



The Primary Training Courses for Lawyers
律师实务初阶培训教程

劳动争议律师实务

The Lawyer's Practice in Labor Dispute

上海市律师协会律师学院 / 组编

陆胤 / 主编



法律出版社
LAW PRESS · CHINA



律师实务初阶培训教程

The Primary Technical Courses for Lawyers



劳动争议律师实务

The Lawyer's Practice in Labor Dispute

上海市律师协会律师学院 / 组编

陆胤 / 主编

图书在版编目(CIP)数据

劳动争议律师实务 / 陆胤主编;上海市律师协会
律师学院组编. —北京:法律出版社,2014.3
律师实务初阶培训教程
ISBN 978-7-5118-6108-5

I. ①劳… II. ①陆…②上… III. ①劳动争议—
劳动法—中国—职业培训—教材 IV. ①D922.591

中国版本图书馆CIP数据核字(2014)第038618号

©法律出版社·中国

责任编辑/彭雨

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
印刷/固安华明印刷厂

编辑统筹/法律出版社上海出版中心
经销/新华书店
责任印制/张建伟

开本/720毫米×960毫米 1/16
版本/2014年3月第1版

印张/15.25 字数/286千
印次/2014年3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)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

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、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782 西安分公司/029-85388843 重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636 北京分公司/010-62534456 深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5118-6108-5

定价:35.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

律师实务初阶培训教程

编 委 会

顾 问：倪正茂

主 任：盛雷鸣

副主任：万恩标 刘小禾 章志伟

编 委：(按姓氏笔画排列)

尹燕德 阮露鲁 孙志祥 陆胤 周知明

高明 黄荣楠 蒋信伟 谭芳

编 辑：陈一沁

劳动争议律师实务

编 委 会

主 编：陆 胤

副主编：李 磊 钱文漪

撰稿人：张 斌 楼凌宇 木利丽 钱明辉

麦 丰 陈佳楠

序 言

“法律的生命在于经验”。这是前美国联邦最高法院大法官霍姆斯先生的一句著名格言。法学是一门应用科学,它不能仅仅停留于思辨,还需要融入社会生活、融入社会实践。律师是法学的工匠,是法学的最直接、最深刻、最广泛的践行者。律师不仅是手执法学武器的战士,也是锻造法学产品的工匠。与专家学者不同,律师对法学创造更多的是一种“经验”。正是这种“经验”,成为律师业传承的纽带;也正是这种“经验”,引领了法学理论、司法实践乃至法治建设的发展。然而,现行律师职业教育、继续教育却忽视了“经验”提炼,忽视了“经验”的理论化、科学化、体系化建设,甚至囿于教条式教学,跬步于三尺讲坛,沿袭于大学法学教学的简单重复,难以适应律师业传承与发展。

作为司法行政战线上的一名老兵,我欣喜地看到,这种状况很快将会改变。由我国首家律师学院——上海市律师协会律师学院编辑出版的校本课程教材“律师实务初阶培训教程”,将对律师职业教育、继续教育进行尝试。这套教材以新律师和青年律师为主要对象,兼顾课堂教学和自学之用。教材由从业经验丰富、业绩骄人的资深律师主编和编写,聚集着上海律师界精英的集体智慧。这是一套由律师编写、为律师编写、供律师学习业务的教材,是一次将“经验”提炼为教学内容的尝试。

注重实务是这套教材的根本特点。教材冠名“律师实务初阶培训教程”表明:帮助读者认识律师实务,掌握律师实务操作是教材的目的。教材没有过多的理论、理念、概念的铺垫和阐述,也没有对各种名家经典理论的诠释,而是直奔主题,紧扣律师实务,沿续律师实务操作的客观流程展开叙述,并附以相关法规、文件和操作指引作支撑。教材围绕有关法律实务的内容“是什么”、“怎么干”,来帮助读者认识律师实务,学会运作律师实务。

强调直观是这套教材的鲜明特点。教材注重内容直观,运用案例教学法

原理,以案说事,以案析理。教材更注重言语直观,在语言表述上,注重使用律师执业中的行业术语、司法实践的言法语阐述内容,务使读者一看就懂,做到可学易仿。

兼顾多用是这套教材的另一特点。这套教材没有止步于教科书编写体例的束缚,兼顾了教学参考和自学丛书的功能,适应当下社会节奏和青年律师阅读特点,综合教科书、参考书和法典的功能,不仅可供课堂教学、小组学习之用,也可供学员自学之用。这套教材既可以作为学院课堂教学的教材,供教学之用;也可以供学员自学之用,帮助学员做到无师自通;还可以供青年律师在办案中及时查询相关法律规范,起着办案宝典作用。从某种意义上看,这套教材可以称得上是一部青年律师执业的“三用”通典。

透过这套教材,我们看到上海市律师协会律师学院在律师职业教育和继续教育创新、改革的端倪,那就是以校本课程建设为主线,推进律师实务教学,实现法学理论与司法实践的对接。校本课程(school-based curriculum)即以学校为本位、由学校自己确定的课程,早在20世纪70年代就广被英、美等发达国家所重视。这些国家借助校本课程开发、使用,使课程迅速适应社会、经济发展的需要,进而建立起一种以教师和学生为本位、为主体的课程开发、设置机制,使课程具有多层次满足社会发展和学生需求的能力。律师职业教育抑或继续教育应当学习、借鉴和运用国外先进的、成功的经验和实践,使之更加贴近律师的需求、贴近律师业发展的需求。在这一点上,上海律协的同志们又领先一步走到了全国同行的前列,不是把律师的继续教育仅仅停留于培训,而且办学院,搞教材,希望各地律协像上海律协的同志一样,将关注业务与关注律师的继续教育结合起来,同步发展。这是我们律师业持续发展的不竭动力。

毋庸置疑,因为时间仓促,加之能力所限,丛书中谬误与不如意之处在所难免,请读者多提批评建议。法律实践亦是不断更新,这套教材尚难以做到最好,但我们期望通过后续修订再版,不断修正提高,成为广大新律师、年轻律师、资深律师所期待、所必备的好教材。我们更希望未来编辑出更多、更好的供律师们学习提高、掌握律师实务的好教材。

段正坤

26/1-2014

法律法规简称凡例

一、法律	
《中华人民共和国宪法》(2004年3月14日修正)	《宪法》
《中华人民共和国劳动合同法》(2012年12月28日修正)	《劳动合同法》
《中华人民共和国合同法》(1999年3月15日颁布)	《合同法》
《中华人民共和国劳动法》(1994年7月5日颁布)	《劳动法》
《中华人民共和国民事诉讼法》(2012年8月31日修正)	《民事诉讼法》
《中华人民共和国劳动争议调解仲裁法》(2007年12月29日颁布)	《劳动争议调解仲裁法》
《中华人民共和国安全生产法》(2002年6月29日颁布)	《安全生产法》
《中华人民共和国社会保险法》(2010年10月28日颁布)	《社会保险法》
《中华人民共和国工会法》(2001年10月27日修正)	《工会法》
《中华人民共和国妇女权益保障法》(2005年8月28日修正)	《妇女权益保障法》
《中华人民共和国母婴保健法》(1994年10月27日颁布)	《母婴保健法》
《中华人民共和国职业病防治法》(2011年12月31日修正)	《职业病防治法》
二、法规	
《中华人民共和国劳动合同法实施条例》(2008年9月18日颁布)	《劳动合同法实施条例》
国务院《工伤保险条例》(2010年12月20日修订)	《工伤保险条例》
国务院《女职工劳动保护特别规定》(2012年4月18日颁布)	《女职工劳动保护特别规定》
三、司法解释	
最高人民法院《关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释(一)》(2001年4月16日颁布)	《劳动法司法解释(一)》
最高人民法院《关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释(二)》(2006年8月14日颁布)	《劳动法司法解释(二)》
最高人民法院《关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释(三)》(2010年9月13日颁布)	《劳动法司法解释(三)》
最高人民法院《关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释(四)》(2013年2月18日颁布)	《劳动法司法解释(四)》
最高人民法院《关于民事诉讼证据若干问题的规定》(2001年12月6日颁布)	《民事诉讼证据规定》
劳动部《关于贯彻执行〈中华人民共和国劳动法〉若干问题的意见》(1995年8月4日颁布)	《劳动法意见》

目 录

第一章 劳动法理论与实务概述	(1)
第一节 劳动法主要制度概说	(1)
第二节 企业劳动用工管理的理论概说	(8)
第三节 劳动法专业律师服务领域	(14)
第二章 律师劳动争议实务	(19)
第一节 劳动争议仲裁受案范围	(19)
第二节 仲裁参加人	(23)
第三节 仲裁时效	(26)
第四节 仲裁管辖	(28)
第五节 证据	(31)
第六节 仲裁程序	(39)
第七节 诉讼程序	(45)
第三章 报酬福利	(49)
第一节 劳动报酬的定义及其相关理论综述	(49)
第二节 劳动报酬法规综述	(56)
第三节 劳动报酬争议	(58)
第四节 福利待遇争议	(64)
第五节 加班费争议	(69)
第四章 劳动合同争议案件	(77)
第一节 劳动合同制度及其相关理论综述	(77)
第二节 合同订立争议	(87)
第三节 合同变更争议	(94)
第四节 劳动合同解除争议	(102)
第五节 劳动合同终止争议	(110)
第六节 服务期争议	(116)

2 劳动争议律师实务

第七节 保密和竞业限制	(122)
第五章 劳动保护争议案件	(132)
第一节 劳动保护理论综述	(132)
第二节 劳动保护立法概述	(138)
第三节 工伤赔偿争议	(149)
第四节 职业病赔偿争议	(155)
第五节 医疗期争议	(159)
附录1 案例讨论一览表	(166)
附录2 常用文书范本	(167)
一、律师劳动仲裁、诉讼业务文书	(167)
(一) 业务委托手续相关文书	(167)
范本一 律师事务所函(仲裁阶段)	(167)
范本二 授权委托书(特别授权)	(167)
范本三 授权委托书(一般授权)	(168)
(二) 劳动争议仲裁诉讼文书	(168)
范本一 劳动争议仲裁申请书(劳动者使用)	(168)
范本二 劳动争议仲裁申请书(用人单位使用)	(169)
范本三 起诉状(劳动者使用)	(170)
范本四 起诉状(用人单位使用)	(171)
范本五 答辩状	(172)
范本六 民事上诉状	(172)
范本七 民事撤诉状	(173)
范本八 撤回上诉申请书	(173)
范本九 财产保全申请书	(174)
范本十 证据保全申请书	(175)
范本十一 先予执行申请书	(175)
范本十二 申请执行书	(176)
范本十三 延期举证申请书	(177)
二、律师劳动法非讼业务文本	(177)
范本一 劳动合同	(177)
范本二 竞业限制协议	(181)
范本三 集体合同	(184)
范本四 员工手册	(188)

范本五 培训协议	(191)
范本六 工资集体协商专项集体合同	(193)
范本七 女职工权益保护专项集体合同	(196)
三、劳动关系管理常用表单	(200)
(一)集体劳动关系系列表单	(200)
范本一 集体协商争议协调处理申请表(职工代表)	(200)
范本二 集体协商争议协调处理申请表(职工代表)	(200)
范本三 工资专项集体合同	(201)
范本四 集体合同送审表	(204)
范本五 上海市企业实行不定时工作制和综合计算工时 工作制申请表	(205)
(二)工伤职业病	(206)
范本一 工伤认定申请表	(206)
范本二 老工伤人员基本信息登记表	(207)
范本三 延长停工留薪期申请表	(207)
范本四 配置辅助器具申请表	(208)
范本五 工伤保险待遇申请表	(209)
(三)境外人员就业	(210)
范本一 《办理境外人员就业手续用户卡》申请表	(210)
范本二 委托代办公司办理境外人员就业手续备案表	(210)
范本三 台港澳人员就业证登记备案表	(211)
范本四 台湾、香港、澳门人员就业申请表	(212)
范本五 台港澳人员就业证注销(迁移)申请表	(213)
范本六 外国人就业申请表	(214)
范本七 外国人就业证年检表	(216)
范本八 外国人就业证延期申请表	(218)
范本九 外国人就业证注销(迁移)申请表	(220)
范本十 定居国外人员在沪就业核准表	(221)
范本十一 定居国外人员在沪就业核准证年检表	(222)
范本十二 定居国外人员在沪就业核准证延期申请表	(223)
范本十三 定居国外人员在沪就业核准证注销申请表	(224)
后 记	(226)

第一章 劳动法理论与实务概述

内容概要

本章主要探讨劳动法主要制度概说、劳动争议的易发点、劳动法专业律师的业务领域等几个方面,给读者进行理论上的背景铺垫。从劳动法的历史发展来看,其与社会进步、产业分工和大工业时代的兴起密不可分。每一次生产技术的进步,都会影响到劳动关系的发展,进而影响到劳动法。劳动法业务的内容会随着新形式的劳动关系而变化,但劳动关系所独有人身性和财产性相结合、平等性和隶属性相结合的本质,仍然使得劳动法律的脉络清晰可循。

第一节 劳动法主要制度概说

一、劳动法主要制度框架

(一) 中外劳动法的发展历史

劳动法是调整劳动关系及与之密切相关的其他社会关系的法律规范的总和,^[1]其产生于19世纪欧洲工业革命时期。由于工业革命改变了整个欧洲的社会基本结构,使得资本雇佣劳动成为现实,劳动关系也逐渐成为了整个社会最主要的社会关系。

欧洲最早的调整劳动关系的法律是1802年英国的《学徒健康和道德法》。后来德国、法国、荷兰等国家纷纷出台了各自的劳动法,劳动法律部门逐渐开始形成。

回顾这段劳动法的发展历史,有助于我们深入理解劳动法的相关规定和规则。最初,雇佣关系只是被作为财产关系,由民法调整。在罗马法中,劳动给付关系属

[1] 林嘉:《劳动法和社会保障法》,中国人民大学出版社2009年版,第1页。

于租赁关系。当时租赁关系分为物的租赁、雇佣租赁和承揽租赁。^{〔1〕}而作为资本主义早期民法代表的《法国民法典》则几乎完全继承了罗马法的衣钵,也将劳动关系列为租赁关系。而随着社会的发展,尤其是大工业的发展,仅用民法调整劳资之间的关系,已经越来越捉襟见肘。由于劳工和资本之间天然存在不平等和利益失衡,基于平等主体之间的人身和财产关系的民法精神就与劳资的现状发生了冲突。在这一基础上,突破民法的原有框架和原则,去调整劳动者和资本家之间基于雇佣劳动而形成的劳动关系,这就是劳动法的使命。

因此,我们讨论和运用劳动法,一方面,要着重理解劳动法与民法的差异性,突破民法的很多束缚,避免在劳动法规则、规定理解上的误区;另一方面,我们也需要承继民法的诸多基本理论,包括诚信原则、合同原理、规则原则、代理制度等,如果没有了民法的这些基础制度,劳动法也根本没有立身之本。

(二)我国现行劳动法律体系介绍

就我国当前的劳动法律体系而言,有广义和狭义两种。广义论者认为,我国劳动法律体系应当包括劳动就业法,劳动关系协调法和劳动保障法,而将工会法、劳动监察、劳动争议调解处理法均纳入其中。狭义论者则认为,劳动法律体系仅包括劳动标准法和劳动契约法。劳动标准法包括工资、工时、劳动保护等内容,而劳动契约法则包括劳动合同,集体合同等法律法规。

虽然学理上存在不同的观点和分类,但是在律师实务的实践中,不必受学理的限制,而应当放宽视野。本质上劳动关系是用人单位与劳动者的相对关系,但是针对这一关系,还存在政府的管理、管制,工会组织、行会组织的参与、自律,更在劳动关系的履行和发展过程中涉及公司制度、税收制度、知识产权、基本人权、行政许可、刑事处罚等各个方面,很难说都是劳动法律体系内的,但只要都是劳动关系所可能涉及的,我们律师就不应裹足不前。

二、劳动法的主要特点

从内容上而言,劳动法的主要特点包括:

1. 追求实质平等

平等对于法律来说,是最重要的价值之一。然而什么是真正的平等,政治学、经济学和法学、社会学的学者们众说纷纭。近代以来,随着以自由、民主为价值观的资本主义宪政体系的确立,以追求机会平等或程序平等为核心的近现代民法平等观深入人心。这种平等观的逻辑重心在于:每个人由于个人能力、个人努力程度、受教育程度等不同,其个人的成就以及对社会的贡献肯定不同。然而法律不应当着力去抹平这种结果的差异,因为这样会挫伤努力者的积极性,同时也会助长懒惰者的惰性,从而不利于社会的整体发展。法律要做的是平等地提供给每个市场

〔1〕 林嘉:《劳动法和社会保障法》,中国人民大学出版社2009年版,第14页。

主体发展的机会,使每个市场主体能够平等地参与竞争,而不是获得相同的结果。

这一逻辑长期以来主导了大多数民商事法律的制定。然而随着市场经济的发展,自由资本主义向垄断资本主义的过渡,大家逐渐认识到,在某些领域单纯的考虑机会平等可能有失公允,对社会整体福利造成不良的,甚至破坏性后果。这是由于每个人的成就不仅仅取决于后天努力,更与先天家庭条件,个人禀赋有密切的联系。如果立法仅单纯地考虑机会平等,则会使一部分人永远无法获得足够的物质生活条件,如先天残疾人,因年老而丧失劳动能力的人等,从而酿成新的不平等。因此,有些法律的制定应当着重考虑结果的平等,即实质的平等,而非机会的平等或程序的平等。通过这些法律,使部分人员也能够充分享受社会发展的成果,保障自身劳动和生活的权益。劳动法很大程度上就是追求实质平等理念的第一次实践。

在律师实务中,追求实质平等也有很多具体的表现,如在争议解决程序上,劳动仲裁程序就不如普通民事诉讼严谨,仲裁员可以有更多的主观价值判断,而不囿于证据的证明。而在社会保障方面,实质平等更是一个可以让人人都可以感受的制度原则,如生育保险待遇、工伤保险待遇等,都在很大程度上消除了个体的差异,而实现个体权益的实质平等。

2. 隶属的人身关系

劳动法调整的是劳动关系,这种关系不是单纯的平等的人身或者财产关系,但也不是一种纯粹的命令与服从的关系。这种关系的一大特点在于形式上的平等性和实质上的隶属性。形式上,用人单位和劳动者之间是完全平等的关系,都是法律上的平等主体。但实质上,由于劳动者在用人单位的管理和监督下进行劳动,这种劳动的过程和性质就决定了必然是劳动者对用人单位之间有隶属性,即劳动者在用人单位的隶属下劳动。这种隶属性主要体现在人身方面。

理解这一点,对于把握劳动法实务的一些特点尤为重要。一方面,我们不能无视形式的平等性,劳动者在劳动关系的建立、履行过程中,存在大量的自主意思表示,这是律师实务中不应回避的事实;另一方面,我们也要具体分析在隶属性条件下,劳动者意思表示受到限制这一事实。譬如,对于劳动报酬的变更,就需要结合具体的实际履行情况来加以分析和判断,是否属于劳动者的真实意思、是否侵害了劳动者的合法权益。

3. 规范的强制性

法的强制性与自治性是法的两个主要功能。所谓强制性,是指法律对主体的行为有强行作用,强制要求主体遵守和服从,否则将予以制裁。自治性则是指法律赋予主体通过自己的意思表示实现目的。民法有一个重要的基本原则——意思自治原则,即民事主体之间可以通过各自的意思表示来达到自己的法律目的。只要这一过程不违反法律的禁止性规定,法律就予以保护。这是民法的基本精神。与

此相对应的是,民法中大量的规范是授权性规范,而比较少的是强制性规范和禁止性规范。

而在劳动法中,由于法律要体现国家立法对劳动者的保护,而个体的劳动者通常又缺乏谈判能力,因此,往往在立法中加入了许多强制性的条款,主要体现为劳动基准。即便在劳动契约法中,立法者考虑到劳动者谈判能力问题,也规定了很多限制型条款,来限制用人单位一方的权利,尤其是单方解除劳动关系的权利。

劳动法的强制性规定具有其显著的特点,即“相对强制性”。一般而言,国家公法属强行法、自治性规范属任意法,强行法之违反的效果为“无效”,但在劳动法中,强行法之违法不当然无效,由于现代法制对劳动者之保护特别强调,因此在强行法违反时,仍需视其结果是否对劳工有利而定其效果,如果对劳工不利时,当然无效;对劳工有利者则为有效。^[1]

就提前通知期而言,假设双方在劳动合同中约定,“无论哪一方依法提前解除劳动合同,都应当提前3个月通知对方”。这一约定显然与劳动合同法及劳动法关于企业非过失性解除只需要提前1个月通知以及劳动者提前1个月通知可以解除劳动合同的规定相悖,但是因此得出该约定当然无效的结论就太过武断。因为要求劳动者提前3个月通知预告解除显然加重了劳动者的义务,该部分约定无效符合劳动法的价值判断;而要求用人单位提前3个月预告解除,是用人单位自愿为自己设定义务,并不损害劳动者利益,因此不应无效。

4. 我国劳动争议的主要解决机制优缺点介绍

我国劳动争议的主要解决机制包括两大类:诉讼(含仲裁)模式和非诉讼模式。

第一类是诉讼(仲裁)模式。

诉讼(仲裁)模式是指劳动争议发生后,双方当事人通过具有公权力的中立第三方居中的方式解决纠纷。目前我国法律规定的具有公权力的第三方主要指劳动争议仲裁机构和人民法院。

这类机构解决纠纷的优点在于:

1. 权威性强。由于此类机构为法定公立纠纷解决机构,因此天生具有较强的公信力和权威性。

2. 专业性强。无论是仲裁机构的仲裁员还是法官,大多均为受过严格正统法学教育,并具有相关工作经验的专业人员。

3. 具有法律强制性。无论是法院生效判决还是仲裁机构生效裁决或调解书,均依法具有法律强制性,即该裁决,判决或调解书具有强制执行的效力。

缺点在于:

1. 形式要求较高,不够简便。仲裁机构和法院均为正式的国家司法(或者准

[1] 黄越钦:《劳动法新论》,中国政法大学出版社2003年版,第20页。

司法)机构,对于申请人(原告)的救济请求,必须符合一系列形式要求才能够受理。在处理案件的时候,又有较为烦琐的形式及程序要求。这些要求相对于法律知识并不丰富的劳动者当事人来说不够简便。

2. 耗时较长,而且有时还难以执行到位。仲裁和诉讼由于需要双方举证、辩论,因此往往需要消耗较长的时间,因而效率不高。而且由于我国目前执行难度较大,执行环境不佳,因此很多当事人即使仲裁或诉讼获胜,也很难执行到位,使得很多当事人空等了很长的时间,却一无所获。

第二类是 ADR:替代争议解决方式(alternative dispute resolution)。

ADR 是英文 alternative dispute resolution 缩写,译作选择性争议解决方式或者替代诉讼的争议解决方式。它是目前在美国等西方国家中非常盛行的解决争议的方式。实际上是解决争议的一组程序群。在美国,ADR 是各种解决争议的方法或技术的总称,而且这些方法或技术仍处在不断发展的过程中。因此,诉讼以外的解决争议的方式都是 ADR,主要包括传统的仲裁、法院附属仲裁(court-annexed arbitration)、建议性仲裁(advisory arbitration)、调解仲裁、棒球仲裁、调解、微型审判、简易陪审审判、中立专家认定事实等。^[1]

我国的 ADR 还处在初步研究阶段,在实践中也处于摸索尝试阶段。目前,我国在劳动法领域主要通过建立多维度的调解作为仲裁和诉讼的补充,实践中开展劳动争议调解工作的主要包括企业自设的调解机构、依法成立的基层人民调解机构、乡镇街道设立的具有劳动争议调解职能的调解组织以及法院设立的诉讼调解衔接机构。总体而言,调解模式有以下优点:

1. 形式简便,易于操作。非诉讼模式不需要复杂的程式,更不需要专门的法庭、法官等。相对而言较为简便易行。

2. 调解人员充沛。调解人员不需要很高的任职资格,因而人员相对较为充沛。调解人员相对法官、仲裁员而言,门槛较低,不需要通过专门的考试。

3. 调解结果更易被接受。调解方式具有较强的柔性,结果更容易被接受。由于调解需要双方的让步和接受,因此调解的定分止争效果突出,而且执行难度也较低。

而调解模式也存在缺点,主要包括:

1. 调解人员专业素养不够,客观中立性不足。劳动争议的依法解决,需要法律知识作为后盾。然而由于调解工作人员门槛较低,因此不少调解人员缺乏专业的法律素养,容易做出错误判断或者偏听偏信,从而影响调解的合法性和公正性。

2. 调解工作缺乏法律强制性,可能被轻易否定。仲裁机构、人民法院之外的调解是一种没有法律强制力保障的争议解决方式。调解的结果只能通过双方自觉履

[1] 郭玉军、甘勇:“美国选择性争议解决方式(ADR)介评”,载《中国法学》2000年第5期。

行调解协议来执行。如果遇到当事人反悔,调解书将成为一纸空文。

三、劳动争议的易发点

(一) 当前我国劳动争议的特点

当前我国劳动争议存在以下一些突出的特点:

1. 数量巨大。根据国家人力资源与社会保障部的统计,2012年全国劳动争议案件为140.3万件。^[1]这一数量超过了同期全国人民法院受理案件数量的10%。^[2]可见劳动争议案件数量之大。

2. 耗时较长。一个劳动争议案件如果走完全部程序,需要历经仲裁,一审、二审,因此较普通民事案件耗时更长。

3. 调解比重大。2012年我国结案劳动争议案件中,调解结案占49%。^[3]也就是说,有接近一半的案件实现了调解结案。实际上,在上海等发达地区,调解结案率已经超过50%。

4. 处理难度大。近几年来,随着市场经济的发展,企业的形态和管理也越来越复杂,而经济的波动对企业用工的影响也越来越直接和强烈,引发大量纠纷,尤其是群体性纠纷等新型争议大幅度增加;加上劳动者权利意识觉醒和劳动争议解决机制相对陈旧,劳动争议冲突有加剧之势。这也增加了劳动争议处理的难度。

(二) 劳动争议的易发点

劳动争议案件常见的争议类型包括:

1. 劳动合同先合同义务履行争议

劳动合同虽然没有签订,但用人单位或劳动者可能对对方负有先合同义务。而对先合同义务的违反也有可能形成争议。比较典型的争议是:新的用人单位已经向劳动者发出录用函,劳动者也履行了从前一个单位的辞职手续。但在进入新的用人单位之前,该单位由于内部原因决定不再录用劳动者,此时劳动者将面临“两头落空”的局面。此时可能发生争议。

2. 未签订书面劳动合同争议

建立劳动关系必须订立书面劳动合同是《劳动合同法》较《劳动法》相比的重大改进。前者不仅强调了书面劳动合同的必要性,更规定了不签订书面劳动合同的惩罚措施。然而现实中,由于种种原因,仍出现了大量企业未与劳动者签订书面劳动合同的情形,导致劳动者提起劳动争议仲裁和诉讼。

[1] “2012年人力资源与社会保障事业发展统计公报”,载 http://www.mohrss.gov.cn/SYrlzyhsh-bzb/zwqk/szrs/ndtjsj/tjgb/201306/t20130603_104411.htm,2013年12月8日访问。

[2] 胡云腾:“‘数’说办案”,载 <http://www.chinacourt.org/article/detail/2013/03/id/907754.shtml>,2013年12月8日访问。

[3] 郭玉军、甘勇:“美国选择性争议解决方式(ADR)介评”,载《中国法学》2000年第5期。