

跨域法政文丛
何志辉◎主编



制度比较与跨域合作

THE COMPARISON OF SYSTEMS AND THE
CROSS-REGIONAL COOPERATION

澳门劳动关系法及若干新议题

THE LABOR RELATIONSHIP LAW IN MACAO AND CERTAIN NEW ISSUES

叶再兴◎著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

跨域法政文丛
何志辉◎主编



本书由澳门基金会资助出版

制度比较与跨域合作

澳门劳动关系法及若干新议题

叶再兴◎著



法律出版社
LAW PRESS·CHINA

图书在版编目(CIP)数据

制度比较与跨域合作:澳门劳动关系法及若干新议题/叶再兴著. —北京:法律出版社,2017
(跨域法政文丛/何志辉主编)
ISBN 978-7-5197-0231-1

I. ①制… II. ①叶… III. ①劳动法—研究—澳门
IV. ①D927.659.250.4

中国版本图书馆CIP数据核字(2016)第256808号

制度比较与跨域合作

——澳门劳动关系法及若干新议题

ZHIDU BIJIAO YU KUAYU HEZUO

—AOMEN LAODONGGUANXIFA JI RUOGAN XINYITI

叶再兴 著

策划编辑 似玉

责任编辑 似玉

装帧设计 汪奇峰

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

经销 新华书店

印刷 北京玺诚印务有限公司

责任校对 王沁陶

责任印制 张建伟

编辑统筹 法研工作室

开本 720毫米×960毫米 1/16

印张 14.75

字数 215千

版本 2017年9月第1版

印次 2017年9月第1次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

网址/www.lawpress.com.cn

投稿邮箱/liuwenke0467@sina.com

举报维权邮箱/jbwq@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

全国各地中法图分、子公司销售电话:

统一销售客服/400-660-6393

第一法律书店/010-63939781/9782

西安分公司/029-85330678

重庆分公司/023-67453036

上海分公司/021-62071639/1636

深圳分公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5197-0231-1

定价:45.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

总 序

我们来自五湖四海,各有安身立命之所,却都愿与真理同在,与正义同在,与慈悲同在,与幸福同在,归属同一的法律职业共同体。在信息爆炸的大数据时代,在机遇迭出的大分流时代,我们期望以绵薄之力,于形形色色的学术文丛中,再造一套跨域法政文丛,试图打破学科壁垒,消除职业区隔,超越空间边界,提供更具开放精神的学术平台,促进同人之间的交流合作。

与其他学术文丛相比,跨域法政文丛期望秉持以下特质:

其一,作者之跨域。文丛汇聚各方才俊,所涉议题关乎法政。今日中国法政之研究事业,固然仍有必要移译西学资源,但也有必要扶植原创成果。文丛作者均在跨域文化中历练人生,或有负笈异域的学习背景,或有辗转各方的工作经历,既熟稔异域文化,亦体察在地语境,所涉领域更具国际视野,所事内容更具开放精神,所得成果更具原创价值。

其二,选题之跨域。文丛选题强调跨域性质,借此避免泯然于众。所谓跨域性质大抵有二:一是内容跨越不同法域;二是方法跨越不同学科。前者致力展示涉及港澳法律与比较法的新风貌。其中既有纵向钻研港澳法律的研究,亦有横向进行比较观察的研究,借此展示跨域的深度。后者强调横贯至少两个学科,使研究内容既在法政问题之内,亦在与历史、社

会、文化、宗教、伦理等领域发生关联之处,借此呈现跨域的广度。

其三,影响之跨域。文丛期望产生的影响,契合前述选题之跨域性质。空间意义的跨域选题,更注重制度性的法政研究,有望为中国乃至世界范围的制度建构提供镜鉴;学科意义的跨域选题,更注重方法性的法政研究,有望为纷繁复杂以至牵涉各科的问题意识提供参考。事实上,空间意义与学科意义的跨域,在本套文丛中并非截然对垒。文丛第一辑及后续各辑,大多同时交织两种性质的跨域,亦将因之产生两种性质的影响。

职是之故,文丛集跨域之才俊,汇跨域之选题,求跨域之影响,根在于斯,长在于斯,倘获同人关照,假以时日栽培,必有蔚然生机,终在枝头绽放。

何志辉

第一编 澳门劳动关系法:基于比较的视角

第一章 《澳门基本法》在劳动法意义上之解读	3
一、基本权理念之历史变迁	3
二、《澳门基本法》之基本权利状况	6
三、生存权之法理分析	7
四、财产权之法理分析	8
(一)所有权社会化	9
(二)经营民主化	10
五、工作权之法理分析	11
(一)工作权之权能探究——结社团结权、团体协商权和劳工斗争权	13
(二)劳工基本三权和工作权、生存权、财产权之关系梳理	14
第二章 新《澳门劳动关系法》之意义	17
一、劳动法的社会使命	17
二、新《澳门劳动关系法》于社会之意义	17
三、新《澳门劳动关系法》于市场经济之意义	18

2 制度比较与跨区域合作——澳门劳动关系法及若干新议题

四、新《澳门劳动关系法》于法理之意义	20
(一) 加速劳动立法的社会化进程	20
(二) 维护劳动法公私兼备、私法为体、公法为用的科学体系	21
第三章 雇佣关系之后合同义务	23
一、雇员之保密义务	23
二、雇员之竞业限制义务	24
三、雇主之社会保险义务	26
四、雇主之提供工作证明义务	27
(一) 工作证明内容之要求	27
(二) 工作证明之解释和举证责任	27
(三) 法律责任	28
五、雇主之相关信息告知义务	28
第四章 雇主附随义务探究	30
一、附随义务之概念	30
二、雇佣关系之法律属性及价值	31
三、附随义务之法律渊源	32
(一) 法律的规定	33
(二) 集体合同的约定	33
(三) 个别雇佣合同的约定	34
(四) 诚信原则	34
四、雇主附随义务详析	35
(一) 保护雇员生命健康之附随义务	35
(二) 保护雇员人格之附随义务	36
(三) 保护雇员财务义务	39
(四) 社会保险和就业协助义务	39
第五章 试用期、竞业禁止与培训制度之比较	41
一、问题之产生	41
二、试用期之比较: 期间、最低待遇及关系解除	42
(一) 《中华人民共和国劳动合同法》	43

(二)《澳门劳动关系法》	47
三、保守企业秘密和竞业禁止之比较:条件及范畴	48
(一)《中华人民共和国劳动合同法》	49
(二)《澳门劳动关系法》	51
四、培训制度之比较:在职培训与培训费用之返还	53
(一)《中华人民共和国劳动合同法》	53
(二)《澳门劳动关系法》	54
 第六章 劳动秩序的创建:以上班时间上网办私事为例	58
一、问题之产生	58
二、劳动指挥权与劳动秩序	59
(一)劳动指挥权的法律属性	59
(二)劳动指挥权的调控范围	61
(三)违反劳动指挥权的法律后果	61
三、集体劳动合同与劳动秩序	62
四、劳动关系解除制度	63
五、相关立法之检讨	64
(一)集体劳动合同制度和工会法	64
(二)劳动合同解除制度	65
(三)警告制度	68
 第七章 劳动保护、招聘与解聘:劳动关系中的艾滋病问题	69
一、问题之产生	69
二、常规劳动保护和艾滋病防范	69
(一)普通行业	70
(二)高危行业和高危部门	70
三、劳动招聘和艾滋病问题	71
(一)面试内容的限制	71
(二)招聘体检的限制	71
四、艾滋病和雇员解聘制度	72
五、合同解除制度的检讨	72

第八章 工资续付制度:以德国劳动法为参照	75
一、问题之产生	75
二、“无劳动即无报酬”原则之突破与工资续付情形	76
三、常规休息休假和工资续付	78
(一)休息日和法定强制节假日	78
(二)年假和工资续付	79
四、合理缺勤和工资续付	82
(一)澳门疾病、意外事故和工资续付	84
(二)德国劳动法对疾病和意外事故之规定	85
(三)女性雇员和工资续付	86
五、雇主受领迟延和工资续付	88
(一)澳门受领迟延法律状况	88
(二)德国受领迟延法律状况	89

第二编 澳门法律本地化及当前之发展

第九章 澳门法律本地化与现代化	95
一、澳门法律本地化回顾	95
二、澳门法律本地化的内容	96
三、澳门法律本地化存在的问题	97
四、澳门法律本地化和现代化的几点建议	98
(一)法律移植首先需要意识变更	98
(二)正视法律翻译的深层内涵	99
五、统一法:他山之石,可以攻玉	101
第十章 《澳门基本法》视野下的国际反腐和司法协作	103
一、问题之产生:欧文龙案引发的思考	103
二、“一国两制”的政治架构和区际司法协助	104
三、反腐败国际合作和国际司法互助	106
(一)国际司法互助和主权原则	106
(二)红色通缉令、引渡制度和司法独立间的冲突	108
四、司法协助和法律适用	111

第十一章 澳门分层楼宇法律制度之行政思辨·····	114
一、问题之产生:以《禁止提供非法住宿》为视点·····	114
二、行政特质和行政机关之职能·····	115
三、房屋局之管辖权限和职能行使·····	116
四、旅游局之管辖权限和职能行使·····	117
五、行政机关间之职务协作·····	119
第十二章 我国台湾地区 ADR 机制及其对澳门之启迪·····	122
一、问题之产生·····	122
二、我国台湾地区仲裁制度及实践·····	125
(一)我国台湾地区“仲裁法”的最新修订状况·····	125
(二)我国台湾地区“仲裁业”发展概括·····	126
(三)公共工程仲裁·····	127
(四)劳资纠纷仲裁·····	129
三、多元调解机制及其运行·····	131
(一)我国台湾地区“民事诉讼法”之调解制度和运行机制·····	131
(二)我国台湾地区“政府采购法”关于政府采购争议之调解机制·····	133
(三)我国台湾地区“乡镇市调解条例”之调解机制·····	134
(四)仲裁机构调解·····	135
(五)其他特定争议之调解机制·····	135
四、我国台湾地区其他争端解决机制·····	135
(一)争议审议委员会·····	135
(二)政府采购争议案件的异议和申诉机制·····	136
(三)金融评议制度·····	138
五、对澳门 ADR 制度之启迪·····	139
(一)仲裁·····	140
(二)调解·····	141
(三)其他·····	142
第十三章 两岸经贸纠纷解决机制及其对澳门之启迪·····	143
一、两岸经贸纠纷和 ADR 法律基础之特别说明·····	143
二、两岸经贸冲突之 ADR 法律现状·····	144

(一)仲裁	145
(二)两岸经贸纠纷解决机制的双边协议	148
(三)调解	150
三、两岸纠纷解决机制的前瞻	151
(一)机构合作	152
(二)互相吸纳仲裁员	152
(三)香港仲裁——两岸商事纠纷解决的新尝试	153
四、“台湾经验”对澳门ADR制度之启迪	155
(一)CEPA	156
(二)《关于内地与澳门特别行政区相互承认仲裁裁决的安排》	157
(三)澳门涉内地仲裁的特点与涉台仲裁的比较	157
五、“香港元素”对澳门ADR建构之启迪	158

第三编 跨域合作:优质生活圈、城中村 改造与集合资金信托计划

第十四章 共建优质生活圈与欧洲一体化:跨域合作动机及内容	163
一、问题之产生	163
二、粤港澳共建优质生活圈的动机和目标	165
(一)粤港澳跨域合作动机	165
(二)粤港澳跨域合作目标	167
三、欧洲一体化的跨境合作动机和目标	168
四、粤港澳共建优质生活圈的跨域合作内容	169
(一)优先保护自然资源和环境	170
(二)加快转变经济发展方式	170
(三)健全区域公共服务和民生治理架构	171
(四)转变空间发展模式	172
(五)提供便利、绿色、以人为本的交通运输服务	172
五、欧盟一体化的跨域合作内容	173
(一)欧共体时期:三个共同体的产生	174
(二)欧盟时期:欧洲一体化的实质发展阶段	176
(三)欧盟制宪以及改革时期:欧洲一体化深化发展阶段	177

第十五章 共建优质生活圈与欧洲一体化:跨域合作机制及启迪	181
一、共建优质生活圈之合作机制	181
二、共建优质生活圈之组织部门与民间机构	183
(一) 粤港、粤澳合作联席会议及相关专责小组	183
(二) 粤港澳与中央政府有关部门的协调	183
(三) 粤港澳的民间机构和公众	184
三、欧盟一体化跨境合作与治理结构多元化	185
四、欧盟一体化跨境合作与政策工具多元化	186
(一) 完备的法律工具	186
(二) 精细的经济工具	186
(三) 规范的行政工具	187
五、欧盟一体化跨境合作与区域协调模式多元化	187
(一) 多元化的区域协调模式	187
(二) 结论与前瞻	188
第十六章 PPP 模式与城中村改造集合资金信托计划	191
一、问题之产生	191
二、PPP 模式之概念、特征及其利弊	193
(一) PPP 模式之概念	193
(二) PPP 模式进行城中村改造的利处	193
(三) PPP 模式下城中村改造引入信托机制的可能及其困境	194
三、集合资金信托计划和股权稀释风险	195
四、集合资金信托计划和反稀释风险应对	197
(一) 完全棘轮条款	197
(二) 加权平均反稀释条款	198
五、计划面临的法律“瓶颈”及应对措施	199
第十七章 土地集合信托退出机制及其法律风险	201
一、集合资金信托及其退出机制	201
二、公开上市退出的法律风险	202
三、企业回购退出的法律风险	203
四、并购退出的法律风险	206

第十八章 城中村改造集合资金信托计划退出机制之探索	208
一、退出机制的困境所在	208
二、划拨土地的可融资性问题	210
三、城中村改造中使用信托方式之前景	212
参考文献	213

第一编 澳门劳动关系法： 基于比较的视角

- 第一章 《澳门基本法》在劳动法意义上之解读
- 第二章 新《澳门劳动关系法》之意义
- 第三章 雇佣关系之后合同义务
- 第四章 雇主附随义务探究
- 第五章 试用期、竞业禁止与培训制度之比较
- 第六章 劳动秩序的创建：以上班时间上网办私事为例
- 第七章 劳动保护、招聘与解聘：劳动关系中的艾滋病问题
- 第八章 工资续付制度：以德国劳动法为参照

第一章 《澳门基本法》在劳动法 意义上之解读

澳门回归祖国的十年,是稳步发展的十年,也是“一国两制”、“澳人治澳”成功实践的十年。纵观整个发展历程,《中华人民共和国澳门特别行政区基本法》(以下简称《澳门基本法》)于政治稳定、经济发展和社会协调起到奠基作用。基于此,澳门成功回归、稳步发展的十年,同样也是检验《澳门基本法》成功实践的十年。作为规制整个澳门社会架构、保障澳门居民基本权益的宪法性文件,《澳门基本法》的解读具有相当的难度,而学界则有义务承担这一重责。事实上,澳门法学界,包括内地、国外的一些学者对《澳门基本法》的研究已经取得了相当的成就,“一国两制”也因此正确的道路上行进。然而,如何根据《澳门基本法》之精神,并结合部门法之具体情形作综合分析方面,却仍然有待提升。

就劳动法而言,《澳门基本法》必须在社会连带的意义上解读社会基本权,必须在“澳人治澳”理念下确保社自由权,工作权之实现,进而实现劳工在实质意义上的生存权。本书就《澳门基本法》中的劳动基本法作深入探析,以指明《澳门基本法》在雇佣关系,尤其是劳资关系层面的宪法含义。

一、基本权理念之历史变迁

正确、深入和全面认识《澳门基本法》规定下的基

本权利,必须要从人权保障的发展历史出发,并将各类权利放置于一个完整的体系中去观察。纵观人类社会关于基本权利的发展历史,大体经历了18~19世纪的自由资本权阶段和20世纪的社会基本权阶段。

18~19世纪的自由资本阶段以平等、自由为特征,强调“法律面前人人平等”、“国家必须保障平等个体的自由权利”,思想自由、信仰自由、行为自由、结社自由、集会自由等就是其中典型的自由权。各国宪法对此类自由的表述虽各不相同,但立法精神方面无一不是强调天赋人权之自由,并要求把国家对个人自由的干涉限定在最小范围,这样才能全面伸张个人与生俱来的、天赋的自然权利。例如,美国的《独立宣言》就宣称:“人人生而平等,造物主赋予他们若干不可让与的权利,其中包括生存权、自由权和追求幸福的权利”,而“为了保障这些权利,人们才在他们中间建立政府,而政府的正当权利,则是经被统治者同意授予的”。^① 法国在其著名的《人权宣言》中也表明其立场:“在权利方面,人们生来是而且始终是自由平等的,只有在公共利用上面才显出社会上的差别”,^②“这些权利就是自由、财产、安全和反抗压迫”。^③ 所以,无论是《独立宣言》还是《人权宣言》都坚定地表现了天赋人权的思想,于平等之上倡导个体自由,不论任何形态的政府干预如果妨碍此目的,人民都可加以变革或者废止。这一时期的宪法所保障的自由原则上不设置限制,如果有限制,也仅仅在妨碍社会秩序、危害他人自由的时候予以适当干涉。避免国家公权力的介入、消极地保护个人自由是其最大特征,这一时期也因此被称为自由基本权

① The Declaration of Independence: . . . We hold these truths to be [sacred and undeniable] selfevident, that all men are created equal and independent; that from that equal creation they derive in rights inherent and inalienables, among which are the preservation of life, and liberty and the pursuit of happiness; that to secure these ends, governments are instituted among men, deriving their just powers from the consent of the governed; that whenever any form of government shall become destructive of these ends, it is the right of the people to alter or to abolish it, and to institute new government, laying its foundation on such principles and organizing it's powers in such form, as to them shall seem most likely to effect their safety and happiness. . .

② Declaration of the Rights of Man and of the Citizen, Art. 1, Men are born and remain free and equal in rights. Social distinctions may be founded only upon the general good.

③ Declaration of the Rights of Man and of the Citizen, Art. 6, Law is the expression of the general will. Every citizen has a right to participate personally, or through his representative, in its foundation. It must be the same for all, whether it protects or punishes. All citizens, being equal in the eyes of the law, are equally eligible to all dignities and to all public positions and occupations, according to their abilities, and without distinction except that of their virtues and talents.