條例」以外符合國家及本地區法律、行政法規有關因工傷亡事故規定的情況下發生的傷亡事故。例如各省、自治區、直轄市人民政府的工

傷保險立法，如果規定某種情形下發生的傷亡事故工傷，應從其規定。主要是在解決國家法律原則下的特殊情形。

（二）三種視同工傷的情形

第 15 條規定，職工有下列情形之一的，視同工傷：

1. 在工作時間和工作崗位，突發疾病死亡或者在 48 小時之內經搶救無效死亡的；
2. 在搶險救災等維護國家利益、公共利益活動中受到傷害的；
3. 職工原在軍隊服役，因戰、因公負傷致殘，已取得革命傷殘軍人證，到用人單位後舊傷復發的。

嚴格而言，視同工傷實際上不是工傷，但由於上述情形，員工的行為與履行工作職責有關，所以「工傷保險條例」將其視為工傷，可以按照有關規定享受工傷保險待遇。

職工有前述第 1、2 項情形的，按照「工傷保險條例」的有關規定享受工傷保險待遇；職工有前款第 3 項情形的，按照本條例的有關規定享受除一次性傷殘補助金以外的其他工傷保險待遇。

（三）工傷的認定

按照「工傷保險條例」第 17 條、「工傷認定辦法」第 4、5 條規定，職工發生事故傷害或者按照職業病防治法規定被診斷、鑒定為職業病，所在單位應當自事故傷害發生之日或者被診斷、鑒定為職業病之日起 30 日內，向統籌地區社會保險行政部門提出工傷認定申請。遇有特殊情況，經報社會保險行政部門同意，申請時限可以適當延長。用人單位未按前款規定提出工傷認定申請的，工傷職工或者其近親

屬、工會組織在事故傷害發生之日或者被診斷、鑒定為職業病之日起1年內，可以直接向用人單位所在地統籌地區社會保險行政部門提出工傷認定申請。

工傷認定申請時材料完整的，社保行政部門要在15日內作出受理或不受理通知；申請時材料不完整的，經書面通知補正的，在申請人補正材料後15日內作出受理或者不予受理的決定。符合受理條件和時效的，出具《工傷認定申請受理決定書》，不符合受理條件或時效的，出具《工傷認定申請不予受理決定書》，同時書面告知申請人理由。社保行政部門受理案件後應就案件進行調查核實。按規定，工傷案件應自受理工傷認定申請之日起60日內作出工傷認定決定，但如果是受理的案件事實清楚、權利義務明確的工傷認定申請，應當在15日內作出工傷認定的決定。而在工傷認定決定作出之日起20日內，社保行政部門將《認定工傷決定書》或者《不予認定工傷決定書》送達受傷害職工（或者其近親屬）和用人單位，並抄送社會保險經辦機構。

二、請問大陸勞務派遣公司若沒有替員工買社會保險，在工傷事故時，用工單位如何分散連帶責任的風險？

答：

勞務派遣是指勞務派遣單位與用工單位簽訂勞務派遣協議書，由前者負責將已經招用且簽訂書面勞動合同的勞動者派遣到有需求的用工單位去工作的一種提供勞務的行為。「勞動合同法」第五章特別規定的第二節，規範了勞務派遣的相關法條。2014年3月實施的「勞務派遣暫行規定」，則是對勞務派遣作業進行細部規定，更有針對性與操作性。

依照「勞動爭議調解仲裁法」第22條規定，『勞務派遣單位或者用工單位與勞動者發生勞動爭議的，勞務派遣單位和用工單位為共同當事人。』同規定第10條規定，『被派遣勞動者在用工單位因工作遭受事故傷害的，勞務派遣單位應當依法申請工傷認定，用工單位應當協助工傷認定的調查核實工作。勞務派遣單位承擔工傷保險責任，但可以與用工單位約定補償辦法。』

「勞動合同法實施條例」第35條的規定，『用工單位違反勞動合同法和本條例有關勞務派遣規定的，由勞動行政部門和其他有關主管部門責令改正；情節嚴重的，以每位被派遣勞動者1,000元以上5,000元以下的標準處以罰款；給被派遣勞動者造成損害的，勞務派遣單位和用工單位承擔連帶賠償責任。』

「勞動合同法」第59條第1款規定，『勞務派遣單位派遣勞動者應當與用工單位訂立勞務派遣協議。勞務派遣協議應當約定派遣崗位和人員數量、派遣期限、勞動報酬和社會保險費的數額與支付方式以及違反協議的責任。』

所以用工單位應當在與勞務派遣單位簽訂《勞務派遣協議書》裡面，除了「勞務派遣暫行規定」第7條規定的協議書內容外，用工單位應當與勞務派遣單位明確約定以下幾種條件：

- (一) 明確約定「如因勞務派遣單位的違法行為給被派遣勞動者造成損害，導致用工單位承擔連帶賠償責任的，勞務派遣單位應當賠償用工單位元的全部經濟損失。」
- (二) 明確書明「同工同酬的定義需有相同勞績」、「試用期內不符合錄用條件可退回」、「已經與勞務派遣單位簽書面的勞動合同」、「被派遣勞動者應該出示勞動合同正本給用工單位審查」等等全力維護的條款。
- (三) 特別要注意在工傷待遇、經濟補償金、社會保險等關鍵問題上，要與勞務派遣單位充分協商，才能維護本身的權益。
- (四) 由於不能退回的限制條件，用工單位元需要正確掌握員工的工傷與職業病情形、醫療期限、女性員工的三期情形。

案例所提，由於勞務派遣公司沒有替勞務派遣工購買社會保險，而工傷事故時，依法勞務派遣單位和用工單位列為共同當事人，也就是勞務派遣公司要申請工傷認定，用工單位協助有關工傷認定的調查核實工作。由於勞務派遣單位與被派遣勞動者具有勞動合同關係，所以應當承擔工傷保險責任，但可以與用工單位在《勞務派遣協議書》裡面約定補償辦法。

綜合上述，用工單位要從本身的用工需求立場來簽訂《勞務派遣協議書》，才能保障自身的利益。雙方可以約定因勞務派遣單位的違法行為給被派遣勞動者造成損害，導致用工單位承擔連帶賠償責任的，勞務派遣單位應當賠償用工單位元的全部經濟損失。

三、請問按照大陸法令，公司應替員工購買社會保險。若公司沒有（或不足額）購買，而員工願切結同意公司的做法，這樣對法令有風險嗎？企業如何預防？

答：

案例所提，是許多臺商的問題。由於基本養老保險待遇關乎勞動者年老獲得生活來源的一件大事，所以養老保險是強制實施的一項社會保障措施。很多員工為自己的社保待遇受到損失，為爭取自己的合法權益與企業發生勞動爭議，進入勞動仲裁、訴訟。但也有些員工沒有意識到參加養老保險的重要性，甚至認為參加養老保險是一種負擔。有的企業願意為職工繳納養老保險費，但是職工卻自願放棄，而企業也認為可以減少人力成本，同意了職工放棄參保的要求。

大陸「勞動法」第 72 條規定，『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。』；「社會保險費徵繳暫行條例」第 3 條規定繳費單位、繳費個人應當按時足額繳納社會保險費；同條例第 12 條規定，繳費單位和繳費個人應當以貨幣形式全額繳納社會保險費。繳費個人應當繳納的社會保險費，由所在單位從其本人工資中代扣代繳。社會保險費不得減免。即使是職工自願放棄參保，也是違反法律的行為。

大陸社會保險法是強制性法律，按規定勞資雙方都應依照規定參加社會保險。企業經常碰到這樣的案例，有些員工希望不要參加社會保險，要求公司將社保費用直接發給他們，同時自願寫承諾書，保證以後不會因社保問題找公司的麻煩，因未參加社會保險的責任由員工自行承擔，與公司無關。另外也有一些公司在勞動合同中約定繳納社保費用作為員工工資的一部分。以上員工與企業的思維，涉及到一個問題，即社會保險是否可以由企業和員工雙方協商約定的問題。另外員工的承諾書有法律效力嗎？雖然意思自治、平等協商是「勞動合同法」的一大基本原則，但這種『自治』必須是在法律允許的範圍之內。不管是簽入勞動合同書還是書面承諾書，雙方雖然在自願、協商一致的基礎上，但有關社會保險的內容如果違反了現行法

律、法規的強制性規定，可能導致雙方約定的條款無效。大陸「勞動法」規定，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。可知社會保險是國家強制保險，為員工辦理社會保險是企業的法定義務，即使員工主動提出要求不投保也不能免除企業為員工參加社會保險的法定義務。即使作出書面承諾，還是會有被認定為無效的風險，大陸「民法通則」也明確規定違反法律或者社會公共利益的民事行為無效。

臺商應如何防範其中的風險？由於員工對社會保險的誤解是導致員工不願投保的重要原因之一。有些應徵員工常常問公司：「你們單位要不要扣保險？」很多人都用「扣」字來形容社會保險，是因為每月發工資時，員工直觀地感覺到，工資中被扣除了社保費用。所以人力資源管理部門應該跟員工宣傳社保費用不是公司扣掉了，而是把這些錢從工資帳戶轉移到了社保帳戶，一樣多的錢，只是放在了員工名下的社保帳戶裡。如果繳滿了15年，等到退休時就可以享受養老保險待遇，讓員工明白繳納社保費用是法律賦予的一種福利。

另外，如果員工不願意參加社會保險，則該員工違反了法律的強制性規定，企業依法可以不錄用或解除勞動關係。亦即員工必須承擔不願意參加社會保險，企業可以解除勞動合同或不予聘僱的風險。

四、公司在東莞有一個約三百人的工廠，現在有思考到提撥住房公積金的問題，目廣東省東莞市的住房公積金是否都要參加？部份臺商採『不告不理』原則，對您的看法如何？關於提撥基數法令上如何規定？

答：

住房公積金制度是指國家機關、國有企業、城鎮集體企業、外商投資企業、城鎮私營企業及其他城鎮企業、事業單位、民辦非企業單位、社會團體(以下統稱單位)及其在職職工繳存的長期住房儲金；用於職工購買、建造、翻建、大修以及裝修自住住房。繳存分為兩部分，即職工個人繳存部分和所在單位元繳存部分，兩部分數額相等，均匯入個人帳戶；繳存之後全部歸屬於職工個人所有，並設有個人住房公積金專門個人帳戶。按照「住房公積金管理條例」第 18 條規定，職工和單位住房公積金的繳存比例均不得低於職工上一年度月平均工資的 5%；有條件的城市，可以適當提高繳存比例。因此「東莞市住房公積金繳存管理辦法」第 11 條規定，『職工和單位住房公積金的繳存比例均不得低於職工上一年度月平均工資的 5%；有條件的單位，職工和單位的繳存比例可以提高，但不得高於 20%。』顯然各地方的住房公積金比例會有差異。

目前廣東省東莞市的住房公積金，部分臺商主動配合。按「東莞市住房公積金繳存管理辦法」規定，國有企業、集體企業、外商（含港、澳、臺）投資企業、私營企業及其他企業，不論職工是否屬本市戶籍，職工和單位均應當按時、足額繳存住房公積金，不得逾期繳存或者少繳。

部份臺商採不告不理的原則，會有風險。「東莞市住房公積金繳存管理辦法」規定，根據國務院「住房公積金管理條例」的罰則，不辦理住房公積金繳存登記或者不為本單位職工辦理住房公積金帳戶設立手續的，責令限期辦理，逾期仍不辦理的，處以一萬元以上五萬元以下的罰款。

至於住房公積金的提取條件，按照「東莞市住房公積金提取管理規定」第5條規定有9大項：（一）購買自住住房，建造、翻建、大修本市或戶籍所在地的自住住房；（二）償還購房貸款本息；（三）租住本市住房；（四）退休；（五）全喪失勞動能力，並與單位終止勞動關係；（六）在國外或港澳臺地區定居；（七）享受社會最低生活保障；（八）職工本人或家庭成員患重大疾病；（九）其他規定情形。其中最大的功能還是購買，建造、翻建住屋以及償還購房貸款本息等情形。

五、本公司已依法為員工繳納社會保險費，員工退休時，企業是否尚須額外給付退休金？若員工已達退休年齡，但社保投保未達15年者，終止勞動合同是否需支付補償金？

答：

案例所提的是有關員工退休時的養老保險待遇問題，茲說明如下：

- (一)按「勞動合同法」第44條規定，員工開始領養老保險待遇，就終止勞動合同；又按「社會保險法」第16條第1款規定，參加基本養老保險的個人，達到法定退休年齡時累計繳費滿15年的，按月領取基本養老金。從以上的法條規範來看。這是指企業已依法為員工繳納社會保險費，且累計繳納養老保險費滿15年時，員工符合退休年齡(一般而言，男職工不分崗位均為滿60歲、工人崗位的女職工滿50歲、專業技術崗位和管理崗位的女職工【女幹部】滿55歲)就可享受月退休待遇，由社會保險機構每月發放養老金。所以企業不必支付退休金給員工或另外再支付經濟補償金。
- (二)按照「勞動合同法實施條例」第21條規定，『勞動者達到法定退休年齡的，勞動合同終止。』然其累計的繳納養老保險費未滿15年時，就無法享受養老保險待遇，這是就要依照「社會保險法」、「實施〈社會保險法〉若干規定」規定的補救措施，達到法定退休年齡的員工，累計繳費不足15年的，可以延長繳費至滿15年。「社會保險法」實施前參保、延長繳費5年後仍不足15年的，可以一次性繳費至滿15年。也可以申請轉入戶籍所在地新型農村社會養老保險或者城鎮居民社會養老保險(註：2014年2月合併為城鄉居民養老保險)，享受相應的養老保險待遇。

另外，未延長繳費至滿15年，也不願轉入新型農村社會養老保險或者城鎮居民社會養老保險的，個人可以書面申請終止職工基本養老保險關係。社會保

險經辦機構收到申請後，應當書面告知其轉入新型農村社會養老保險或者城鎮居民社會養老保險的權利以及終止職工基本養老保險關係的後果，經本人書面確認後，終止其職工基本養老保險關係，並將個人賬戶儲存額一次性支付給本人。

綜合上述，參加基本養老保險的員工，因達到法定退休年齡，就可以終止勞動關係，依「勞動合同法」第 46 條規定，企業不必支付經濟補償金。

第六節 解雇管理的 Q&A

一、我公司一位員工在非上班時間，於宿舍內突然腦出血，我公司即將其送醫治療，並經社會保險行政部門認定是自發性疾病而非工傷，請問其醫療期多久？如醫療期已滿，疾病仍未痊癒又不能從事原工作，公司需要給經濟補償嗎？

答：

案例有關患病或非因工負傷的員工，醫療期以及經濟補償金的問題，茲說明如下：

（一）患病或非工傷的醫療期

本按例經認定非工傷，是屬於普通疾病，由於患病醫療時間很長，法律就設計出醫療期，規定醫療期的期間，同時規定醫療期期滿就可以解除勞動合同的條件。

根據勞動部 1994 年發布的「企業職工患病或非因工負傷醫療期規定」第 2 條規定，醫療期是指企業職工因患病或非因工負傷停止工作治病休息不得解除勞動合同的時限。同規定第 3 條規定，職工因患病或非因工負傷，需要停止工作醫療時，根據本人實際參加工作年限和在本企業的工作年限，給予 3 個月到 24 個月的醫療期。

一般而言，醫療期主要有以下幾條規定：

1. 企業職工因患病或非因工負傷，需要停止工作醫療時，根據本人實際參加工作年限和在本單位工作年限，給予 3 個月到 24 個月的醫療期。實際工作年限 10 年以下的，在本單位工作年限 5 年以下的為 3 個月，5 年以上的為 6 個月。實際工作年限 10 年以上的，在本單位工作年限 5 年以下的為 6 個月，5 年以上 10 年以下的為 9 個月；10 年以上 15 年以下的為 12 個月，15 年以上 20 年以下的為 18 個月，20 年以上的為 24 個月。

2. 醫療期 3 個月的按 6 個月內累計病休時間計算；6 個月的按 12 個月內累計病休時間計算；9 個月的按 15 個月內累計病休時間計算；12 個月的按 18 個月內累計病休時間計算；18 個月的按 24 個月內累計病休時間計算；24 個月的按 30 個月內累計病休時間計算。
3. 企業職工非因工致殘和經醫生或醫療機構認定患有難以治療的疾病，在醫療期內醫療終結，不能從事原工作，也不能從事用人單位另行安排的工作的，應當由勞動鑒定委員會參照工傷與職業病致殘程度鑒定標準進行勞動能力的鑒定。被鑒定為一至四級的，應當退出勞動崗位，終止勞動關係，辦理退休、退職手續，享受退休、退職待遇；被鑒定為五至十級的醫療期內不得解除勞動合同。
4. 企業職工非因工致殘和經醫生或醫療機構認定患有難以治療的疾病，醫療期滿，應當由勞動鑒定委員會參照工傷與職業病致殘程度鑒定標準進行勞動能力的鑒定。被鑒定為一至四級的，應當退出勞動崗位，解除勞動關係，辦理退休、退職手續，享受退休、退職待遇。

（二）醫療期滿但未痊癒又不能從事工作，可以解除勞動合同

根據「勞動合同法」第 40 條規定，勞動者患病或者非因工負傷，在規定的醫療期滿後不能從事原工作，也不能從事由用人單位另行安排的工作的，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 1 個月工資後，可以解除勞動合同，同時依規定支付經濟補償金。

「勞動合同法」第 42 條明確規定，勞動者患病或者負傷，在規定的醫療期內的，用人單位不得依據本法第 40、41 條的規定解除勞動合同。亦即，勞動者患病或者負傷在規定的醫療期內，用人單位不得解除勞動合同。

（三）企業解除勞動合同的附隨義務

對於患病或非因工負傷的職工，但醫療期已滿尚未痊癒的職工，用人單位應盡量繼續使用，如不能從事原工作，也不能另行安排的，則可以解除勞動合同，但需要按照有關規定給予職工一定的經濟補償。依照勞動部 1994 年「違反和解除勞動合同的經濟補償辦法」的規定，勞動者患病或非因工負傷，經勞動鑒定委員會確認不能從事原工作、也不能從事用人單位另行安排的工作而解除勞動合同的，用人單位除了依照其在本單位的工作年限發給經濟補償金外，同時還應發給不低於 6 個月工資的醫療補助費。患重病和絕症的還應增加醫療補助費，患重病的增加部分不低於醫療補助費的 50%，患絕症的增加部分不低於醫療補助費的 100%。

二、為因應公司業務型態轉變為做貨為主，而做貨工廠都在東莞的虎門。因此公司決定將廣州工廠搬到虎門，以提高作業效率。這樣子的話是否需要給資遣費？

答：

依案例所提供的諮詢資訊，回答如下：

- (一)如果貴公司的員工也一起遷廠至虎門，則按「勞動合同法」第 34 條規定，用人單位發生合併或者分立等情況，原勞動合同繼續有效，勞動合同由承繼其權利和義務的用人單位繼續履行。亦即不影響勞動合同的履行，年資照舊，當然不必支付經濟補償金。遷廠屬於工作地點的變更，要與員工協商，依照「勞動合同法」第 35 條的規定，用人單位與勞動者協商一致，可以變更勞動合同約定的內容。變更勞動合同，應當採用書面形式。所以在這種情形下，因為員工配合遷廠，屬於勞動合同內容的變更，當然不屬於勞動合同解除而要支付經濟補償金的情形。
- (二)如果協商不成，由於搬廠是一種客觀的環境發生重大變化的行為，符合勞動合同法第 40 條第 3 項規定的情形。按照「勞動合同法」第 40 第 3 項的規定：『勞動合同訂立時所依據的客觀情況發生重大變化，致使勞動合同無法履行，經用人單位與勞動者協商，未能就變更勞動合同內容達成協議的。用人單位要提前 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。』同時依照「勞動合同法」第 46 條第 3 項規定，支付經濟補償金。所以在這種情形下，企業解除了員工的勞動關係，當然要支付經濟補償金。

三、公司目前有一名大陸員工掛課長職務，但因為配合度不佳，我們想取消他課長職務，想請教：

(一) 若我們先發公告取消他課長職務，這樣是否合法？公告後是否能取消他原有的課長職務津貼？

(二) 另外，因為我們員工手冊中的績效考核於 73 分以下 D 級，公司是可以無賠付與解除勞動合同，這是否也合法呢？

答：

案例所提關於取消主管職務等有涉及勞動合同變更情形，茲說明如下：

(一) 一般而言，『調崗調薪』是勞動合同的變更，變更勞動合同要協商一致。其法源依據為「勞動合同法」第 35 條規定：『用人單位與勞動者協商一致，可以變更勞動合同約定的內容。』企業要對員工進行合法地調崗調薪，首先應與該員工協商，對調動職務要有充分的合理性。企業和員工因調崗調薪發生爭議的，應當由企業舉證證明其調職具有充分合理性。如果不能舉證證明其調職具有充分合理性的，雙方仍應按原勞動合同履行。

案例所提情形，如果公司發出公告，取消他課長職務，公告後取消他原有的課長職務津貼，不無違法的嫌疑。

但是如果企業依據「勞動合同法」第 40 條第 2 項規定，即『勞動者不能勝任工作，經過培訓或者調整工作崗位，仍不能勝任工作的，用人單位要提前 30 日以書面形式通知勞動者本人或者額外支付勞動者 1 個月工資後，可以解除勞動合同。』按照這條規定有一個程序，那就是企業因員工不能勝任工作，不需協商一致，可先調整員工工作崗位。從操作角度看，員工不能勝任工作，調崗在實踐中通常表現為降職，同時原來取消津貼。勞動部辦公廳曾在

「關於職工因崗位變更與企業發生爭議等有關問題的復函」對此問題做了明確的規定，『因勞動者不能勝任工作而變更、調整職工工作崗位，則屬於用人單位的自主權。』惟要有不能勝任條件的證據證明。按貴公司該課長情形，是否有證據證明不能勝任課長崗位的情形，如果有，就可依據「勞動合同法」第 40 條第 2 項規定的程序，進行調崗，調崗後工資自然就跟著調整了。

(二) 員工手冊中的績效考核於 73 分以下 D 級，公司擬解除勞動關係，是屬於不能勝任解除的情形。應當依據「勞動合同法」第 40 條第 2 項規定：『勞動者不能勝任工作，經過培訓或者調整工作崗位，仍不能勝任工作的，就可以解除勞動合同。』然要走完該有的程序（經過培訓或者調整工作崗位），還是無法勝任工作的，就可以解除勞動合同，但需要支付經濟補償金。

員工手冊寫明『無需賠付而解除勞動合同』等規定是無法律效力的。

四、請問「勞動合同法」第 87 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 47 條規定的經濟補償標準的 2 倍向勞動者支付賠償金。違反本法規定解除或者終止勞動合同，他所說的違反是指什麼？合同未到期我提前終止合同，並依法給補償金及通知金，這樣的作法適用第 87 條嗎？因為員工提出依據第 87 條 2 倍賠償，而不是依年資給補償金？

答：

「勞動合同法」第 87 條有關『用人單位違反本法規定解除或者終止勞動合同的』是指用人單位違反「勞動合同法」第 36、39、40、41 等條款有關解除勞動合同條件或是違反第 44 條有關終止勞動合同條件的意義。

勞動合同未到期提前解雇員工是指解除勞動關係，不是終止勞動關係，如果符合第 36、39、40、41 等條有關解除勞動合同條件的，且符合支付經濟補償金條件的，就是合法解除，不必理會第 87 條的規定。

員工之所以提出依據第 87 條 2 倍賠償，是指他可能認為貴公司違反「勞動合同法」第 36、39、40、41 等條有關解除勞動合同條件的，才會提出這種要求，如貴公司有證據證明都依照第 36、39、40、41 等條有關解除勞動合同條件的，且符合條件的也支付了經濟補償金，則員工提出依據第 87 條的 2 倍賠償規定是沒有法律依據的。

五、公司要資遣員工，依「勞動合同法」40 條第 2 項規定，勞動者不能勝任工作的，可以資遣員工，請問公司可以直接以平日相關考核資料未達到目標，不能勝任資遣嗎？還需要像條文上所說的經過培訓或者調整工作崗位，仍不能勝任工作，才可以資遣嗎？再者，要提供多少資料文件證明才能認定員工不勝任？還是只要一次的考核未通過就可以算是嗎？

答：

依「勞動合同法」40 條第 2 項規定，全部條文有一定的順序，企業對不能勝任工作的員工要執行解除勞動關係時，應當要走完整個程序。

依照同法第 40 條第 2 項規定，員工不能勝任可以解除勞動關係之條文的精神與程序，先要有不能勝任工作的證據（例如在一定時間內任務或目標一直無法完成），要先對他培訓（只要有培訓的證據簽名即可）或者調整崗位，之後又不能勝任（在一定時間內任務或目標一直無法完成）時，就可以解除勞動合同了。

企業如果不按照完整的程序處理，則會形成程序違法，同實質違法一樣，會有風險，這個風險就是「勞動合同法」87 條規定所講的違法解除或者終止終止行為，法律責任是以經濟補償標準的二倍向勞動者支付賠償金。

所以企業要掌握的是首次不能勝任工作的證據、培訓的證據、再次不能勝任工作的證據，有這些法律規定的程序後始可解除勞動合同。以避免可能的法律風險。

六、以前有一位年資不到一年的女性同仁，因工作表現不佳，被主管約談改善，隔了些天，拿醫生診斷書說懷孕了。如三期不能依不能勝任工作解除合同，又不願意接受協商，接受經濟補償金，請問公司該怎麼辦？另外在上海無准生證，公司是否可以解除勞動合同？

答：

案例所提之情形，女性員工因三期（孕期、產期、哺乳期）之故，企業不能依「勞動合同法」第 40 條規定，以不能勝任工作為由解除勞動合同，或該員工又不願意接受協商及經濟補償金，解除勞動合同。

「勞動合同法」第 42 條規定，女職工三期內（孕期、產期、哺乳期），用人單位不得依照本法第 40、41 條的規定解除勞動合同。由於女性員工在三期內受到特殊保護，企業不得以懷孕、產假、哺乳等原由，單方終止勞動合同。除非女職工在懷孕、產期、哺乳期間內出現「勞動合同法」第 39 條的情形。則企業只能在沒有證據證明她有嚴重違反「勞動合同法」第 39 條規定，企業可以解除勞動合同的情況下，要等到相應的情形消失（三期結束），再以不能勝任工作為由，完成法定程序後解除勞動合同。

由於在大陸要拿證明很容易，對於該員工所拿的醫生診斷書情形，是否有需要進一步確認？另外將來請產假時的請假條件是否有建立在貴公司的請假管理辦法裡面，例如請產假時的結婚證、生育服務證（俗稱准生證），都是必要的請假條件。

沒有准生證，表示員工尚未符合計劃生育政策，如果該員工沒有准生證，卻懷孕生子，則違反了計劃生育政策，按規定違反計劃生育的女員工，不能享受產假期間的生育保險待遇和產假期間的生育津貼；換言之，企業雖然放產假，但無產假期間的工資或生育津貼。

至於無准生證能否解除勞動合同的問題，由於「勞動合同法」第 42 條規定並沒

有區分計劃內或計劃外，因此以『違反計劃生育解除勞動合同』的處理方式是於法無據的。

七、請問大陸員工在六月時書面提出離職申請，但主管有跟他談及要找到接替人選，人交接完成才可以離職，他也同意了，但是他現在又說他只做到七月中，以符合「勞動合同法」第 37 條規定。但是他的離職申請書主管尚未批准，且合約也未到，應該怎麼做呢？

答：

本問題的法源依據在「勞動合同法」第 37 條。該條規定：『勞動者提前 30 日以書面形式通知用人單位，可以解除勞動合同。勞動者在試用期內提前 3 日通知用人單位，可以解除勞動合同。』換言之，員工解除勞動合同，應當提前 30 日以書面形式通知企業，這是法律法規賦予員工單方解除合同的權利，只要構成前述條件，便無須徵得企業的同意，因此員工提前解除勞動合同的，是行使辭職權的行為。

從案例所提的資訊可看出該員工完全依法行使解除權。由於員工是按照規定提出離職申請，他只要提前 30 天以書面形式向公司提出離職申請，就算完成了法律規定的合法解除勞動合同的程序，即使是企業主管不同意該員工的解除申請，也只能從人力資源管理的角度，留人留才立場規勸他，撤銷辭意。或者從離職面談或他人處瞭解真正的離職原因，設法挽留。

八、請問無固定期限合同與有期限合同的差別（經濟補償金或其他），如果一樣要付經濟補償金的話，那簽多久的勞動合同不是沒差嗎？

答：

固定期限是指企業與員工約定勞動合同終止的一定期限，具體而言就是雙方當事人在勞動合同中明確規定了勞動合同效力的起始和終止時間。當勞動合同期滿，勞動關係即告終止。如果雙方協商一致，還可以續訂勞動合同；而無固定期限是指企業與員工約定無確定終止期限的勞動合同，沒有一個確切的終止時間，但並非是沒有真正的終止時間，一旦出現法定情形就可以終止。所以無固定期限合同與有期限合同，一旦遇到「勞動合同法」第44條的第（二）項至第（六）項情形，就可以終止勞動關係：

- （二）勞動者開始依法享受基本養老保險待遇的；
- （三）勞動者死亡，或者被人民法院宣告死亡或者宣告失蹤的；
- （四）用人單位被依法宣告破產的；
- （五）用人單位被吊銷營業執照、責令關閉、撤銷或者用人單位決定提前解散的；
- （六）法律、行政法規規定的其他情形。

固定期限的勞動合同一旦終止且符合條件的就必需支付經濟補償金；無固定期限的勞動合同，除了上述第（二）、（三）、（六）項以外，勞動合同一旦終止且符合條件的就必需支付經濟補償金，依據年資長短，年資1年給1個月工資的補償金，滿半年未滿1年以1個月計，不滿半年以半個月計。

經濟補償金與勞動合同簽多久沒有關係，也與固定期限或無固定期限沒有關係，按規定一律從員工入職日起算年資。換言之，不管有無簽訂勞動合同，都視為該員工的法定年資條件。

九、我司目前正面臨大陸員工遣散的問題，按下列大陸勞動法規第 47 條的規定，例如員工小張年資共 25 年，12 個月的平均工資為人民幣 5,000 元，我司應付此員工的遣散費用如何計算呢？

答：

依「勞動合同法」第 47 條規定，經濟補償按勞動者在本單位工作的年限，每滿 1 年支付 1 個月工資的標準向勞動者支付。6 個月以上不滿 1 年的，按 1 年計算；不滿 6 個月的，向勞動者支付半個月工資的經濟補償。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 3 倍的，向其支付經濟補償的標準按職工月平均工資 3 倍的數額支付，向其支付經濟補償的年限最高不超過 12 年。本條所稱月工資是指勞動者在勞動合同解除或者終止前 12 個月的平均工資。所以員工小張年資共 25 年，12 個月的平均工資為人民幣 5,000 元。則以平均工資 5,000 元乘以他在本公司的年資年數計算經濟補償金，滿 1 年算 1 個月，滿半年未滿 1 年算 1 個月，未滿半年算半個月。合計在 25 年左右，經濟補償金為 5,000 元乘以 25 年。至於高所得者，如果該員工的工資超過該地區上年度月平均工資的 3 倍時，則以 3 倍為支付經濟補償金的標準，且只需支付 12 年的經濟補償年限即可。例如上海市去（2013）年年度月平均工資月平均工資為 5036 元，如果該員工的新資是 15,300 元，顯然超過 5,036 元的 3 倍，則今年該員工的經濟補償金以 5,036 元的 3 倍乘以年數。如果該員工年資在 12 年以上，則算至 12 年為止（即 12 個月）。案例所舉張先生月平均所得為 5,000 元，假設他是在上海離職，並未超過 3 倍。

十、2012年8月，本企業大陸公司有位員工已簽訂二次共六年期定期合同，目前第二次合同即將屆滿，但因該員工表現平平，故公司不想再簽第三次，以避免適用無限期合同。請問如果不再簽訂，每年一個月，故需支付六個月經濟補償金；解除合同後，轉予派遣公司，由派遣公司派遣至本公司擔任其他職務，年資重新計算。

答：

案例所講的已經簽了兩次勞動合同，按照時間推斷，第一次是在2008年以前訂的，按「勞動合同法」第14條規定，該員工在2008年以後應只簽一次勞動合同，尚未有第二次，不構成涉及兩次以後要簽無固定期限勞動合同的問題。因此勞動合同一到期終止不續簽，只要支付2008年以後年資的經濟補償金即可，所以按規定是五個月，另外按「勞動合同法」第97條規定，如果在2008年以前企業所在地方法規有關終止勞動合同要支付經濟補償金的規定，則貴公司還要合計2008年以前按年資應該支付的月數。

終止後該員工跟貴公司已無關係，將來該員工與派遣公司簽合同，他與該派遣公司有勞動關係，再派到貴公司工作，貴公司是用工單位，只有勞務派遣關係而已。所以案例所稱要轉予派遣公司的說法似乎不當，應當是自然終止支付了經濟補償金後，該員工再與派遣公司簽勞動合同，再由該派遣公司派到貴公司服務，這時候的年資是在派遣公司的年資。

十一、公司在大陸有一公司，員工平均年資約1年10個月，勞動合同還有1年才結束。公司決定要減少1員工，可以依勞動合同法第36條方式解除合同嗎？還是一定要照第40條方式解除合同，請問如依第40條要給多少付資遣費及經濟補償費用，是否有其他應注意事項，以及可能衍生的法律問題呢？

答：

企業依據「勞動合同法」第36條的規定，是為協商解除，進行協商解除時，以《協商解除勞動合同協議書》的模式進行解除，第36條所設計的《協商解除勞動合同》，臺灣勞動法律沒有類似的規定。這個法律條款有幾個特點，即雙方當事人都具有平等的協商解除請求權，必須雙方平等自願協商一致而達成協議，才可以解除勞動合同。最後是協商解除不受任何條件的約束，只要不違反法律的規定，不損害他人的利益即可。

協商解除勞動合同有由企業提出和員工提出兩種。常見的是由企業主動提出要解除勞動關係，亦即企業向員工提出解除，經雙方協商一致後解除勞動合同。既然是由企業提出，則企業就要在雙方協商同意後，按照協商條件支付經濟補償金。

如果依據「勞動合同法」第40條的規定，是指員工無過錯解除，依規定有三種情況（醫療期滿解除、不能勝任工作解除、客觀情況變化解除），公司要有證據，才是合法解除，同時以書面形式提前1個月通知該員工，並以「醫療期滿」或「不能勝任」或「客觀情況變化」為由，以《解除勞動合同通知書》模式進行解除。亦可支付1個月的通知金馬上離職，並按年資支付經濟補償金。

不論是依據第36、40條規定解除員工的勞動關係都要支付經濟補償金。「勞動合同法」第47條規定，經濟補償按勞動者在本單位工作的年限，每滿1年支付1個月工資的標準向勞動者支付，6個月以上不滿1年的，按1年計算，不滿6個月的，向勞動者支付半個月工資的經濟補償。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 3 倍的，向其支付經濟補償的標準按職工月平均工資 3 倍的數額支付，向其支付經濟補償的年限最高不超過 12 年。本條所稱月工資是指勞動者在勞動合同解除或者終止前 12 個月的平均工資。



行政院大陸委員會

臺北市濟南路一段二之二號十五~十八樓

電話：886-2-23975589

傳真：886-2-23975281

網址：<http://www.mac.gov.tw>

電子信箱：macst@mac.gov.tw