

中國勞動爭議處理與勞動合同法： 程序法上觀點*

李 錦 智

(台灣首府大學企業管理學系助理教授)

摘 要

中國勞動關係調整之法制架構分為事前規制、事後矯正二區塊。前者為實施勞動標準、推動集體合同、實行勞動合同制；後者則含勞動監察，與勞動爭議處理制度。歷次勞動法規制定過程中，勞動爭議處理規範向與勞動條件規範相應制定。蓋法諺云「有權利即有救濟」，中國勞動規範制定亦不例外，2007 年勞動合同法與勞動爭議調解仲裁法同年緊接制定，可謂典型。特別是，勞動爭議處理程序所受理之案件，將由勞工身分保障爭議轉向勞動合同履行爭議為主。勞動爭議調解仲裁法所建構爭議處理程序受理與進行，即需參照勞動合同法相關規定，始能理解爭議處理程序實然問題，及勞工保障實際情形。

關鍵詞：勞動爭議處理、勞動合同、勞動監察、勞動仲裁

* * *

壹、前 言

回顧中國勞動法制歷程，呈現舟波建構現象。第一波自 1980 年代中期，1986 年國務院連續發布國營企業四項暫行規定，^①及 1987《國營企業勞動爭議處理暫行規定》，奠定以勞動合同推展為基礎之法規架構。第二波為 1990 年代中期，以 1995 年《勞動法》實施前後為中心，制定 1993 年《企業勞動爭議處理條例》(後略稱：勞爭條例)、1993 年《勞動監察規定》、1996 年《企業職工工傷保險條例試行辦法》，勞動

* 本文經多次審查與修正，作者甚感謝匿名審查委員悉心斧正使本文論述更為周詳。

註① 四項暫行規定以《國營企業施行勞動合同制暫行規定》為核心，併《國營企業招用工人暫行規定》、《國營企業辭退違紀職工暫行規定》、《國營企業職工待業保險暫行規定》所構成，參照：夏種智，*勞動立法學概論*（北京：中國勞動出版社，1991 年），頁 88。

法規適用主體不再侷限於國營企業，確認勞動力市場朝私有企業擴大認定之現象。第三波從 2000 年後，國務院 2000 年發布《煤礦安全監察條例》至 2003 年《工傷保險條例》、《勞動保障監察條例》（後略稱：勞動監察條例），^②勞動法規制定初以保障勞工、提升勞動條件為重心。2007 年全國人大常委會通過勞動三法：《就業促進法》、《勞動合同法》、《勞動爭議調解仲裁法》（後略稱：勞爭調解仲裁法），則為第三波立法之高峰。

至此，中國勞動法規已擺脫配合固定工制轉型過渡階段，以規範勞動力市場中主體權利關係為準。其等規範可分為事前規制、事後矯正兩類，事前規制如實施勞動標準、推動集體合同、實行勞動合同制；事後矯正則含勞動監察與勞動爭議處理制度。^③蓋法諺有云「有權利即有救濟」（Where there is a right, there is a remedy.），權利救濟與權利本身不可分，各類型權利爭議處理程序建構之必要正為此故。此觀 2007 年勞爭調解仲裁法草案本排至 2007 年 8 月始提出初審。但 2007 年 6 月《勞動合同法》通過後，同年 8 月後全國人大常委會第 29、30、31 會議加速審查並於 12 月 29 日通過。^④勞爭調解仲裁法之加速立法顯係受到勞動合同法提早通過之影響，而在 2007 年最後一刻通過制定。^⑤

惟就社會輿論與勞動關係研究所聚焦，2007 年勞動三法中《勞動合同法》最受重視。原因無他，《勞動合同法》不僅對修正既有勞動合同實務問題，更針對勞動關係中脫法現象試圖一併解決，擴大該法影響層面。^⑥相對之下，權利救濟性質之勞動爭議處理程序與規範爭點，顯受到較少關注，要如：（1）非法用人單位與勞工有無爭議當事人資格、（2）支付令與裁審關係、（3）事業單位內人事爭議與勞動爭議程序劃分、（4）勞動仲裁與勞動監察管轄區分、（5）責令賠償金、經濟補償混淆之修正。此等問題雖依「新法優於舊法」適用原則，勞動爭議處理程序應以勞爭調解仲裁法為據，但在勞動合同配套立法之背景下，須併《勞動合同法》程序特別規範方能釐清勞工保障真實面。且自 1995 年《勞動法》實施以來各章受全國人大常委會或國務院之解釋補

註② 「當前勞動爭議多發 中國立法加大對勞動者保護」，中國新聞網，2007 年 8 月 25 日，<http://www.chinanews.com.cn/gn/news/2007/08-25/1010443.shtml>；「我國立法加大對勞動者保護」，中國人大網，2007 年 8 月 25 日，http://www.npc.gov.cn/npc/xinwen/lfgz/lfdt/2007-08/25/content_370664.htm。

註③ 王文珍、張世誠，「勞動爭議調解仲裁法的新突破 起草者的解讀」，中國勞動（北京），第 2 期（2008 年 2 月），頁 7。

註④ 立法計畫內容，參閱：「全國人大常委會 2007 年立法計畫」，中國人大網，2006 年 12 月 15 日，http://www.npc.gov.cn/npc/xinwen/rdyw/wj/2007-05/10/content_365233.htm。

註⑤ 中國學界從《勞動法》實施後勞動爭議增加之經驗中，認《勞動合同法》實施將使勞動爭議發生達一高峰，勞爭亦為勞爭調解仲裁法制定主要因素之一。此參閱：王全興，「勞動爭議調解仲裁法的出臺背景」，人力資源（北京），第 11 期（2008 年 6 月），頁 8。再者，《勞動合同法》和勞爭調解仲裁法的實施，釋放出長期積累之勞動爭議形成所謂「井噴」現象。此參閱：「勞動爭議案『井噴』 凸顯新法威力 法官詳解案件新特點」，人民網，2008 年 7 月 30 日，<http://acftu.people.com.cn/GB/67561/7582389.html#>。

註⑥ 《勞動合同法》之簡評，可參閱：衛民，「2008 年中國勞動三法的內容分析」，台灣勞動評論，第 1 卷第 2 期（2009 年 12 月），頁 115~143。

充。《勞動法》已為勞動關係之普通法定位，中國勞動關係權利義務更有賴居特別法之《勞動合同法》與勞爭調解仲裁法之實踐；勞動爭議處理更隨爭議處理法制化，而需轉聚焦於程序規範之深究。^⑦

附者，2008 年後該三法即將施行，但中國政府對於既有勞動法、部門規章、地方法規、司法解釋等並未重新確定其效力，縱基於新法優於舊法原則，勞爭調解仲裁法應優先適用於勞爭處理，但勞動法規間彼此若矛盾之處，仍將影響實務之運作。^⑧特別是，2001 年以來最高人民法院採取「司法政策化」態度，接續頒布具有實質立法效力之司法解釋介入勞動爭議處理。^⑨此等司法解釋於勞爭調解仲裁法、《勞動合同法》施行後適用關係亦應予以釐清。

貳、勞動爭議處理程序

《勞動爭議調解仲裁法》體例上與勞爭條例相若，共分為總則、調解、仲裁、附則各章；仲裁為法定必經程序，一裁（仲裁）二審（訴訟）之處理程序仍為本法援用。^⑩因據勞爭調解仲裁法第 4、5 條明文，發生勞動爭議時勞動者可與用人單位協商，亦可由工會或者第三方共同與用人單位協商；當事人不願協商、協商不成或者達成和解協議後不履行的，得申請調解；不願調解、調解不成、調解後不履行時，當事人得提出仲裁；對仲裁不服者，除另有規定外，可向人民法院提起訴訟。

勞動爭議處理程序為協商、調解、仲裁、訴訟。此四項處理程序是以具強制性之勞動仲裁為核心，以司法救濟為最終方式。因不願協商或調解者可申請仲裁，但並無不願仲裁可直接提起勞動爭訟，起訴以仲裁裁決不服為前提，而使勞動仲裁為必要性、強制性之處理程序。此即為中國勞動爭議處理程序甚為關鍵「仲裁前置」原則，仲裁前置與勞動訴訟掛鉤形成「裁審關係」，更為中國勞動爭議處理重要議題。^⑪

註⑦ 中國勞動法學權威常凱教授指出，以政府主導著重於個別勞動關係之調整，到逐步過渡到集體關係的構建與調整，是中國勞動關係發展的基本趨勢與調整路線。常凱編，**中國勞動關係報告：當代中國勞動關係的特點和趨勢**（北京：中國勞動社會保障出版社，2009 年），頁 53。反映在勞動爭議制度上，《勞動合同法》立法不僅提供個人權利事項界定之基礎，更提供集體勞動關係建構之素材，故集體協商、集體爭議、工會當事人資格等爭議程序當事人權益，為未來爭議處理制度重心。

註⑧ 王泰銓，**中國法律通論**（下冊）（台北：新學林出版社，2009 年），頁 490。

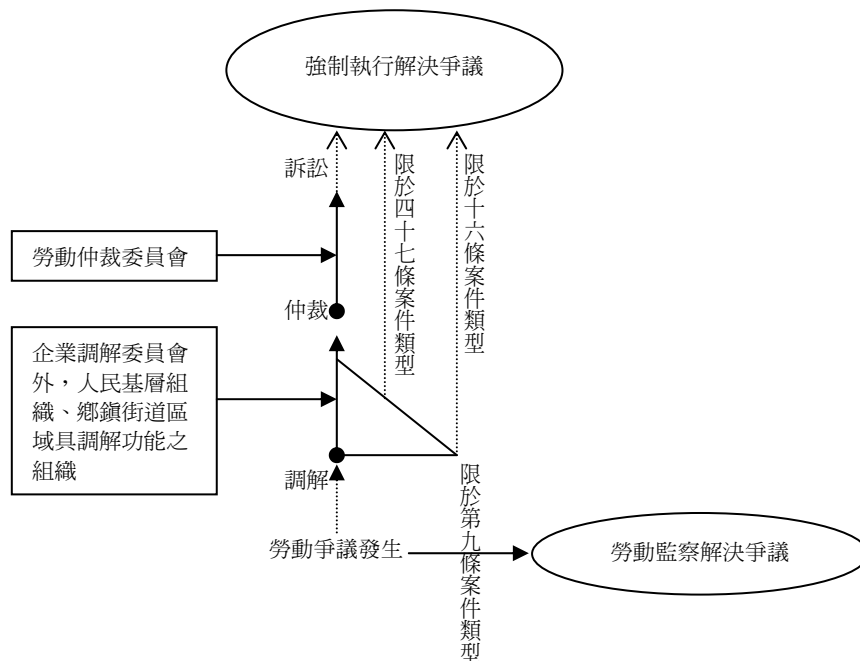
註⑨ 中國學者認為最高人民法院面對勞動調解式微、勞動仲裁虛級化之現實，乃採「司法政策化」手段依照勞動爭議特徵改變訴訟程序，以因應社會期待。董保華，「論我國勞動爭議處理立法的基本定位」，**法律科學**（西安），第 2 期（2008 年 4 月），頁 152。

註⑩ 參照勞動暨社會保障部「關於印發勞動爭議調解仲裁法宣傳提綱的通知」中宣傳提綱第三點。本通知查閱：「關於印發勞動爭議調解仲裁法宣傳提綱的通知」，**中國勞動和社會保障部**，2008 年 2 月 22 日，http://www.gov.cn/gzdt/2008-02/22/content_897718.htm。

註⑪ 中國學者周開暢對中國文獻分析，指出針對裁審關係發展應採取單軌制或多軌制即有兩百多篇討論。仲裁前置參閱：徐智華，「勞動爭議仲裁制度的缺陷與完善」，**法學評論**（湖北），總第 122 期（2003 年 6 月），頁 145。裁審關係說明，參閱：周開暢，「勞動爭議處理體制研究綜述」，**中國勞動**（北京），第 3 期（2004 年 3 月），頁 22。

與勞爭條例相較，勞爭調解仲裁法採先調解後仲裁（先調後裁）、經仲裁再起訴（先裁後審）之兩階段程序並無更改。該法透過賦予部分爭議類型經調解、仲裁或勞動監察手段予以解決，簡化爭議處理程序，其目的在於降低既有程序效率不彰之現象，而非改變「調、裁、審單軌制」^⑫之處理架構。勞動爭議處理體制架構，要如下圖：

圖 1 勞動爭議處理單軌程序



資料來源：鄧學良、李錦智，「中國勞動爭議非訟程序解決機制：調解與仲裁」，頁 87。

再者，中國勞動爭議處理有一先決問題：界定勞動爭議事件者始能以勞動爭議處理程序受理。勞資間所生之爭議並非皆可進入勞動爭議處理程序予以解決。中國學者將其稱為勞動爭議處理之請求權，分為實體上、程序上兩種請求權；^⑬程序上並因中國勞動爭議由非訟、訴訟連貫解決，而使此一請求權亦包含訴權部分，且較民事訴訟上訴權概念更為廣泛。^⑭而此一先決問題包含兩項受理程序要件：(1) 主體要件：當事人

註⑫ 調、裁、審單軌制是指勞動爭議處理實務是經過調解、仲裁而後訴訟之單軌路徑解決，略過調解而仲裁，乃實務罕見之事。故勞動爭議處理程序較一般民事糾紛解決，程序更為冗長，爭議處理效率更令人質疑。調、裁、審單軌制現象之說明，參閱：鄧學良、李錦智，「中國勞動爭議非訟程序解決機制：調解與仲裁」，*中國大陸研究*，第 51 卷第 2 期（2008 年 6 月），頁 75。

註⑬ 王全興，*勞動法*（北京：法律出版社，2008 年），頁 427。

註⑭ 中國勞動爭議處理向強調非訟程序需與訴訟程序相銜接，現實上甚至有「仲裁程序司法化」之現象。故訴訟外程序中勞動調解、勞動仲裁考量當事人程序地位銜接，比照訴訟程序以勞方、用人單位元兩造程序地位對等為原則乃屬必然。此可謂擴大訴權於非訟程序中。關於仲裁程序司法化，參閱：歐陽瓊，「試論勞動爭議的分類處理」，*中國勞動*（北京），第 7 期（2007 年 7 月），頁 66。

資格需為用人單位與勞工、(2) 客體要件：爭議事由須為勞動關係所生爭議。

參、勞動爭議受理要件

主體要件包含勞工與用人單位，前者為自然人皆可，後者則因涉及中國國有企業轉型及私人企業法律上地位承認發展，其內涵較為複雜。首先，自勞爭條例第 2、3 條明文，中國境內各企業，職工與企業為爭議當事人；合以後施行之《勞動法》77 條更將勞動爭議主體擴及「用人單位」與勞動者，並不限於企業組織。此對照 1995 年「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 84 條認定：(1) 國家機關、事業組織、社會團體與單位內工人及其他與之建立勞動合同關係的勞動者間；(2) 個體工商戶與幫工、學徒間；(3) 軍隊與武警部隊內事業組織或企業，與無軍籍之職工間，合於勞動爭議受理事件範圍，勞動爭議仲裁委員會應受理。非商業組織性質之國家機關、事業組織、社會團體、軍隊、武警機構亦可透過簽訂勞動合同成為勞動爭議之用人單位。勞動爭議主體並非僅限於企業，而廣泛包含具有勞動力使用之組織機構，行業差異並不影響勞動爭議處理程序之適用。

次者，客體要件之爭議事由認定依據勞爭條例第 2 條規定為：(1) 企業除名、開除、辭退職工，與職工辭職、自動離職發生之爭議；(2) 執行有關工資、福利、保險、培訓、勞動保護法規所生爭議；(3) 履行勞動合同之爭議；(4) 法律、法規應當依照本條例處理之其他爭議。勞爭條例是以保障勞工身分為重心，並以勞動條件法規落實與勞動合同之履行，拘束勞動爭議事件認定之範疇。

勞爭調解仲裁法亦承接上述以主體要件與客體要件交集之方式，認定勞動爭議事件受理範圍。^⑮該法第 2 條明文：「境內的用人單位與勞動者發生的下列爭議，適用本法：(1) 因確認勞動關係發生的爭議；(2) 因訂立、履行、變更、解除和終止勞動合同發生的爭議；(3) 因除名、辭退和辭職、離職發生的爭議；(4) 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；(5) 因勞動報酬、工傷醫療費、經濟補償或者賠償金等發生爭議的；(6) 法律、法規規定的其他勞動爭議」。本條擴大勞爭條例「履行勞動合同之爭議」一項，增列確認勞動關係存在、履行勞動合同、勞動合同特定金錢給付爭議，勞動爭議事件認定顯轉以勞動合同為準。但其他勞動爭議事件為何？又「用人單位」於該法中無其他明文，是否繼受勞爭條例階段之認定範圍？即《勞動合同法》施行對勞動爭議事件與用人單位之界定，究有何影響。

註⑮ 薛長禮、柴偉偉，「勞動爭議處理受案範圍的規範分析」，河北法學（河北），第 31 卷第 3 期（2011 年 5 月），頁 139。

一、主體要件：用人單位

「用人單位」內容，如前述勞爭條例、《勞動法》已有相當明文。總而言之，用人單位概念內容以垂直面向理解，其最低適用主體門檻為個體經濟組織性質之「個體工商戶」；以水平面向理解，適格勞動爭議主體為實施勞動合同制之企業、國家機關、事業組織、社會團體，不以法人資格具備為條件。相較之下，勞爭調解仲裁法對於用人單位並無其他定義性說明，用人單位係透過規範客體所涉當事人加以認定。此與台灣勞動法制甚有差異，台灣基本勞動條件以「行業別」區分為有無適用勞動基準法，勞動基準法第 3 條為其依據；勞動爭議處理程序之當事人資格不受勞動基準法適用之影響，僅需符合勞資爭議處理法第 5 條第 1 款有權利事項或調整事項發生時，有勞動爭議處理程序適用。台灣勞動法制將勞動條件爭議發生，與勞動條件爭議處理程序要件分割認定，但中國勞動爭議處理程序之當事人則需具備締結勞動合同之資格。故中國《勞動合同法》實施不僅在於確保勞工之勞動條件，更在於勞動爭議處理程序上與當事人資格相涉。

換言之，依照勞爭調解仲裁法第 2 條明文適用之六類事件，其以解決勞動合同爭議為主，勞動爭議中用人單位以《勞動合同法》所適用主體為準。依《勞動合同法》第 2 條列舉用人單位有：(1) 企業、(2) 個體經濟組織、(3) 民辦非企業組織、(4) 國家機關、事業單位、社會團體與勞動者建立勞動關係者。「用人單位」與「雇主」一詞並無不同。¹⁶勞爭調解仲裁法內「用人單位」界定乃準用《勞動合同法》規定承接既有企業為主，國家機構、事業單位、社會團體為輔之範疇，並有以下幾項改變。

(一) 垂直面向：個人合夥納入

「關於貫徹執行《中華人民共和國勞動法》若干問題的意見」第 2 條第 1 款，對個體工商戶界定為雇工 7 人以下個體工商戶，明顯侷限個體經濟組織適用範圍。因《民法通則》第 26、27、30、33 條個體經濟組織有：(1) 個體工商戶、(2) 個人合夥、(3) 農村承包經營戶。個體工商戶、個人合夥同需登記註冊，農村承包經營戶則不以登記為必要，但皆負無限責任；農村承包經營戶、個體工商戶得以個人登記經營，亦得以家庭為單位登記經營。個人合夥與勞動者建立之勞動供給關係不適用《勞動法》之現象，對勞工保障不足引起批判。

註 16 《勞動合同法》第 2 條「用人單位」英譯如下：「This Law shall apply to the establishment of employment relationship between employees and enterprises, individual economic organizations, private non-enterprise entities, or other organizations (hereafter referred to as employers),.....」。此檢索自北大法律英文網：「Labor Contract Law of the People's Republic of China」, *Law Info China*, <http://www.lawinfochina.com/index.asp>。「單位」一詞應沿襲改革開放前單位制而來。《勞動合同法》中用人單位中、英譯詞不同，反應中國對「雇主」資格之承認仍相當保守，僅在條文英譯採用雇主一詞，但在中文條文中仍維持「單位」用語。

中國學者認為農村承包經營戶不需向工商行政部門登記註冊，純屬個人經營，與《勞動法》當事人要件相距甚遠，排除於《勞動法》管轄外為合理，個人合夥與個體工商戶性質相似，最具代表者為律師事務所係從事業單位改制為個人合夥制，將個人合夥與農村承包經營戶一併排除於《勞動法》適用，並不妥當。^⑪此依《勞動合同法》第 2 條所示「境內的企業、個體經濟組織、民辦非企業單位等組織」，對「等組織」認定為前三項組織外，其他非利用國有資源建立之組織與勞動者建立勞動關係，包含組織形態採取合夥制或合作制之會計師事務所、律師事務所，^⑫而使勞動爭議處理程序得適用主體，包含非公有制下個人合夥之經濟組織。

（二）水平面向：非營利組織納入適用

勞爭條例對用人單位界定為企業、國家機關、事業單位、社會團體，其中企業概有勞動關係主體適用，非企業組織以勞動合同訂立有無為判斷。然而隨經濟成長，非公有組織在不同公共事務上參與之形態與能力，早非限於民間企業從事經濟活動範疇，民辦醫院、民辦學校、民辦博物館等非營利組織相繼出現。以民辦醫院為例，2000 年發布《中外合資合作醫療機構管理暫行辦法》開放外資（包括台資）以合資方式開設醫院，由此開啓台資企業醫療西進；同年獲准興建旺旺集團的長沙旺旺醫院、台塑集團的廈門長庚醫院以及明基電通的南京明基醫院，福特六和、潤泰、華泰電子等台商分別在杭州、上海、昆山投資醫院。^⑬非營利組織於引用企業資金、技術、管理能力下，形成組織與雇工規模將不少於工廠或生產線。若將用人單位侷限於企業，不僅昧於現實且對勞工保護無異視而不見。從而《勞動合同法》第二條明文，民辦非企業單位等組織為「用人單位」，勞動爭議主體亦同此規定解釋，認定民辦非企業組織應包含於勞爭調解仲裁法第 2 條用人單位中。

（三）水平面向：擴大事業單位內人員適用範圍

與前述私部門非營利組織或合夥組織納入勞動爭議適用相較，公部門在有無勞動合同或勞動爭議適用之問題則較為複雜，尚涉及事業單位轉型與公務員制度建構之問題。因中國事業單位設定本質上是為負擔公共事務，與科研、教育、醫療等公共政策實踐緊密結合。若按事業單位之功能，可分為：^⑭（1）社會服務中純事業單位，如中

註⑪ 蘇淵明、黃秀萍，「淺析勞動爭議案件受理範圍及當事人種類」，中國勞動（北京），第 11 期（2004 年 11 月），頁 31。復依「關於印發『關於貫徹執行《中華人民共和國勞動法》若干問題的意見』的通知」第 4 條明文，農村勞動者僅有鄉鎮企業職工、進城務工、經商的農民外，餘無勞動法適用。故農村經營承包戶所雇農務幫工無勞動法適用。

註⑫ 全國人大常委會法制工作委員會編，中華人民共和國勞動合同法律釋義（北京：法律出版社，2008 年），頁 6。

註⑬ 「台灣醫界大陸尋找第二春」，新華網，2007 年 10 月 31 日，http://news.xinhuanet.com/tai_gang_ao/2007-10/31/content_6976371.htm。

註⑭ 黃河濤、趙健傑編，經濟全球化與中國勞動關係重建（北京：社會科學文獻出版社，2007 年），頁 225~226。

小學、科研院所；(2) 社會服務中非純事業單位，如醫院、大學；(3) 實行企業化管理的事業單位，如出版社、雜誌社；(4) 國家機關中決策分析之事業單位，如國家機關內研究中心；(5) 國家機構改革中改以事業單位形態，繼續行使部分行政職能，如行業總會。如以事業單位財政獨立與否，中國事業單位可分為三類：①由政府全額撥款、差額撥款的事業單位及收支自負的事業單位。

事業單位績效標準，與社會服務功能更複雜於以產銷或商業服務等經濟活動為主之國有企業，事業單位改革晚發於国企改革實出有因，其人事制度之改革當同。但隨經濟改革，國家機關職能不同程度的發生轉變，中國政府較明確自身行使市場管理和公共管理職能，使公務員制度因應而生；事業單位人事制度亦開始改革而破除終身制，管理體制上沿著「兩邊靠」方向變革，大部分事業單位朝向企業化體制管理，少部分事業單位靠向公務員式管理體制。②

此一現象應是自「國務院辦公廳轉發人事部《關於在事業單位試行人員聘用制度意見》的通知」(國辦發〔2002〕35 號，後稱聘用制度意見)實施之影響。該聘用制度意見第一點明文：「事業單位除按照國家公務員制度進行人事管理的以及轉制為企業的以外，都要逐步試行人員聘用制度。對事業單位領導人員的任用，根據幹部人事管理許可權和規定的程序，可以採用招聘或者任命等形式。」。③顯現事業單位向政府機構與企業組織兩方向改制，未改制者則由聘用制確定內部人事制度；透過逐步試行聘用制度，緩衝事業單位人事改革於公務員制度，與勞動合同制度之間。

然事業單位人事制度在員額編制限制與業務擴大需求下，各事業單位大量編制外其他人員，造成單位人員結構複雜與管理分割，④使事業單位人事制度改革困難。此綜觀事業單位人員結構，可歸納為：(1) 編制內簽訂聘用合同人員、(2) 編制內無須簽訂聘用合同人員、(3) 編制外人員採取企業化管理，與事業單位簽訂勞動合同、(4) 勞務派遣人員，透過勞務派遣方式招用。⑤若排除具三邊關係(派遣單位、勞工、受派單位)之勞派人員，事業單位內尚有編制內需定約、編制內無需定約，及編

註① 全國人大常委會法制工作委員會編，中華人民共和國勞動爭議調解仲裁法釋義(北京：法律出版社，2008 年)，頁 184。

註② 黃河濤、趙健傑編，前引書，頁 226。《公務員法》第 106 條明文，對具備公共事務管理功能之事業單位，批准適用公務員法者，該單位內人事區分為工勤人員與適用公務員法工作人員。故事業單位轉制為政府機構者，其內部人事與一般政府機構相同，皆以勞動關係或公務員關係決定用人單位與工作人員間權益關係。

註③ 「國務院辦公廳轉發人事部『關於在事業單位試行人員聘用制度意見』的通知」，中國政府網—國務院公報，2009 年 8 月 20 日，http://www.gov.cn/gongbao/2009/issue_1836.htm。事業單位聘用制更早期見於「深化幹部人事制度改革綱要」(2000 年 6 月)，此綱要應屬中共中央政策檔，論及黨政幹部、國企人事、事業單位人事改革 2000 年至 2012 年之目標，更進一步表明應制定「事業單位聘用制條例」。從此檔可知試行聘用制度意見仍屬極為初步階段之嘗試。「深化幹部人事制度改革綱要」，中國政府網—國務院公報，2009 年 8 月 20 日，http://www.gov.cn/gongbao/2009/issue_1836.htm。

註④ 同註②，頁 185。

註⑤ 同前註。

制外簽訂勞動合同三類人員，足顯現事業單位人事制度複雜。此一龐雜現象導致立法討論時，事業單位人員是否皆納入《勞動合同法》，或合於勞動爭議主體，有相當爭執。

支持事業單位人員應納入者，認為事業單位推行聘用制後，事業單位與勞動者透過雙向選擇與協商締結勞動關係，人員已非終身制不再具有傳統幹部身分，事業單位與企業在勞動市場上皆屬平等地位之用人主體；勞動、人事爭議雙分立之體制，已不適用於市場化的勞動關係運行。^⑥此主張著重於事業單位就用人關係上，與企業相同，透過聘用合同之雙邊、合意建構用人關係；合意締結之聘用合同與勞動合同無異，無須另立人事爭議處理程序。

反對意見者認為，國家機關、事業單位、企業屬於三種不同屬性之組織，本質不同而用人制度亦存在根本不同；國家機關實行公務員制度，事業單位承擔政府公共服務職能，是非營利事業機構，理論上應實行公職人員管理制度；企業採取市場化配置，有較充分用人自主，三者與工作人員間爭執不宜合併管理。^⑦此看法則是以組織功能本質不同，內部人事制度亦當不同；聘用制度之引用，亦無法超越組織定性不同之前提差異，而應各有不同爭議處理制度。

最終《勞動合同法》第 96 條規定，事業單位與實施聘用制之工作人員訂立、履行、解除或終止勞動合同時，除法律、法規或國務院另有規定者，依照《勞動合同法》執行。勞爭調解仲裁法第 52 條有與之相應規定，事業單位實行聘用制工作人員與之發生爭議時，除法律、法規或國務院另有規定者，依照該法規定。但《勞動合同法》與勞爭調解仲裁法對於事業單位同調規定，實充滿妥協、折衷意味。

一因，因事業單位前述用人結構三項來源中，《勞動合同法》擴大適用於編制內且立有聘用合同之勞工，僅餘編制內適用聘用制但無簽訂聘用合同之工作人員，尚無納入勞動合同與勞動爭議處理程序適用。與勞爭條例階段僅有編制外、派遣工適用勞動爭議程序解決合同糾紛，《勞動合同法》、勞爭調解仲裁法適用範圍固有擴張。但其等亦形成編制內人員，僅因有無簽訂聘用合同而使合同關係與爭議處理程序之差別對待，不甚合理。唯一可得理解之原因，應為聘用制度處逐步適用，編制內人員即刻全數適用聘用制並不可能而需妥協此一現實。

二因，《勞動合同法》第 96 條、勞爭調解仲裁法第 52 條實與「關於人民法院審理事業單位人事爭議案件若干問題的規定」（法釋〔2003〕13 號）第 1 條所定，事業單位與工作人員因聘用合同發生辭職、辭退、履行爭執時「適用勞動法規定處理」見解一致。但最高人民法院 2004 年「關於事業單位人事爭議案件適用法律等問題的答覆」（法函〔2004〕30 號）隨即限縮適用。本答覆係針對「關於人民法院審理事業單位人事爭議案件若干問題的規定」中聘用合同爭議「適用勞動法規定處理」解釋；指出所謂適用《勞動法》規定處理，是依《勞動法》所定爭議處理程序規定處理爭議，

註⑥ 同註②，頁 186~187。

註⑦ 同前註。

並非聘用合同內容應依《勞動法》規範；僅在無相關規定時，人民法院在聘用合同實體內容上，始可適用《勞動法》規定。即該解釋解決事業單位內人事爭議求助無門之問題，確認爭議解決之程序利益，但對於實體關係是否合理仍尊重國務院等相關規定。中國法律制度循行政法規實踐經驗，而後歸納立法之法律制度特點，^⑧在事業單位人事制度改革上充分顯現。《勞動合同法》第 96 條、勞爭調解仲裁法第 52 條「法律、法規或國務院另有規定者」，正為此種制度發展預留伏筆，折衷配合行政部門主導聘用制試行階段之實際條件。

二、客體要件：爭議事由

（一）勞動合同爭議

勞爭條例所適用之勞動爭議事件，如前述以保障勞工身分為重心，並以勞動基準法規落實與勞動合同履行爭執，限縮勞動爭議事件範疇。此係因勞爭條例之施行背景為固定工制與勞動合同工制併存；^⑨其處於勞動合同制全面實施前，兩用工制度交錯之際，規範重點以確保「固定工」向「合同工」轉制過程中其勞工身分不致受有違法侵害。勞動基準法規落實與勞動合同履行爭議之解決，則為勞爭條例次要之目的。勞爭調解仲裁法與之相較，其適用範圍第 2 條 1 款事實勞動關係之確認、2 款勞動合同締結與履行、5 款勞動合同中金錢給付之爭議，擴大原勞爭條例「履行勞動合同」一項之規定。

且勞爭調解仲裁法可謂接納最高人民法院 2001 年「關於審理勞動爭議案件適用法律若干問題的解釋（一）」（法釋〔2001〕41 號）之規定。該解釋第 1 條明文下列糾紛，屬於《勞動法》第 2 條規定的勞動爭議：（1）勞工與用人單位履行勞動合同發生的糾紛；（2）勞工與用人單位間無訂立書面勞動合同，但已形成勞動關係後發生的糾紛；（3）勞工退休後，與尚未參加社會保險統籌的原用人單位因追索養老金、醫療費、工傷保險待遇和其他社會保險費而發生的糾紛。其明顯與《勞動合同法》配套制定，規範客體以勞動合同為重，附繼受勞爭條例階段保障勞工身分及勞動基準落實之目的。

（二）擴大附隨義務認定

前段所述適用客體重心之改向，象徵勞動合同制漸脫離與固定工制之緩衝期，而成為勞動關係軸心。勞爭調解仲裁法第 2 條 6 款補充條款，「其他勞動爭議」仍應以解

註⑧ 依據立法法第 11 條、第 56 條 3 款全國人大或其常委會授權，由國務院試行後歸納，再行立法。

註⑨ 王全興、吳文芳，「『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』的不足及其完善」，法學（上海），第 10 期（2002 年 10 月），頁 58。勞爭條例第 2 條規定為：（1）企業除名、開除、辭退職工，與職工辭職、自動離職發生之爭議；（2）執行有關工資、福利、保險、培訓、勞動保護法規所生爭議；（3）履行勞動合同之爭議；（4）法律、法規應當依照本條例處理之其他爭議。

決勞動合同爭議為目的。《勞動合同法》第 50 條對增列勞動合同附隨義務爭議，使勞動合同爭議最大化被納入勞動爭議處理程序正為典型。依據《勞動合同法》第 50 條，勞動合同解除或終止用人單位必須出具合同解除或終止證明書；15 日內辦理勞工檔案與社會保險關係移轉手續。勞動合同解除或終止後，用人單位應發給勞工勞動合同解除證明與勞工保險檔案移轉，有勞動合同解除之附隨義務。參照立法說明，此係勞動關係實務中用人單位普遍扣留勞工檔案，不明確告知勞工社會保險費繳納情況；勞動合同解除證明則為勞工辦理失業登記所需文件，賦予用人單位必須出具證明之義務而專有此規定。^⑩

勞動合同附隨義務概念可回溯自最高人民法院「關於人民法院對集體企業退休職工為追索退休金而提起的訴訟應否受理問題的復函」（1993 年 4 月 15 日）認定：「職工退休後雖然與企業已不存在勞動關係，但他們過去在崗位上履行的勞動義務仍是其退休後享受養老保險金的前提和基礎條件，而且其退休金的計算也需要企業提供依據。據此，集體企業退休職工因追索退休金而與企業行政發生的爭議可視為勞動爭議」。就本解釋可知中國勞動爭議是以勞動關係續存為適用對象，若所爭勞工已退休則不在其中。但最高人民法院因退休待遇所需事證與勞動關係存續期間相關，將其認定為附隨義務而以勞動爭議處理。《勞動合同法》將人事、保險檔案移轉視為附隨義務一種，亦符合此解釋精神。

然最高人民法院 2006 年「關於審理勞動爭議案件適用法律若干問題的解釋（二）」（法釋〔2006〕6 號）第 5 條規範，勞動者於勞動合同解除或終止後，向用人單位請求返還定金、保證金、抵押金、抵押物，或辦理人事檔案、社會保險移轉手續發生爭議時，經勞動仲裁委員會仲裁後，當事人得向人民法院起訴。《勞動合同法》對之附隨義務認定並不相同，如何解決二者之適用？此需回溯最高人民法院 2006 年解釋之背景與目的。

因中國勞動合同實務中，用人單位往往以工作風險分配，要求勞工繳交保證金、勞動合同定金、工作服裝及工具押金、入廠押金、風險金為簽訂合同條件。^⑪此一問題之嚴重，早就於 1995 年「關於貫徹執行勞動法若干問題的意見」（勞部發〔1995〕309 號）第 24 條規定所禁止，明示簽訂勞動合同時用人單位不得以任何形式向勞工收取定金、保證金、抵押金或實物代替，違反者由公安與勞動行政部門責令返還。此類用人單位單方要求勞工負擔簽訂合同條件之行為本屬違法，又給付原因勞動合同解除後更應返還，返還請求與勞動關係存續與否並無相關，本不應將其視為勞動爭議而適用仲裁前置程序。

但最高人民法院擴張解釋附隨義務範圍，藉認定人事檔案及社會保險移轉屬勞動

註 ⑩ 全國人大常委會法制工作委員會編，中華人民共和國勞動合同法釋義，頁 188。

註 ⑪ 黃松有編，最高人民法院勞動爭議解釋的理解與適用（北京：人民法院出版社，2006 年），頁 224；蔡建輝，「五類糾紛可直接進入法院訴訟程序」，中國勞動（北京），第 7 期（2006 年 7 月），頁 20。

合同附隨義務爭議，對本屬不當得利返還請求性質之非法押金返還請求，亦認定為勞動爭議。從解釋理由知其考量此類保證金、押金返還雖可由投訴、舉發方式向公安或勞動監察部門主張權利，但實際上勞工為就業機會勞工不願意得罪用人單位，不願或不敢行使此一權利，至勞動關係解除後勞工為儘速解決勞動爭端，提出勞動仲裁後對裁決不服，人民法院對此類案件不予受理則對勞工合法權益無法充分保障。^⑳且用人單位對受解除勞動合同之勞工不退還保證金，或對主張解除合同勞工對公司有損失予以扣留，亦形成勞動爭議發生主要原因；^㉑用人單位藉生產資料佔有者之優勢，指摘勞工未完全履行合約義務而拒絕返還。

另有折衷意見認為，此類請求不宜以勞動爭議為由受理，但勞動關係解除後勞工求儘速解決爭端提出仲裁，不服仲裁向法院起訴，人民法院若不予受理則對勞工權益難以實現。^㉒故勞工選擇以勞動仲裁方式請求返還保證金，人民法院不能以該請求屬於民事事件而不予受理。《勞動合同法》第 50 條係延續最高人民法院 2006 年解釋（法釋〔2006〕6 號）第 5 條關於人事檔案、社會保險移轉爭議之認定。最高人民法院擴張解釋，向用人單位請求返還定金、保證金、抵押金、抵押物之請求，雖《勞動合同法》增定附隨義務未予明文，性質亦非屬勞動合同附隨義務，但就增加勞工請求救濟途徑及學說多數亦與支持，該等擴大解釋之附隨義務範圍仍有適用。

肆、爭議處理程序進行

以勞動保障差異化之立法原則而論，^㉓《勞動合同法》係以實體權利規範實現優先勞工保障目的，與勞爭調解仲裁法為實體與程序法二分，至為清晰。但《勞動合同法》為貫徹勞動合同實施，另定有「勞動監察」與「法律責任」專章（第 6、7 章），且分於本法第 18、26、30、56、85、93 條中對勞動爭議明示解決方式。其不僅為勞動契約實體法，兼含合同爭議處理程序與勞動合同實施監察之特別規範。

而前述規定中，第 26 條對勞動合同無效或部分無效有爭議，由勞動仲裁或人民法院確認；^㉔第 56 條後段履行集體合同爭議，經協商不成工會可申請仲裁、提起訴訟，

註 ㉒ 黃松有編，前引書，頁 230。

註 ㉓ 王輝，「當前我國企業勞動爭議主要類型的研究」，甘肅行政學院學報（蘭州），總第 54 期（2005 年 2 月），頁 30。

註 ㉔ 黃松有編，前引書，頁 230。

註 ㉕ 勞爭調解仲裁法第 1 條係明文「保障當事人合法權益」，而非如《勞動合同法》第 1 條規定「保護勞動者的合法權益」。有見解認為勞爭調解仲裁法屬勞動法範疇應採取傾斜立法，立法目的應為保障勞動者合法權益，與《勞動合同法》一致；另有意見認為，勞爭調解仲裁法雖為勞動法律序列，但其性質為程序法，應當體現當事人程序地位平等之基本原則。立法結果係採取後者意見之折衷，在特定事項如小額或非法侵害所致爭議之一裁終局，另予勞動者程序保障。正反意見參閱：同註 ㉒，頁 3。

註 ㉖ 「由勞動仲裁或人民法院確認」，並非指當事人可以選擇其一解決其間爭議，而是指仍須依照仲裁、仲裁後起訴解決爭執。即仲裁前置原則仍為不變，對既有爭議解決非訟程序並無改變。梁智編，勞動合同實務一本全（北京：中國法制出版社，2007 年），頁 105、108。

係重複《勞動法》第 18 條 3 款、《工會法》第 20 條 3 款規定，並無對既有爭議處理方式改變。餘者，《勞動合同法》18、30、85、93 對勞動爭議處理之影響，分述如後。又《勞動合同法》第 85 條又引出勞動仲裁與勞動監察競合之複雜問題，本文另予專節說明。

一、協商程序：《勞動合同法》第 18 條

本條規定勞動合同對勞動報酬和勞動條件等標準約定不明確，引發爭議者，用人單位與勞動者可以重新協商；協商不成的，適用集體合同規定；無集體合同或者集體合同未規定勞動報酬的，依同工同酬；無集體合同或者集體合同未規定勞動條件等標準的，適用國家有關規定。即本條將勞動合同爭議區分為勞動報酬與勞動條件兩類；前者可視為為狹義勞動爭議，後者為廣義勞動爭議。勞動報酬透過協商、集體合同與同工同酬原則，介入爭議處理。而勞動條件則指廣義勞動條件，包含工時、勞安設備、工傷認定等報酬以外之勞動條件；勞動條件爭議，透過協商、集體合同與法規標準介入處理。此勞動合同解釋方法僅見於《勞動合同法》，可謂勞動合同之特別規定。

相對於勞爭調解仲裁法第四、五條明文，發生勞動爭議時勞動者可與用人單位協商，可由工會或第三方共同協商；當事人不願協商、協商不成或者達成和解協議後不履行的，得申請調解。此就程序而言，協商可由雙方協商亦可以三方協商方式行之，但協商方案如何形成則無明文。《勞動合同法》前述勞動合同解釋明文化、標準化無異使當事人間對勞動合同解釋限於一定範圍，不致毫無交集或單方恣意認定，有助於協商方案達成。且當事人對於解決方案之預期較能確定，勞資協商較易有交集而促成協議成立。同理，如協商不成時，爭議事件已入勞動仲裁程序，則此處解釋勞動合同方法無異先預告勞動仲裁之可能方案，降低雙方一再爭執可能。

二、工傷爭議處理程序：《勞動合同法》第 93 條

《工傷保險條例》63 條規定，無營業執照或未依法登記、備案，或被吊銷營業執照、撤銷登記或備案之用人單位，對於實際雇工後發生勞工傷殘、死亡所致工傷賠償；用人單位與勞工或勞工死亡後直系親屬間賠償數額爭議，應以勞動爭議有關規定處理。欠缺用人資格之用人單位機構與勞工發生事實上勞動關係後，不能參加工傷保險，但有工傷事件發生之賠償爭議處理，仍以勞動調解或仲裁程序解決。然勞爭調解仲裁法對於此類案件之用人單位並無特別明文規範，而此等用人單位可能不具法人資格，或具法人資格但不能營業，如何在爭議處理程序上確定被訴之代表人？此為不適用人單位內有無「事實勞動關係」適用，與雙方當事人爭議主體適格之問題。

依據「關於貫徹執行勞動法若干問題的意見」（勞部發〔1995〕309 號）第 2 條規定：「中國境內的企業、個體經濟組織與勞動者之間，只要形成勞動關係，即勞動者事實上已經成為企業、個體經濟組織的成員，並為其提供有償勞動，適用勞動法」，創設事實勞動關係概念。事實勞動關係乃勞動合同施行後所衍生的一法律概念，學界認其

包含幾項要素：⑩（1）欠缺書面但事實上存有勞動關係、（2）為無效勞動合同下一種勞動關係、（3）可透過書面簽訂轉化為勞動關係、（4）用人單位刻意形成事實勞動關係應負擔法律責任、（5）事實勞動關係下勞工權益應與保障。

事實勞動合同僅為書面形式欠缺，主體要件中用人單位資格仍不可缺。不具用人資格之用人單位實際雇工形成之勞動關係，應如何界定？其中發生勞動爭議究竟如何解決？就事實勞動關係重於實際勞務給付之事實，填補勞動合同書面要件欠缺之未有明文規定情形。欠缺用人資格之用人單位與勞工間，勞動爭議更應視為事實勞動關係。因合同書面要件，不論從成立要件或生效要件而言，其目的皆在使勞動條件內容明確，利於勞工主張其權利。合法用人單位刻意形成事實勞動關係後應負擔法律責任，勞工權益應予保障，而非法用人單位內勞工地位更形弱勢，無不予保障之理。

故用人單位，無營業資格但有法人資格者，於實際雇工時皆應以法人與其代表人為被訴之主體。但從未具法人資格之用人單位對其如何起訴或請求仲裁？實務上唯一做法，即將出資者認定為被告或仲裁相對人。《勞動合同法》第 93 條明文不具備合法資格用人單位或其出資人有依照《勞動合同法》向勞工支付報酬、經濟補償、賠償金之義務，可為此類案件程序主體認定依據。⑪

三、支付令程序：《勞動合同法》第 30 條

勞動爭議處理程序是依勞爭調解仲裁法為依據，但《勞動合同法》就確保勞動合同履行復於《勞動合同法》第 30 條規定，對勞動報酬因用人單位拖欠（不給付）或未足額給付（不完全給付）情形，准勞動者「依法向當地人民法院申請支付令」，人民法院應當「依法發出支付令」。支付令制度本於勞爭調解仲裁法第 16 條已有規定，二者間如何適用卻引起不同理解。因此處「依法」有兩項解釋餘地，一為依勞爭調解仲裁法，二為依《民事訴訟法》。

設為前者，依勞爭調解仲裁法第 16 條前段，拖欠勞動報酬事項達成調解協議者，用人單位在協議約定期限內不履行後，勞動者得持調解協議書依法向人民法院申請支付令。勞工需先為達成調解協議，而後方得請求人民法院發給支付令請求執行調解內容。若為後者，依《民事訴訟法》第 189 條形式要件提出支付令申請，《勞動合同法》第 30 條即賦予勞動者對於勞動報酬給付爭議，可略過勞動調解或仲裁程序，直接以支付令及後續勞動訴訟尋求權利救濟。兩種解釋當以後者較為正確。

註⑩ 王全興、侯玲玲，「事實勞動關係的法律定義重構」，中國勞動（北京），第 1 期（2006 年 1 月），頁 16。

註⑪ 秦道友，「勞動爭議調解仲裁法受案範圍爭議」，中國勞動（北京），第 7 期（2008 年 7 月），頁 22。附者，勞動合同與勞動爭議處理制度既以用人單位與勞工為勞動關係當事人，則有不適格用人單位與勞工形成權義關係，《勞動合同法》第 93 條即為解決此類準勞動爭議之依據。此類勞動關係構成參閱：錢葉芳，「勞動合同法地方指導意見評述—關於勞動爭議當事人和勞動關係的認定」，現代法學（北京），第 33 卷第 3 期（2011 年 5 月），頁 185。但此涉及典型與非典型勞動關係區別，並不在本文研究範疇而略此說明。

因《勞動合同法》第 30 條未將勞動合同中權利事項，皆改以支付令方式尋求救濟。顯見其針對勞動報酬給付所做特別規定，具有勞動爭議處理特別法之性質。依特別優於普通之用法原則，勞動合同中報酬爭議應以《勞動合同法》內特別規定解決。且勞動調解並非勞動爭議處理必經程序，乃由當事人選擇適用，勞工當可拒絕調解直接改以他項法定途徑尋求爭議解決。^⑩二因，不論勞動爭議調解後申請支付令或勞動報酬爭執申請支付令，目的皆在試圖簡化爭議處理時間，《勞動合同法》第 30 條規定疊上勞爭調解仲裁法第 16 條前段顯與簡化目的不符合。再因權利事項類之勞動爭議，本質上適於待判，以支付令與後續訴訟程序解決爭議並無對當事人有不利之虞。特別在中國「調、裁、審單軌制」下，對於勞動者反能早日解決爭執確定救濟。從而「依法」應以依《民事訴訟法》理解，由勞動者逕提出支付令聲請請求給付勞動報酬。

此又牽動支付令發出後，對造異議時如何進行處理程序？《勞動合同法》無就此再為明文，需從勞動爭議處理調解仲裁法規範，及立法說明中予以補充。依勞爭調解仲裁法第 16 條建立支付令制度，係縮短爭議解決時間之捷徑，亦為該法針對調、裁、審關係中最大步之改革。但支付令之申請若為他造異議，該勞動爭議調解結果是依照《民事訴訟法》直接起訴解決？或依勞動仲裁解決？

前者是以《民事訴訟法》第 192 條為據，支付令異議後債權人得另行起訴，略仲裁前置程序較有效縮短特定類型案件處理時程。後者，依仲裁前置原則以勞爭調解仲裁法第 5 條勞動仲裁解決，符合仲裁前置原則卻可能虛化調解結果之拘束力。論理而言，支付令受對造異議後失效應轉以訴訟程序處理爭議，中國《民事訴訟法》194 條本有明文。惟勞爭調解仲裁法立法階段，對此二可能解決方式之取捨頗為曲折。

檢視勞動爭議立法過程，2007 年勞爭調解仲裁法草案徵求意見稿第 17 條 2 款，規定當事人得持調解協議書向人民法院申請支付令，未對支付令失效後如何進行爭議解決，即引起後續解決程序明文之要求。^⑪徵求意見稿修正後草案第 15 條 4 款規定，支付令自行失效時，勞動者得提出勞動仲裁，卻引起應更正為賦予勞工直接起訴，或逕行廢除支付令制度之修正意見。^⑫易言之，支付令失效後爭議處理程序設計，概分為三選項：（1）廢除支付令制度之適用、（2）保留支付令且得直接起訴、（3）保留支付令但須勞動仲裁。

於草案第二次審議稿中，保留支付令制度且刪除「支付令自行失效，勞動者可以依法申請仲裁」，審議意見轉向不以勞動仲裁為必要介入之處理方式。即拖欠工資報酬爭議若達成勞動調解者，勞工得直接申請支付令請求執行報酬，支付令對造異議時，

註 ⑩ 學者劉雲甫、朱最新認為《勞動爭議調解仲裁法》後於《勞動合同法》公布施行，且為勞動爭議處理之特別規範，故《勞動爭議調解仲裁法》第 16 條應優先適用。但這種論點忽略勞動調解並非爭議處理必經程序，其適用與否由當事人決定，不應援引解釋為勞工提出支付令所需先行之義務。前學者論述參閱：劉雲甫、朱最新，「和諧社會視角下的勞動調解仲裁法」，行政與法（長春），第 4 期（2008 年 4 月），頁 106。

註 ⑪ 同註 ⑩，頁 245~246。

註 ⑫ 同註 ⑩，頁 232。

勞工可以選擇起訴，或不起訴轉向勞動仲裁程序解決爭議。就賦予勞工程序選擇權利，擇一行使救濟程序，學者肯定支付令失效後起訴為仲裁前置之例外規定。^②同理，依《勞動合同法》申請支付令後失效，亦應准予直接起訴，或選擇轉向勞動仲裁解決爭議。

惟對勞爭調解仲裁法第 16 條支付令失效後爭議處理之空白，2010 年「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）」（法釋〔2010〕12 號）卻採取較為保守之態度。依該解釋第 17 條 1 款，勞工依《勞動合同法》第 30 條 2 款與勞爭調解仲裁法第 16 條申請支付令，僅需符合《民事訴訟法》第 17 章督促程序規定，與本文前述結論一致。但該條第 2、3 款卻以支付令申請依據不同，而區分支付令失效後爭議進程序：（1）依《勞動合同法》第 30 條 2 款申請者，勞工就勞動爭議事項直接起訴，法院應當告知其先申請仲裁；（2）依勞爭調解仲裁法第 16 條申請支付令，勞工以調解協議起訴者，法院應予受理。

簡言之，勞動爭議處理仍遵循調、裁、審單軌制方式，僅特定事件經勞動調解後未履行時，支付令失效後得起訴為仲裁前置例外。若未經勞動調解程序者，則需重新導入「先調後裁」方式解決其爭議。最高人民法院（法釋〔2010〕12 號）第 17 條之解釋結果無異將民事訴訟規定予以修正，其在貫徹支付令制度與保持勞動爭議處理程序單軌制間，選擇後者；並確認調、裁、審單軌制為勞動爭議處理基本原則，此可謂中國勞動爭議處理特有之做法。

伍、勞動仲裁與監察管轄重疊：《勞動合同法》第 85 條

勞爭調解仲裁法第 9 條揭示勞動行政部門對勞動基準之維護義務，於勞動爭議為「用人單位違反國家規定，拖欠或者未足額支付勞動報酬，或者拖欠工傷醫療費、經濟補償或者賠償金」者，勞工得向勞動行政部門投訴以勞動監察途徑解決。本條目的基於分流勞動爭議事件，透過勞動監察對違法事實明顯爭議之分工介入，使有限資源之勞動爭議處理程序能提高效率，有利於勞動者節約成本與時間，且降低勞動爭議處理時程降低勞資雙方爭議激化。^③

此規定有勞動監察條例第 26 條相應；其明文：（1）克扣或無故拖欠工資報酬、（2）給付工資未達最低工資、（3）勞動合同解除未予補償之情形，對用人單位責令限期支付報酬、補付基本工資差額、給付補償；責令逾期而未給付者，用人單位按照應付金額半數以上，一倍以下之標準計算，向勞動者加付賠償金。前二規範間僅有拖欠

註② 同註①，頁 57~58。學者張冬梅即主張支付令制度應為仲裁前置之例外制度，參閱：張冬梅，「勞動爭議處理體制的比較研究」，中國勞動關係學院學報（北京），第 22 卷第 3 期（2008 年 6 月），頁 48。

註③ 同註①，頁 34。

工傷醫療費用不同，其餘勞動合同工資給付、解約經濟補償、賠償金糾紛之管轄範圍一致。^④

復《勞動合同法》第 85 條亦規定用人單位有：(1) 未照勞動合同約定或國家規定及時足額支付勞動報酬；(2) 低於當地最低工資標準支付工資；(3) 加班不支付加班費；(4) 解除或終止勞動合同未支付經濟補償時，由勞動行政部門責令限期支付；用人單位逾期支付者，按應付金額百分之五十以上百分之一百以下的標準，向勞動者加付賠償金。本條內容又與勞動監察條例第 26 條一致，形成工資給付、解約經濟補償、賠償金事件交錯規範之結果。

此重複規範意義在於，《勞動合同法》將勞動監察中責令請求、責令賠償納入，不諦與勞爭調解仲裁法第 9 條允當事人循勞動監察程序，處理勞動糾紛之做法為接軌；顯見將特定經濟給付爭議給予不同救濟管道，不拘於非訟或訴訟程序以儘速解決紛爭，是中國勞動爭議處理一項特徵。但此三項條文如何適用無明文，反產生實務運作諸多困難或學界爭論。此等問題可歸納為：(1) 賠償金、經濟補償屬性混淆、(2) 責令給付事件認定、(3) 責令給付與請求給付管轄重疊。各項問題成因與其解決方式、理論說明甚為分歧，故分項加以說明。

一、賠償金、經濟補償屬性混淆

《勞動合同法》第 85 條與第 83 條違反試用期強制規定之額外賠償，皆歸為「責令賠償金」性質，具有三項特徵：^⑤ (1)「責令」是強調其公法性，由勞動行政機關執行；(2)「賠償」乃為一種懲罰性賠償，執行後交給勞工；(3) 用人單位在履行原有義務基礎上，額外再計賠償金，具有加付性。回溯責令賠償金制度於 1995 年施行《勞動法》第 91 條規定，行政部門對用人單位工資報酬拖欠、克扣、加班不給付、低於最低工資支付，及解除合同不支付經濟補償金者，應責令給付工資、經濟補償，並可責令支付賠償金。

而工資以勞動合同約定或最低工資為準，計算應付工資；經濟補償係依據《勞動法》第 28 條，有同法第 24、26、27 條法定解除勞動合同事由時，按照年資一年給予一個月工資經濟補償。賠償金之計算則由「違反《中華人民共和國勞動法》行政處罰辦法」(勞部發〔1994〕532 號，後略稱勞動法行政處罰辦法)第 6 條補充，前述給付有不給付或不完全給付情形，應責令支付報酬、經濟補償；並同時責令加付「原欠工資、經濟補償之總和」一至五倍之賠償金。責令賠償顯需特定金錢給付義務違反後，由行政機關附加之懲罰責任；與行政罰相較，僅懲罰金額給予勞工而非國家。

註④ 依《工傷保險條例》第 53 條，對保險機構給付爭議係以行政復議、行政訴訟途徑解決。對用人單位傷後原有福利待遇支付爭執者依同法第 52 條以勞動爭議程序解決。違法且拖欠工傷醫療費應指《工傷保險條例》第 60 條後段對職工有應加入而未加入工傷保險時，應按條例醫療項目支付費用情形以勞動調解或仲裁解決。故勞爭調解仲裁法第 9 條規定並無引入更便捷處理程序，不過重複既有規定而已；其實益在於工資給付、解約經濟補償、賠償金錢給付糾紛，導引勞動監察加以處理。

註⑤ 董保華，十大熱點事件透視勞動合同法（北京：法律出版社，2008 年），頁 379。

為配和前述行政處罰辦法，勞動部同時施行「違反與解除勞動合同的經濟補償辦法」(勞部發〔1994〕481 號，後稱：經濟補償辦法)補充經濟補償之定義與適用，第 3、4、10 條規定用人單位因：(1) 工資報酬拖欠克扣、加班費不給付者，應加付應付工資外百分之二十五經濟補償金；(2) 低於最低工資支付，另給付短少數額百分之二十五經濟補償金；(3) 解除合同不支付補償金者，按應付補償金數額加計給付百分之五十額外經濟補償金。本條明文加付經濟補償，形成經濟補償具有實質賠償金之性質，並使責令賠償金因包含經濟補償，形成重複救濟結果。另依「違反勞動法有關勞動合同規定的賠償辦法」(勞部發〔1995〕223 號，後稱：合同賠償辦法)第 2 條 1 項規定，違法不訂合同、違法或違約解除合同、合同無效或部分無效致工資損失時，需為額外百分之二十五之賠償；同辦法第 7 條，對因賠償引起爭議按勞動爭議處理，應循勞動調解、仲裁或訴訟解決。

就合同賠償辦法與經濟補償辦法，對用人單位不付工資皆明文額外給付，應被視為同質之金錢給付，雖其用語有補償、賠償不一致。故有學者將勞動合同所致賠償金分為請求賠償金、責令賠償金，前者係依「違反勞動法有關勞動合同規定的賠償辦法」或「違反與解除勞動合同的經濟補償辦法」，後者以「違反《中華人民共和國勞動法》行政處罰辦法」為據。^④然不論為責令賠償或請求賠償，在用人單位違法不付工資或解約不付補償金時，皆使勞工可獲得重複救濟，僅有重複救濟數額程度之差異。

易言之，勞動法行政處罰辦法第 6 條原為補充《勞動法》91 條賠償金之內涵，但賠償金計算卻增加工資爭議應給經濟補償一項；經濟補償又依經濟補償辦法對工資爭議加給原給付外百分之二十五之數額。勞動部雖以部門規章對《勞動法》中未明文之「賠償金」予以解釋，但卻產生責令賠償與請求賠償制度混淆之結果。此二賠償金內容、依據及計算方式試以下表示之：

表 1 責令賠償與請求賠償比較

法源／賠償金種類	主張者／主張方式	給付項目	違反責任	賠償數額
《勞動法》第 91 條／責令賠償	勞動監察機關／責令	A：支付工資、支付加班費、補給最低工資之差額 B：支付解除合同之經濟補償	併責令／額外賠償	A + 賠償金（賠償金數額計算無規定） B + 賠償金（賠償金數額計算無規定）
違反〈中華人民共和國勞動法〉行政處罰辦法／責令賠償	勞動監察機關／責令	A：支付工資、支付加班費、補給最低工資之差額 A1：A 之經濟補償（增加勞動法原無部分） B：支付解除合同之經濟補償	併責令／額外賠償	A + A1 + ((A + A1) × 一至五倍賠償金) B + B1 + ((B + B1) × 一至五倍賠償金)

註 ④ 董保華，前引書，頁 378。若為工資、加班費、解除合同未予給付補償時，應援引經濟補償辦法第 3、4、10 條為依據；若為違法不訂合同、違法或違約解除合同、合同無效或部分無效所致勞工損害，需額外賠償，則應援用合同賠償辦法第 2、3 條。

表 1 責令賠償與請求賠償比較（續）

法源／賠償金種類	主張者／主張方式	給付項目	違反責任	賠償數額
違反與解除勞動合同的經濟補償辦法／請求賠償	當事人／請求	A1：各項工資爭議金額加計25%（增加勞動法原無部分，衍生之請求賠償使補償具有賠償性質）	無	A + A × 25%
		B1：支付解除合同之經濟補償→加計50%（擴大勞動法原有規定，衍生之請求賠償使補償具有賠償性質）		B + B × 50%

資料來源：作者自行整理。

再者，依據經濟補償辦法請求賠償金仍屬民事責任一種，其實現需由勞工主張，但此類賠償金請求基礎已非限《勞動法》第 28 條，法定事由解除合同後應為經濟補償支付之義務違反情形。其已擴大為勞動報酬、加班費等工資給付爭議，透過額外補償達於替代賠償。程序上，此類爭執如以勞動調解、仲裁、訴訟為解決，勞動仲裁機構應裁決給付義務與經濟補償。

相對者，責令賠償金由勞動行政部門依職權發動，復能援引經濟補償規定責令用人單位支付，同時再責令應付總額一至五倍賠償；責令賠償僅需行政部門飭令即可發動，不需勞工請求主張，亦無「先調後裁」、「先裁後審」之拘束。即責令賠償計算範圍大於請求賠償，且不需當事人主張，只要勞動行政單位發動責令賠償，形成對勞工重複計算賠償之結果，而有重複救濟情形發生。

總體而言，《勞動法》第 91 條責令賠償規範，不諦迫使用人單位有支付義務違反時，額外承擔懲罰責任。但此責任求償結果歸予勞工，應為民事責任一種，以具有公權仲介性質之勞動仲裁機構之裁決處理最為適合。惟就拖欠克扣工資、加班費不付、低於最低工資給付此類爭議，其主要爭執集中於金額計算且其違法狀態明確，交由行政部門逕為認定儘速處理並非不可。蓋程序不能害目的，程序多樣選擇空間能有助於勞工之救濟，都應儘納入由勞工利用。

惟 1995 年 1 月 1 日同時實施之「違反《中華人民共和國勞動法》行政處罰辦法」與「違反與解除勞動合同的經濟補償辦法」擴張賠償金概念及計算；另設工資性經濟補償（性質實為賠償），對應付總數提增百分之二十五額外給付，混淆《勞動法》原有規範。因原《勞動法》第 91 條賠償金適用於解除合同未支付經濟補償或工資未付時，賠償以義務違反為前提，使用人單位負有額外賠償責任。但前二辦法將經濟補償適用於工資給付爭議，仿「賠償以義務違反為前提」，對不為工資完全給付之爭議亦予法定比例之經濟補償；勞動行政部門又得依據經濟補償數額，責令給付額外賠償，形成重複責令賠償。至此，經濟補償與責令賠償已混淆，違反補償以法定為由，賠償以義務不履行為由之基本前提。

但《勞動合同法》制定後，請求賠償與責令賠償混淆之情形，已有改善。《勞動合同法》第 85 條承接勞動監察條例第 26 條賠償金規定：「由勞動行政部門責令限期支付勞動報酬、加班費『或』者經濟補償；勞動報酬低於當地最低工資標準的，應當支付其差額部分；逾期不支付的，責令用人單位按應付金額百分之五十以上百分之一百以下的標準向勞動者加付賠償金」。此與經濟補償辦法、合同賠償辦法相較，有兩項回復：(1) 回歸《勞動法》第 91 條規定，將經濟補償與工資給付脫鉤，並更清楚區隔經濟補償係單獨責令支付選項，並非與工資給付義務違反連動。(2) 原《勞動法》並可責令賠償金，易導致勞動監察部門據以一次責令返還及加計賠償金，未能貫徹賠償需以過失責任存在之前提。本條額外賠償課予以限期給付違反後始得責令加給，期限內給付者不能責令額外賠償，較能凸顯賠償金是以過失責任既存之前提。此二者間差異可簡如下表所示：

表 2 責令賠償新舊法差異比較

責令賠償新舊法差異	主張者／主張方式	給付項目	違反責任	賠償數額
《勞動法》第91條、違反〈中華人民共和國勞動法〉行政處罰辦法／責令賠償	勞動監察機關／責令	A：支付工資、支付加班費、補給最低工資之差額 A1：給予A經濟補償增加勞動法原無部分 B：支付解除合同之經濟補償 B1：擴大勞動法原有規定加計50%	併責令／額外賠償	$A + A1 + ((A + A1) \times \text{一至五倍賠償金})$ $B + B1 + ((B + B1) \times \text{一至五倍賠償金})$
《勞動合同法》第85條／責令賠償	勞動監察機關／責令	A：支付工資、支付加班費、補給最低工資之差額 B：支付解除合同之經濟補償	先責令給付／後責令額外賠償	$A + (A \times 50\% \text{至} 100\%)$ $B + (B \times 50\% \text{至} 100\%)$

資料來源：作者自行整理。

且依《勞動合同法》第 46 條 1 項規定，有該法第 38 條 1、2 項未及時給付報酬、未按約提供勞動條件時勞工解除勞動合同，用人單位應支付經濟補償。對於因工資給付違法或違約，勞工得解約並請求經濟補償，經濟補償計算方式與其他解除事由一致皆以同法第 47 條為準。此符合法律學者多數論點，認為勞動合同中「經濟補償」與「經濟賠償」不同，並非一種懲罰手段，經濟補償是種用人單位依據國家規範承擔一種社會責任，透過解約成本增加以穩定勞動關係。^④勞工因用人單位不付工資而被迫解約，此種解約所致成本當由用人單位承擔；勞工對於原有工資給付，或其他損害賠償請求並不受影響，應分別賦予請求之基礎。故「最高人民法院關於審理勞動爭議案件適用法律若干問題的解釋」（法釋〔2001〕14 號）第 15 條規定，違約不支付勞動報酬、克扣工資、不發加班費、工資低於最低工資標準時，勞工受迫解除合同，用人單

註④ 全國人大常委會法制工作委員會編，中華人民共和國勞動合同法釋義，頁 174。此處所稱經濟賠償是指財產上損害賠償，財產上損害賠償可依賠償義務不同區分為侵權行為所致損害賠償，或者契約約定賠償，惟皆以義務違反為前提，故經濟賠償可為懲罰義務手段之一。

位除應給付工資、經濟補償，並可支付賠償金，與《勞動合同法》第 46 條 1 項規定一致，仍有適用。^④

然《勞動合同法》第 85 條、勞動監察條例第 26 條，對勞動合同續存下工資性經濟補償規定是否延用之疑問，仍無法解決。因《勞動合同法》46 條對工資給付爭議而解除合同時方有適用，未解除者是否得主張經濟補償則無他規定。此問題學理解釋上則有兩種論點，一者認為賠償金併用額外經濟補償將過度加重用人單位責任，《勞動合同法》85 條應為額外經濟補償之特別規定且為新法規定，依新法優於後法適用法理，不再延用額外經濟補償之舊規範。^⑤就《勞動合同法》第 85 條，對責令賠償範圍從應付總額加賠一至五倍，改為應付總額百分之五十至一百，已明顯降低用人單位負擔。且經濟補償與賠償金制度仍為《勞動合同法》所承接之制度，二者間性質不同；賠償金規定僅見於第 48、83、85、87 條，皆與經濟補償不相重疊，區隔經濟補償與賠償金功能。本說嫁接賠償金新規定於舊有經濟補償規範，視賠償金為經濟補償特別規定顯難成立。

另一較多文獻觀點，認為經濟補償不以損失為前提，不以遭受的損失為計算標準，而賠償金是用人單位違法或者違約行為造成勞動者損失的情況下給予的賠償，以損失為前提，以遭受的實際損失為計算標準；二者性質不同，適用條件不同，不能互相替代。^⑥此說對於勞動合同解除所生經濟補償與賠償金區隔，甚為正確，但仍無說明勞動合同續存時工資經濟補償與賠償金如何並存。

本文認為額外經濟補償之做法是否延用，仍需從經濟補償之性質論起。由於勞動合同解除牽連用人單位的經營與勞工就業之互動，解除權行使通常伴隨風險移轉，用人單位合法解除合同就是將企業經營之風險轉嫁給勞工就業風險，經濟補償金是用人單位就解除契約過程中，以立法方式課予強制性義務，其可視為用人單位前述轉嫁風

註④ 本解賦予責令賠償訴權得以起訴之基礎。且因依裁審銜接原則，勞動訴訟得請求之項目與數額即等同於勞動仲裁亦得請求之範圍。如勞動監察部門責令限期給付，用人單位不復議亦不支付而無正當理由不支付時，原勞動監察責令給付部分已構成額外賠償請求基礎。勞工除循勞動監察部門應責令加給額外賠償，可尋勞動仲裁請求加給賠償金。此種勞工以勞動仲裁並請求額外賠償金對勞工保障有所助益。但其形成係由司法解釋由裁審銜接逆推賦予，將責令賠償程序切割為得責令或請求賠償之奇特結果。惟併觀中國《行政訴訟法》對於爭訟形態僅有撤銷處分訴訟，勞動行政部門怠於責令賠償的確易致勞工權益損害，切割責令賠償有填補行政訴訟制度缺漏之合理性。但此切割責令賠償程序之做法，仍無法彌補勞動行政部門先無責令給付，導致無法責令賠償之情形。責令賠償欠缺訴權見解，參閱：張在范，「限額賠償、加額賠償、等額賠償：勞動合同法賠償規則體系之構建」，*法學論壇*（山東），總第 118 期（2008 年 7 月），頁 106。

註⑤ 丁宇翔，「經濟補償金、賠償金及其他—勞動合同法實施後經濟補償的法律適用」，*法律適用*（北京），總第 274 期（2009 年 1 月），頁 53。

註⑥ 林嘉、楊飛，「勞動合同解除中的經濟補償金、違約金和賠償金問題研究（下）」，*中國民商法律網*，2006 年 12 月 8 日，<http://www.civillaw.com.cn/article/default.asp?id=29928>。較多文獻支持此一見解，參閱：喻術文，「違反和解除勞動合同的經濟補償和賠償責任」，*武漢大學學報（社會科學版）*（武漢），第 55 卷第 4 期（2002 年 7 月），頁 492；樊居瀟、周傳會，「支付賠償金後是否還需支付經濟補償金」，*中國勞動保障*（北京），第 5 期（2008 年 5 月），頁 45。

險過程中一種公平責任分擔。^⑤無此種風險分擔之勞資爭議援用經濟補償則為加重用人單位之賠償責任。

查閱《勞動合同法》賠償金分於第 48、83、85、87 條明文；經濟補償於第 23、46、71 條另訂給付事由，貫徹經濟補償與賠償金區隔為其立法原則之一。《勞動合同法》46 條增訂勞工因工資給付不履行限於被迫解除契約者，始能為經濟補償請求，亦凸顯的本法立法此原則。故不具分配風險功能，且混淆賠償性質之工資經濟補償不符勞動合同立法原則應不再延用，惟仍不見相關部門規章或司法解釋明文。^⑥

二、責令給付事件認定

就前所述，責令賠償金與請求賠償金間存在主張方式、責任範圍、賠償數額差異等不同，其已對勞動爭議處理形成程序切割，分裂以勞動仲裁為軸心之爭議處理方式，非當事人程序選擇理論能加以解釋。蓋因程序選擇權指具一定範圍內，國民具有選擇使用審判或其他紛爭解決制度的權利前提下，依紛爭類型之特性需求，就參審、陪審、仲裁、調解等制度，分別劃定其所適用之紛爭事件類型，而承認制度之並存可能性。^⑦然程序選擇乃應在同一責任範圍內，就不同程序成本考量、效能以選擇解決爭議之方式，非不同程序將致不同責任負擔之情形。賠償金制度對勞工言，無異鼓勵儘向勞動行政部門尋求救濟；勞工對於工資糾紛尋求解決，與其說能選擇不同之救濟方式，反更近於無從多選。因與請求賠償相較，責令賠償凸顯勞動行政部門對於工資性經濟補償給付爭執，具優勢處理地位，公部門對特定經濟給付爭議仍具相當介入能力。

勞爭處理實務上，有勞工因用人單位藉勞工未能完成集資要求，而不支付工資；勞工以書面通知解除合同，卻受用人單位以提前解約需支付違約金為由，扣發先前進

註⑤ 馮彥君，「勞動合同解除中的『三金』適用——兼論我國勞動合同法的立法態度」，當代法學（長春），總第 119 期（2006 年 9 月），頁 76。關於經濟補償之性質，中國勞動法學界有四種理論闡述：勞動貢獻說、法定違約金說、社會保障說、用人單位幫助說。其中，勞動貢獻說與用人單位幫助說對經濟補償定性之影響最大，就勞動合同法立法結果而言，用人單位幫助說顯被採納。但不論何種觀點，經濟補償不以當事人過失為主觀要件，給付主體為用人單位並非損害賠償屬性，並無爭議。四項學說爭辯，參閱：董保華，「勞動合同中經濟補償的定性及制度建構」，河北法學（河北），第 26 卷第 5 期（2008 年 5 月），頁 44-45；彭小霞，「勞動合同解除之經濟補償金法律制度研究」，北京工業大學學報（社會科學版）（北京），第 11 卷第 3 期（2011 年 6 月），頁 57。

註⑥ 類似之問題，《勞動合同法》第 87 條規定違法解約後應給付賠償金後，是否排除原有經濟補償規定亦有兩種論點。惟《勞動合同法實施條例》（國務院令第 535 號）第 25 條規定，用人單位違反《勞動合同法》的規定解除或者終止勞動合同，依照《勞動合同法》第 87 條的規定支付賠償金者，不再支付經濟補償。中國學者認為該規定是依《勞動合同法》第 48 條明文，用人單位違法解除合同依第 87 條支付賠償金，第 87 條依經濟補償計算方式計算賠償金金額；參閱：陳玉江、馬曉明，「關於《勞動合同法》第 87 條的科學解讀」，法制與社會（昆明），第 25 期（2010 年 9 月），頁 45。但該規定可能引起更多質疑，例如用人單位未給工資又解除合同當屬違法解約，適用本條例規定反而不能請求經濟補償。

註⑦ 邱聯恭，司法之現代化與程序法（台北：三民書局，1992 年），頁 44。

入公司前所繳納集資款。勞工向勞動行政部門請求調查，尋求救濟。勞動監察部門責令用人單位應退還所扣金額，但用人單位提出復議成立。勞工不依復議通知書內教示，以縣政府為對象提出行政訴訟之救濟途徑，卻轉向勞動仲裁委員會請求處理爭議。^④此案顯現勞工先就勞動監察程序為救濟，一旦復議後需行「民告官」行政訴訟時，卻轉往勞動仲裁之現象。暫不論勞工此項救濟轉折是否為勞動仲裁委員會受理，僅先監察、後仲裁之方式，對系爭勞工已拖長救濟時間成本，且往往使責令給付事件之管轄認定發生困擾。

續接本例，此個案中勞工後提出之勞動仲裁應否受理亦引起相當討論，此有三種論理觀點。第一，認為此勞資糾紛與集資款相關，勞工並非以集資不力以致扣發工資為由，是以集資款發還為由請求救濟，並不屬於勞動爭議。勞工應以民事契約之債權債務請求，向人民法院起訴救濟，並非提出勞動訴訟。第二，此案件仍屬勞動爭議，但勞工向勞動監察機構提出救濟，則應依照復議不服提出起訴，而非提出勞動仲裁。^⑤第三，本件起因雖與集資款有關，但真正所爭為解除合同所引違約賠償爭議，故屬於勞動爭議，況勞動仲裁亦無明文不予受理，勞工提出時則應受理。^⑥

依「違反勞動法有關勞動合同規定的賠償辦法」(勞部發〔1995〕223號)第4條，明文勞動合同內得約定其他賠償費用，使本件約定違約金爭執可被認為勞動爭議，第三種論述固有成文法上依據。但本文認為該案事實中，集資結果與工資給付、違約金賠償計算連動而言，應屬勞動爭議中工資給付爭議，不過覆蓋違約賠償外觀之情形。蓋勞工與用人單位間勞動關係解消主因，為雇用方不給付工資，勞方解除勞動契約，集資履行與違約金為該案中「前因」與「後果」。所謂前因是指集資為勞動條件中工資是否給付之原因，屬動機因素，並非真正勞動關係變異主因。違約金為後果，則指當事人雙方對集資款返還爭執，是勞動關係解除後附隨義務處置，並非爭議主因。就資方因勞方未得工資後解約，將已繳集資款視為約定違約金一種，但其結果與回溯扣留已發工資無異。

故本爭議其關鍵因素，仍在於工資未予給付使勞工解除契約，所致解約後爭執之典型勞動爭議。此方能理解勞動行政部門予以受理，並責令用人單位返還扣留集資款。因依勞動監察條例第21、26條，對勞動爭議中賠償請求歸由勞動調解、仲裁程序處理；僅有法定工資不給付、不足額給付、解約經濟補償之例外情形勞動監察部門始能加以受理，違約保證金並不在此列。

三、工資責令給付與請求給付管轄重疊

前述案例處理更涉及另一關鍵程序問題，即工資責令給付與請求給付二者間管轄

註④ 陸飛、張翌，「此案是否受理」，中國勞動（北京），第1期（2000年1月），頁36。

註⑤ 朱敏，「進入行政復議程序並涉及勞動爭議的案件 仲裁委員會是否受理」，中國勞動（北京），第6期（2000年6月），頁42。

註⑥ 陸飛、張翌，前引文，頁36。

重疊問題。綜就《勞動合同法》第 85 條承接勞動監察條例第 26 條賠償金規定，將責令賠償範圍降為應付總額額外百分之五十至一倍金額，不致受程序選擇使得賠償範圍過大差異，雖能降低勞工傾向勞動監察尋求救濟之程度。惟責令給付、請求給付，於用人單位給付工資義務違反審理上已有管轄重疊，如何劃分並無明文。學說對於勞工可以就勞動監察與勞動仲裁中擇一解決爭議，無反對意見；《勞動爭議調解仲裁法》第 9 條已明文違約、違法工資給付爭執，得向勞動行政部門投訴；同法第 27 條 2 款亦明文投訴處理時，勞動仲裁時效應中斷重為計算，皆使勞工對於工資給付爭執具有選擇空間。

若勞工先提出勞動仲裁，而後再提勞動監察調查，依據勞動監察條例 21 條 2 款後段，勞動監察應告知依照勞動仲裁解決爭議，即不予受理。但對勞工先向勞動監察投訴後，對行政復議結果不服時無相關規定，能否再提出勞動仲裁則見解分歧。前述合同解約集資款扣留爭議，可否於行政復議後轉向勞動仲裁救濟之二、三項論點，正為此一問題討論。

肯定行政復議後轉向勞動仲裁請求救濟之學者，是以勞動監察與勞動仲裁對勞工保障而言處於選擇適用，只要勞工無法從其一獲得滿足時，可向另一途徑尋求救濟。^⑤否定論者對勞工行政復議後，應以行政訴訟對復議裁決適法與否先為判斷，非反向提出勞動仲裁；行政訴訟判決若認復議結果違法，勞爭當事人可在依勞動仲裁與訴訟解決爭議；行政訴訟判決如維持復議結果，當事人則應依復議結果履行或執行所課責任，不能以同一事由另以勞動仲裁解決爭議。^⑥

前二論述，本文認為後者較為正確。因程序選擇結果僅係滿足同一權利組合，並非給予額外賠償紅利，勞動爭議事件解決亦不應有例外。行政復議經通知書送達後即生效力，起訴與否並不阻止其生效，生效之復議可為執行依據，《行政復議法》第 31 條 3 款、32 條、33 條已明文。故勞工應對行政復議結果續為行政爭訟，不能將復議未如預期理解為權利未得救濟，而令其轉向勞動仲裁程序解決爭議。

復因《勞動合同法》85 條所規範之事項屬違反勞動基準之事件，由具有公權力性質勞動監察部門介入處理，並非只在於解決當事人間權益關係，更在判斷此類爭議適法與否及法律秩序維持。且勞動監察與勞動仲裁在違反勞動基準所致爭議事件中，有其功能差異，勞動仲裁並不適於處理此等違反強制性規範問題，因勞動仲裁以舉證責任方式審理，無法有效對此等問題進行有效調查。^⑦若任由勞工轉回勞動仲裁解決爭議，易導致用人單位與勞工協議迴避行政責任之情形。肯定勞工可轉向勞動仲裁請求解決爭議，妨礙公權力對於非法行為之究責。

註⑤ 黎建飛，「關注勞動監察保障條例在實施中的協調性」，中國勞動（北京），第 1 期（2005 年 1 月），頁 12。

註⑥ 蕭竹，「勞動爭議調解仲裁法中的勞動爭議處理體制的適用問題研究」，政法論叢（濟南），第 2 期（2009 年 4 月），頁 58。

註⑦ 張曉坤，「淺析勞動監察與勞動仲裁」，工會理論研究（上海），第 4 期（2005 年 8 月），頁 35。

四、小結

勞動監察之責令給付、責令賠償金之目的在於抑止用人單位違法侵害權利事項，特別是與勞工生計直接相關之工資報酬給付。但其等實然運作上因無行政執行之立法，且 1999 年施行之《行政復議法》未對責令賠償復議有充分規範，而使勞工獲得責令賠償金一事並不切實。此細查《行政復議法》第 6 條 11 項，其他行政機關具體行為侵犯合法權益者可提出行政復議，但此項應僅對用人單位被責令給付賠償金時有適用餘地。若勞工對於賠償金總額計算不服，則無法尋求救濟。另《行政復議法》第 33 條對爭議事件經行政復議後已確定者，亦透過人民法院予以執行，在無行政執行法已立法之背景下，透過責令賠償金得償並不具有更便捷之程序利益。^⑩責令賠償金之給付執行，更可能係透過行政部門其他行政處罰之結合予以實現。

然具有公權介入性質之責令賠償金何以再次明文於《勞動合同法》中？若暫擱爭論，《勞動合同法》將責令賠償金納入規範，對勞工人能併有不同救濟途徑，不僅合於向勞工傾斜保障之立法定位，亦能抑止用人單位故意侵害權利事項，降低勞動爭議發生。但《勞動合同法》並未明文解決具賠償性質之經濟補償是否沿用、經濟補償與責令賠償適用關係、工資責令給付與請求給付重疊等，由賠償金制度所引起相關實務爭執。

回溯《勞動法》第 91 條規定行政部門責令用人單位給付與額外賠償，並將求償結果歸予勞工，應為民事責任一種，透過中立公權性質之勞動仲裁機構予處理最為適合。此參照台灣《勞資爭議處理法》，以勞動仲裁機構裁決處理雇主不當勞動行為，及日本《勞動關係調整法》、《勞動組合法》（即工會法）透過具中立公權性質之勞動委員會之救濟命令制度對不當勞動行為予以處理。由中立機構對不當勞動行為予以處理可謂一普遍做法，而非行政機關公權直接涉入。

中國學者亦多認勞動保障監察和勞動仲裁應該分屬公法範疇和私法範疇，勞動保障監察體現的是公權力的救濟，勞動仲裁體現的是私權力的救濟，公法保證的是最基本的東西，而私法允許雙方在公法的基礎上協商，兩者應該是各有管轄範圍互不交叉的。^⑪易言之，勞動仲裁為解決民事糾紛之爭議處理機制，勞動監察則為追究不法行為之行政責任，二者性質不同。勞動合同之金錢給付義務履行與私權相涉，本應以勞動仲裁解決而非勞動監察方式為之。中國立法機關卻選擇透過勞動監察與勞動仲裁、勞動合同制度之結合，介入權利事項屬性之金錢給付勞動爭議，保留勞動行政部門在該

註 ⑩ 依中國行政訴訟法第 66 條勞動行政機關始有權向人民法院請求執行，但此形成勞動行政機關自行負擔執行費代勞工請求賠償之現象。勞動行政機關為避免此支出，而在行政處分決定中規避要求用人單位賠償，轉而告知勞工以勞動仲裁方式請求。責令賠償在勞動監察機關之作為上可謂徒具形式，對勞工亦未必有任何便利。此責令賠償與勞動監察實務觀察，參照：翟玉娟，「中國勞動監察的困境與挑戰」，行政與法（長春），第 8 期（2008 年 8 月），頁 77。

註 ⑪ 蔣飛，「點評『勞動保障監察條例』」，中國勞動（北京），第 1 期（2005 年 1 月），頁 15；董保華，「勞動保障監察與勞動仲裁選擇或互補」，中國勞動（北京），第 1 期（2005 年 1 月），頁 10。

類糾紛中主動處理之地位。

就改革開放後，中國勞動關係是從行政管理（administration）朝勞動力供需管理發展，勞動關係概念上更近於西方國家所熟悉之產業關係（industry relation），勞動爭議處理亦從行政救濟走向當事人治理（Party Autonomy）解決。但勞動關係轉制實為一漫長過程，從考量避免勞動關係轉制過度激化，政府保有一定公權力介入勞動糾紛，或為不得不之過渡做法。《勞動法》91 條制定之合理性應為如此理解。然 2007 年全國人大常委會既表明配套立法，且勞動關係建立與紛爭解決以勞動合同為憑，合同爭議處理主以勞動仲裁進行。但立法結果卻將勞動監察屬性之責令給付、責令賠償一併納入合同爭議處理方式，且無修正管轄競合與重複救濟相混之問題。此種矛盾應為責令給付、責令賠償無法妥適配套規範，引起諸多爭論之背景因素。

陸、結 論

2007 年全國人大常委在法律體系建構及勞動爭議熱化因素之背景下，以連貫立法方式通過《勞動合同法》、勞爭調解仲裁法。就勞動合同制度而言，當基於權利賦予需與權利救濟程序配套制定之目的。然此二法之配套制定，亦留下相當多勞動爭議重要議題未予解決。一者，事業單位轉制方始，事業單位內聘用制仍處於逐步推展，事業單位內人事制度基本上仍處於變革過程中。《勞動合同法》、勞爭調解仲裁法與司法解釋，僅對有聘用制適用之勞動關係予以受理爭議，餘空白者由國務院主導。二者，在支付令制度引入同時，如何嵌入「裁審關係」勞動爭議處理程序最受關注之程序銜接問題，留下空白。最高人民法院雖對此做出解釋，但其解釋結論並非妥適。

三者，勞爭調解仲裁法第 9 條正式接受，勞動監察在勞動爭議處理程序中之法定地位，並可停止時效進行。《勞動合同法》第 85 條亦有相對應之立法，使勞動合同爭議以勞動監察方式介入處理。但勞動監察中責令給付、責令賠償本身具有公權力行使之特徵，其用於解決合同糾紛之適當性本易生爭執。且不論勞爭調解仲裁法、《勞動合同法》、勞動監察條例三者，對於同一案件如皆有適用各該法條時如何適用，即勞動仲裁與勞動監察如何劃分管轄，並無充分之規範。此等重要程序利益問題之留空，對勞工權利保障影響顯而易見，各種學說論述即為此而發。

惟此立法結果固使勞工保障不足，但亦不應僅簡化為法治落後評語。誠如中國學者鄭尚元所言，中國法治中政策性制度與法律制度可分離之立法邏輯，為中國建政經驗所傳遞，中國法治社會建設進程中，政策性制度與法律制度的並存將長期存在，透過政策性制度的理性和執行剛性，及法律制度逐步擴張，以形成法治。^⑩易言之，接受政策制度與法律制度差距，從差距現實與實踐中，最後始以法律形式確定事務治理方

註⑩ 鄭尚元，「雇傭關係調整的法律分界：民法與勞動法調整雇傭類合同的制度與理想」，中國法學（北京），第 3 期（2005 年 6 月），頁 81~82。

式，為中國法治建構特徵。故立法部門就勞動合同與勞動爭議處理之配套立法，不意味將普遍規制所有勞動關係議題，反容許部分議題由其他部門摸索、試行，就其他部門之經驗彙整後再予立法。

《勞動合同法》與勞爭調解仲裁法之制定，以務實主義（pragmatism）理解，目的在於解決條件成熟之勞動關係糾紛，即企業內勞動爭議之處理。至於，勞動監察、勞動仲裁管轄劃分涉及勞動監察改革，事業單位內勞動爭議解決與事業單位轉制政策相連，由國務院主導其發展；支付令制度則涉及勞動訴訟制度發展，^③端視最高人民法院司法解釋之態度，而後再由立法部門予以立法。這也意味中國勞動法規之未來，將不僅著重於勞動條件、勞動權利等實體法之修補，更擴向權利實現等程序法如勞動監察、勞動訴訟程序之立法發展。

* * *

（收件：98年12月4日，第1次修正：99年3月9日，複審：99年4月22日，第2次修正：99年9月16日，三審：100年5月24日，第3次修正：100年9月2日，三審複審：100年9月21日，第4次修正：100年10月12日，第5次修正：101年3月27日，第6次修正：101年4月12日，接受：101年4月30日）

註③ 勞動爭議調解仲裁法立法時，有學者主張該法應全面規範勞動爭議調解、仲裁、法院審理，其為「勞動爭議處理法」。但另有主張訴訟制度是統一制度，僅需透過民事訴訟法修正對勞動爭議特殊訴訟程序另訂規範。後說為勞動爭議立法所採納，勞動訴訟程序仍歸於民事訴訟程序一部。前者主張為中國人民大學法學院教授、中華全國總工會法律顧問關懷之意見，轉引自其專訪：「應當高度重視和充分發揮勞動爭議調解的作用（9）」，人民網，2006年12月18日，<http://acftu.people.com.cn/GB/67687/5182054.html>。後一主張參閱：同註②，頁21。因此，支付令制度是否分化為勞動支付令或民事支付令，取決於民事訴訟修法討論結果。

A Review of Labor Disputes Resolution and the Labor Contract Law in China: from the Perspective of Procedural Law

Ching-chin Lee

Assistant Professor
Department of Business Administration
Taiwan Shoufu University

Abstract

The transition of the legal system for labor relationship in China can be grouped under two categories: preventive regulations and remedial measures. The former includes implementation of labor standards, enforcement of collective labor contracts, and administration of labor contract system. The latter covers on labor supervision and labor disputes resolution regulations. During the establishment of China's labor laws, the labor disputes resolutions regulations tend to correspond with labor condition rules. The institution of labor contract law and the law of labor disputes mediation and arbitration in 2007 is a typical case. Besides, among the cases of labor disputes resolution procedure, the most common type of labor disputes has shifted from the protection of labor's status to the implementation of labor contracts. The law of labor disputes mediation and arbitration has been effective since 2008. To find out its impacts on labor protection, it is necessary to refer to the related regulations in labor contract law when studying the factors and the procedures of cases accepted in the labor disputes mediation and arbitration law.

Keywords: resolution of labor disputes, labor contract, labor supervision, labor arbitration

參考文獻

- 「台灣醫界大陸尋找第二春」，新華網，2007 年 10 月 31 日，http://news.xinhuanet.com/tai_gang_ao/2007-10/31/content_6976371.htm。
- 「全國人大常委會 2007 年立法計畫」，中國人大網，2006 年 12 月 15 日，http://www.npc.gov.cn/npc/xinwen/rdyw/wj/2007-05/10/content_365233.htm。
- 「我國立法加大對勞動者保護」，中國人大網，2007 年 8 月 25 日，http://www.npc.gov.cn/npc/xinwen/lfgz/lfdt/2007-08/25/content_370664.htm。
- 「國務院辦公廳轉發人事部『關於在事業單位試行人員聘用制度意見』的通知」，中國政府網—國務院公報，2009 年 8 月 20 日，http://www.gov.cn/gongbao/2009/issue_1836.htm。
- 「深化幹部人事制度改革綱要」，中國政府網—國務院公報，2009 年 8 月 20 日，http://www.gov.cn/gongbao/2009/issue_1836.htm。
- 「勞動爭議案『井噴』 凸顯新法威力 法官詳解案件新特點」，人民網，2008 年 7 月 30 日，<http://acftu.people.com.cn/GB/67561/7582389.html#>。
- 「當前勞動爭議多發 中國立法加大對勞動者保護」，中國新聞網，2007 年 8 月 25 日，<http://www.chinanews.com.cn/gn/news/2007/08-25/1010443.shtml>。
- 「應當高度重視和充分發揮勞動爭議調解的作用 (9)」，人民網，2006 年 12 月 18 日，<http://acftu.people.com.cn/GB/67687/5182054.html>。
- 「關於印發勞動爭議調解仲裁法宣傳提綱的通知」，中國勞動和社會保障部，2008 年 2 月 22 日，http://www.gov.cn/gzdt/2008-02/22/content_897718.htm。
- 丁宇翔，「經濟補償金、賠償金及其他—勞動合同法實施後經濟補償的法律適用」，法律適用 (北京)，總第 274 期 (2009 年 1 月)，頁 51~54。
- 王文珍、張世誠，「勞動爭議調解仲裁法的新突破 起草者的解讀」，中國勞動 (北京)，第 2 期 (2008 年 2 月)，頁 6~11。
- 王全興，「勞動爭議調解仲裁法的出臺背景」，人力資源 (北京)，第 11 期 (2008 年 6 月)，頁 7~8。
- 王全興，勞動法 (北京：法律出版社，2008 年)。
- 王全興、吳文芳，「『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』的不足及其完善」，法學 (上海)，第 10 期 (2002 年 10 月)，頁 58~66。
- 王全興、侯玲玲，「事實勞動關係的法律定義重構」，中國勞動 (北京)，第 1 期 (2006 年 1 月)，頁 16~18。
- 王泰銓，中國法律通論 (下冊) (台北：新學林出版社，2009 年)。
- 王輝，「當前我國企業勞動爭議主要類型的研究」，甘肅行政學院學報 (蘭州)，總第 54 期 (2005 年 2 月)，頁 29~31。
- 全國人大常委會法制工作委員會編，中華人民共和國勞動合同法釋義 (北京：法律出版社，2008 年)。

- 全國人大常委會法制工作委員會編，**中華人民共和國勞動爭議調解仲裁法釋義**（北京：法律出版社，2008年）。
- 朱敏，「進入行政復議程序並涉及勞動爭議的案件 仲裁委員會是否受理」，**中國勞動**（北京），第6期（2000年6月），頁42。
- 周開暢，「勞動爭議處理體制研究綜述」，**中國勞動**（北京），第3期（2004年3月），頁22~25。
- 林嘉、楊飛，「勞動合同解除中的經濟補償金、違約金和賠償金問題研究（下）」，**中國民商法律網**，2006年12月8日，<http://www.civillaw.com.cn/article/default.asp?id=29928>。
- 邱聯恭，**司法之現代化與程序法**（台北：三民書局，1992年）。
- 夏種智，**勞動立法學概論**（北京：中國勞動出版社，1991年）。
- 徐智華，「勞動爭議仲裁制度的缺陷與完善」，**法學評論**（湖北），總第122期（2003年6月），頁145。
- 秦道友，「勞動爭議調解仲裁法受案範圍爭議」，**中國勞動**（北京），第7期（2008年7月），頁21~22。
- 常凱編，**中國勞動關係報告：當代中國勞動關係的特點和趨勢**（北京：中國勞動社會保障出版社，2009年）。
- 張冬梅，「勞動爭議處理體制的比較研究」，**中國勞動關係學院學報**（北京），第22卷第3期（2008年6月），頁45~49。
- 張在范，「限額賠償、加額賠償、等額賠償：勞動合同法賠償規則體系之構建」，**法學論壇**（山東），總第118期（2008年7月），頁103~108。
- 張曉坤，「淺析勞動監察與勞動仲裁」，**工會理論研究**（上海），第4期（2005年8月），頁33~35。
- 梁智編，**勞動合同實務一本全**（北京：中國法制出版社，2007年）。
- 陳玉江、馬曉明，「關於《勞動合同法》第87條的科學解讀」，**法制與社會**（昆明），第25期（2010年9月），頁45、59。
- 陸飛、張翌，「此案是否受理」，**中國勞動**（北京），第1期（2000年1月），頁36。
- 喻術文，「違反和解除勞動合同的經濟補償和賠償責任」，**武漢大學學報（社會科學版）**（武漢），第55卷第4期（2002年7月），頁491~494。
- 彭小霞，「勞動合同解除之經濟補償金法律制度研究」，**北京工業大學學報（社會科學版）**（北京），第11卷第3期（2011年6月），頁56~61。
- 馮彥君，「勞動合同解除中的『三金』適用—兼論我國勞動合同法的立法態度」，**當代法學**（長春），總第119期（2006年9月），頁71~77。
- 黃松有編，**最高人民法院勞動爭議解釋的理解與適用**（北京：人民法院出版社，2006年）。
- 黃河濤、趙健傑編，**經濟全球化與中國勞動關係重建**（北京：社會科學文獻出版社，2007年）。

- 董保華，「勞動合同法中經濟補償的定性及制度建構」，河北法學（河北），第 26 卷第 5 期（2008 年 5 月），頁 44~48。
- 董保華，「勞動保障監察與勞動仲裁選擇或互補」，中國勞動（北京），第 1 期（2005 年 1 月），頁 9~12。
- 董保華，「論我國勞動爭議處理立法的基本定位」，法律科學（西安），第 2 期（2008 年 4 月），頁 148~155。
- 董保華，十大熱點事件透視勞動合同法（北京：法律出版社，2008 年）。
- 翟玉娟，「中國勞動監察的困境與挑戰」，行政與法（長春），第 8 期（2008 年 8 月），頁 75~79。
- 劉雲甫、朱最新，「和諧社會視角下的勞動調解仲裁法」，行政與法（長春），第 4 期（2008 年 4 月），頁 105~107。
- 歐陽瓊，「試論勞動爭議的分類處理」，中國勞動（北京），第 7 期（2007 年 7 月），頁 66~67。
- 蔣飛，「點評『勞動保障監察條例』」，中國勞動（北京），第 1 期（2005 年 1 月），頁 14~15。
- 蔡建輝，「五類糾紛可直接進入法院訴訟程序」，中國勞動（北京），第 7 期（2006 年 7 月），頁 19~20。
- 衛民，「2008 年中國勞動三法的內容分析」，台灣勞動評論，第 1 卷第 2 期（2009 年 12 月），頁 115~143。
- 鄭尚元，「雇傭關係調整的法律分界：民法與勞動法調整雇傭類合同的制度與理想」，中國法學（北京），第 3 期（2005 年 6 月），頁 80~89。
- 鄧學良、李錦智，「中國勞動爭議非訟程序解決機制：調解與仲裁」，中國大陸研究，第 51 卷第 2 期（2008 年 6 月），頁 65~96。
- 黎建飛，「關注勞動監察保障條例在實施中的協調性」，中國勞動（北京），第 1 期（2005 年 1 月），頁 11~13。
- 蕭竹，「勞動爭議調解仲裁法中的勞動爭議處理體制的適用問題研究」，政法論叢（濟南），第 2 期（2009 年 4 月），頁 55~59。
- 錢葉芳，「勞動合同法地方指導意見評述—關於勞動爭議當事人和勞動關係的認定」，現代法學（北京），第 33 卷第 3 期（2011 年 5 月），頁 184~193。
- 薛長禮、柴偉偉，「勞動爭議處理受案範圍的規範分析」，河北法學（河北），第 31 卷第 3 期（2011 年 5 月），頁 139~142。
- 蘇淵明、黃秀萍，「淺析勞動爭議案件受理範圍及當事人種類」，中國勞動（北京），第 11 期（2004 年 11 月），頁 29~31。
- 樂居瀘、周傳會，「支付賠償金後是否還需支付經濟補償金」，中國勞動保障（北京），第 5 期（2008 年 5 月），頁 44~45。
- 「Labor Contract Law of the People's Republic of China」, *Law Info China*, <http://www.lawinfochina.com/index.asp>.

