



当代法律科学文库



aodong Fazhilun

Yi Laodong Zhengyi Chuli Weizhongxin

劳动法治论： 以劳动争议处理为中心

刘志军 沈长月/著



对外经济贸易大学出版社

University of International Business and Economics Press

当代法律科学文库

劳动法治论

——以劳动争议处理为中心

刘志军 沈长月 著

对外经济贸易大学出版社
中国·北京

图书在版编目 (CIP) 数据

劳动法治论：以劳动争议处理为中心 / 刘志军，沈长月著. —北京：对外经济贸易大学出版社，2013
(当代法律科学文库)
ISBN 978-7-5663-0614-2

I. ①劳… II. ①刘… ②沈… III. ①劳动争议 - 处理 - 研究 - 中国 IV. ①D922.591.4

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2013) 第 010591 号

© 2013 年 对外经济贸易大学出版社出版发行

版权所有 翻印必究

劳动法治论

——以劳动争议处理为中心

刘志军 沈长月 著

责任编辑：阮珍珍

对外经济贸易大学出版社

北京市朝阳区惠新东街 10 号 邮政编码：100029

邮购电话：010-64492338 发行部电话：010-64492342

网址：<http://www.uibep.com> E-mail: uibep@126.com

北京市山华苑印刷有限责任公司印装 新华书店北京发行所发行

成品尺寸：155mm × 230mm 15 印张 195 千字

2013 年 1 月北京第 1 版 2013 年 1 月第 1 次印刷

ISBN 978-7-5663-0614-2

定价：28.00 元

出版说明

改革开放三十年，随着我国法制化进程的加速发展和法律制度的不断完善，我国的法学研究也呈现出百家争鸣、百花齐放的良好局面，各种学术观点和派别不断涌现。

对外经济贸易大学出版社出版发行《当代法律科学文库》酝酿已久。我们编辑出版该文库的宗旨，就是要为法学研究者和工作者提供交流平台，为现实中的法制实践提供理论依据。

《当代法律科学文库》的选题是开放性的。不管是具有全局性、前瞻性和战略性的法制课题，还是只选取部门法学基础理论视角，或切入法制热点难点问题，只要对法学理论和法制建设有新观察、新分析和新思考，我们愿意为作者搭建出版平台，让这些研究成果呈现给学界、呈现给世人、呈现给社会。我们坚信，这些优秀成果一定会引起社会各方面的广泛关注，一定会对我国的法制建设起到推动和促进作用。

我们的联系方式：北京市朝阳区惠新东街10号对外经济贸易大学出版社文法事业部，邮编：100029；联系电话：010 - 64493916；电子邮箱：zhangjie@uibep.com。

序 言

我国社会发展的方向是构建和谐社会，和谐的劳动关系是构建和谐社会的必备要素。社会主义市场经济建设进程中，劳动者权利保护水平的不断提高是经济与社会健康持续发展的重要指标，然而，和市场经济同处于转型期的我国的劳动关系，问题逐渐显现，劳动争议案件急速增长，已经严重危及经济发展和社会稳定。从某种意义上说，我国劳动争议案件的不断增加实际上是劳动关系市场化改革和利益多元化冲突的必然结果，而以劳动法、劳动合同法、劳动争议调解仲裁法为代表的劳动法律体系的不断完善和劳动保障水平的提高，只是扭转“资强劳弱”现实的一种法律回应，使得劳动者权益的保障问题成为社会热点。在当前条件下，和谐已经成为我国社会发展理念和政治目标任务，当然地也成为调整劳动关系和处理劳动争议的理念和目标，而且这也正是与劳动关系合作共赢的特点相契合的，因此，构建和谐稳定的劳动关系成为我国劳动立法与实践以及社会政策与行动的取向与目标。

劳动关系反映的是劳动与资本之间的利益分配关系，是一个不断变化的矛盾过程，用人单位与劳动者之间的冲突和争议是这个关系自然衍生出来的结果。当前，我国劳动争议作为劳动关系的一种外在表现，也随之出现许多新的变化和特征。面对与日俱增的劳动争议案件，重新审视和改革我们的劳动立法尤其是劳动争议处理立法成为理论界与实务界共同关注的焦点。随着 2007 年《劳动合同法》、《就业促进法》和《劳动争议调解仲裁法》的相继出台，我国的劳动法学研究也呈现出了由冷转热的趋势。

本书对于劳动法律制度的研究正是综合运用法学、管理学、经济学、社会学等理论与方法，立足劳动关系的自身特点和规律，对我国劳动争议及其法律处理的现状和成因进行理论探索与实证分析，指出其存在的问题和发展的趋势，并通过对域外立法与实践的考察指出可资借鉴的经验，提出建立以和解与调解为中心的协商性处理机制为重点的改革思路。

我们已然走过了二十一世纪的第一个十年，正所谓“年光似鸟翩翩过，世事如棋局局新”，中国劳动关系在当下的展开固然存在不少变数，但劳资双方合作共赢的特点随着经济和科技的发展已经日益明显，劳动争议的大量涌现未尝不是社会文明进步的先声，劳动争议在法治框架下得以合理解决也未尝不是劳动关系不断调适和完善的契机。对于劳动权益的保障和劳动争议的处理，我们必须抱定合作、和谐的理念和目标，从法律制度和处理机制上鼓励协商和解，健全多元化调解机制，改革劳动仲裁和诉讼，建立和完善以协商性处理为重点的、相互协调、相互衔接的劳动争议处理制度。我们应当相信，一个科学合理的劳动法律体系和劳动争议处理机制的建立，必将有利于促进我国劳动关系的和谐发展，也会为我国经济社会的可持续发展奠定坚实的基础。

目 录

第一章 劳动关系法治化的理论基础	(1)
第一节 劳动关系法律调整的历史演进	(1)
一、古代社会的劳动关系及其调整	(2)
二、近代社会的劳动关系及其法律规制	(7)
三、现代劳动关系调整的专门化与法治化	(11)
第二节 劳动法律与政策的理念变迁	(17)
一、从契约自由到国家干预	(19)
二、劳动关系中的政府角色	(25)
三、劳动关系法治化	(45)
第三节 我国劳动关系的变革趋势	(49)
一、新中国成立以来我国劳动关系的历史演变	(49)
二、劳动关系的和谐之途：从 对抗到合作的理论与实践	(54)
第二章 我国劳动争议处理机制的回顾与展望	(61)
第一节 我国劳动争议处理机制的形成	(62)
一、劳动争议及其处理机制	(62)
二、劳动争议的现状考察	(72)
三、我国劳动争议解决机制的历史沿革	(74)
第二节 我国劳动争议处理机制的现状与问题	(81)
一、我国劳动争议处理制度的主要内容	(82)
二、现行劳动争议处理制度之不足	(87)
三、我国劳动争议处理制度的症结分析	(94)

第三章 纠纷解决的多元视角	(101)
第一节 多元纠纷解决机制的兴起	(101)
一、多元纠纷解决机制的理念	(102)
二、对传统司法的反思和非诉讼纠纷解决机制的兴起	(105)
第二节 多元纠纷解决机制的资源与经验	(115)
一、多元纠纷解决机制的传统资源	(116)
二、多元纠纷解决机制的域外经验	(123)
第三节 我国多元纠纷解决机制现状与走向	(131)
一、我国的多元纠纷解决机制现状	(131)
二、我国纠纷解决机制的法律依据	(134)
三、我国目前的纠纷解决机制的问题与不足	(137)
四、我国多元纠纷解决机制的构建	(141)
第四章 我国劳动争议处理制度的完善	(155)
第一节 劳动争议处理机制的域外经验	(155)
一、劳动法院模式	(156)
二、力量均衡模式	(158)
三、专业权威模式	(159)
四、劳动争议处理的其他模式	(162)
第二节 我国劳动争议处理制度的重构	(164)
一、推动劳动争议协商和解制度化	(165)
二、充分发挥调解在劳动争议处理中的主渠道作用	(169)
三、重塑我国的劳动争议仲裁制度	(171)
四、改革劳动争议诉讼程序，强化诉讼调解	(174)
第五章 劳动争议基层调解制度	(179)
第一节 劳动争议调解制度概述	(179)
一、问题的提出	(179)
二、劳动争议调解	(182)

第二节 我国劳动争议基层调解的现状与问题	(186)
一、我国劳动争议调解机制	(186)
二、劳动争议基层调解制度存在的问题	(187)
第三节 境外劳动争议调解制度及其启示	(192)
一、国外劳动争议调解制度	(192)
二、我国台湾地区的劳动争议调解制度	(202)
三、国外及我国台湾地区劳动争议 调解制度的启示	(204)
第四节 我国劳动争议调解制度完善与重构	(207)
一、我国劳动争议调解模式的选择	(208)
二、政府主导型调解机制构建探索	(211)
三、政府主导型调解机构的价值	(217)
主要参考文献	(221)

第一章 劳动关系法治化的 理论基础

从古代社会的个别现象到现代社会的普遍存在，劳动关系及其争议由来已久，其法律调整在不同的历史时期各有其特点，当今各国基于其社会现实与法律传统形成不同的劳动法律制度与劳动争议处理体制。从历史上看，劳动关系在不同的社会发展阶段、不同的社会历史文化和不同政治传统与体制下，形成了不同的理论和实践，劳动法律制度及其运行也呈现不同的样态。但就某一国家或地区而言，其劳动法治状况既体现出与其经济和社会发展的同步性，也体现出与其历史传统和文化观念相关的接续性。我国劳动立法起步较晚且发展曲折，社会主义市场经济体制尚在完善之中，劳动法律制度与劳动争议处理机制的变革与完善应借鉴其他国家的成功经验，并充分考量本国国情与历史传统，积极完善劳动法律体系，妥善处理劳动争议，建立以协商性机制为中心、以政府权威为依托的劳动关系调节机制，为构建和谐劳动关系奠定法治基础。

第一节 劳动关系法律 调整的历史演进

马克思主义认为，劳动创造了人类自身，也推动着人类文明从低级向高级的发展进步。亚当·斯密说：“几乎每个人都要通过工作来获得生活必需品，这很正常。正如不穿衣服很荒谬一样，不工作也很荒谬。就像一个从事民用事业的人到拘留所或兵

营里看起来有点别扭或被人瞧不上一样，一个懒散的人混在一群生意人之间也会显得很别扭或被人蔑视。”从现实来说，劳动不仅仅是一种获取经济利益的谋生手段，不仅仅是为了赚钱，也构建了一个社会人的心理框架，它为人们提供了人生目标、成就感、集体归属和人际网络，使人们的生活获得心理支撑。因此，无论过去、现在或是未来，劳动都是人类本身的存在方式和实现方式，也是任何社会的法律不得不关注的重要问题。

虽然现代意义的劳动关系和劳动法是社会发展到一定阶段才出现的，但是既然劳动是人类社会独有并伴随始终的重要社会现象，在人类历史上的各种法律之中也必定有所反映，以劳动为基础所形成的社会关系也必定是法律的调整对象。考察人类历史上不同时期对劳动及其所产生的社会关系的法律规范之演进，也就具有重要的学术意义和实践价值。因此，本章所使用的劳动关系概念也就具有更为广泛的意义，即劳动关系是和人类社会同时产生的，泛指基于劳动所产生的社会关系。作为人类社会基本的社会关系，劳动关系与劳动争议发展的历史与经济社会发展的背景有着非常密切的联系，同时这些背景因素直接影响着同一时期劳动关系及其处理机制的发展和变化。劳动关系的发展从总体上讲，是从对立到对话、从冲突到合作、从无序到制度化法制化的方向推进的。国家在劳动关系调整过程中的作用在不断加强，法治化程度不断提高，劳动关系双方也有更多的选择机会，通过协商合作获得利益，产业民主不断推进。

一、古代社会的劳动关系及其调整

劳动是人类生存的第一需要，劳动创造了人类也推动了人类社会的不断发展与演进。虽然从现代劳动关系的观点来看，人类社会之初生产力尚未充分发展，经济和社会关系比较简单，在古代社会并无大规模的雇佣劳动，更无现代意义上的产业劳动关系，但显然存在局部的、小范围的劳动关系，只是这些劳动关系

要么被完全的财产法所调整，要么被完全的身份法所调整。由于劳动者不具有完全意义上的法律人格，因此，这些调整劳动关系的法律规范只能属于奴隶社会性质或封建性质的法。

（一）奴隶制时代

古罗马有句法谚：有社会之处必有法。法律与人类社会相伴而生，调整劳动关系的法律也可以追溯到遥远的古代。按照马克思主义关于人类社会历史阶段的划分，奴隶制社会是人类历史进入文明阶段的第一种社会形态，其基本特点是奴隶主不仅占有生产资料，而且占有奴隶本身。从现代劳动法的观点来看，生产资料与劳动力同属于奴隶主所有，不会产生现代意义的劳动关系，但无疑属于广泛意义的劳动关系。尽管学术界对东西方社会历史发展进程已有不同观点，认为以中国为典型的东方文明与以西欧为典型的西方文明各自走过了不同的社会发展道路，中国没有经过西欧式的奴隶社会和封建社会，但不影响我们以此为坐标对劳动关系的法律调整历史进行考察。按照法学界的一般观点，早在公元前18世纪，古巴比伦王国的《汉姆拉比法典》中就有关于奴隶主与奴隶关系的规定；公元前5世纪的古罗马《十二铜表法》也确认了奴隶主对奴隶的统治；〔1〕我国春秋战国以后，也有过一些具体的规定。但无论是奴隶主与奴隶的关系还是封建主与农奴的关系，其共同的特点是不存在独立的劳动关系，因此不存在独立的劳动法律规范。

在古希腊，有大量的奴隶存在，日常劳动完全依赖奴隶提供劳动力。根据希腊晚期作家阿典奈奥斯的说法，在奴隶制度全盛时期，雅典的奴隶是40万，外邦人1万，而公民只有2万1千人。〔2〕奴隶提供劳动力在法律上的形式为：奴隶为其主人提供劳动时，其间关系为基于公法上之支配关系，并无私法上意义；

〔1〕 周楠：《罗马法原论（上）》[M]，北京：商务印书馆，1994：37。

〔2〕 参见：何勤华，李婧：《新编外国法制史》[M]，北京：中国政法大学出版社，2010：36。

而奴隶为其主人以外的自由人提供劳动时，奴隶之地位等同于法律上的物，即奴隶主将其物借贷于他人使用，奴隶无选择之余地。随着生活关系逐渐复杂化，劳动除了依赖奴隶之外，也要依赖自由人，但在此情形下仍然不以自由契约的形式出现，而是以类似于奴隶劳动的方式进行：提供劳动的自由人虽然可以从对方获取相应对价，但此对价却以消费借贷的形式受领，然后在一定期间内以劳动力之给付清偿，在此期间该自由人成为对方债务奴隶的拟制法律关系；或者自由人自愿将自己降低为类似奴隶地位，将自身借贷给其他自由人。此时代可称为“不自由劳动时代”。

古罗马也存在大量的奴隶劳动，其劳动关系与古希腊相似，但自由人的劳动关系已经脱离了不自由劳动时代，而踏入自由契约时代。即在自由人为他人提供劳动力时，不是以债务奴隶或自己出借的方式进行，而是将自己的劳动力出租给对方，成立劳动力租赁契约。这种劳动关系以两个独立人格者之债权债务关系为基础，是劳动思想史上划时代的进步。此一时期可称为“租赁劳动时代”，劳动关系属于一种财产法上的契约关系。^{〔1〕}

我国古代不存在典型的奴隶社会，奴隶劳动并未大规模出现，主要是以自耕农为主体的自由劳动，与西方社会有很大不同。但中国古代并非没有奴隶，如西周时期。根据历史学家的描述，当时奴隶的来源，主要为战争中的战俘，如诸侯国之间的战争，每次战争都产生大批的奴隶；其次来源于罪犯，古籍中常有贵族被废灭后家人被充为奴隶的记载；此外还有自卖为奴的，为数不多。这些奴隶大多数被强迫为贵族服役，从事生产劳动。至于奴隶的法律地位，与古希腊罗马类似，奴隶是主人财产的一部分，可以被抵押和买卖，甚至生命也由主人随意处置，如殉葬。奴隶的身份是以家为单位的，一个奴隶的家属也全是奴隶，而且

〔1〕 黄越钦：《劳动法新论》[M]，中国政法大学出版社，2003：3-4。

这种身份又是世袭的，他们很少有被解放的机会。〔1〕

（二）封建制时代

封建社会是马克思主义关于人类社会历史进程划分的第二个发展阶段，其典型是欧洲中世纪的封建制度。封建社会的主要特点，大概可以分为以下几点：首先，自政治层面而言，这种封建制度下，国王向各类封建领主授予土地，而封建领主向国王效忠，并履行出兵、纳税等封建义务；大封建领主又将自己的土地分封给小封建领主，小封建领主对大封建领主承担封建义务，从而形成了一种金字塔式的国家治理结构。根据领主们的封地规模、家族地位等因素，国王授予公、侯、伯、男、子爵位，封建领主即地主阶级成为统治阶级，地主阶级与农民阶级之间的矛盾是封建社会的主要矛盾。其次，自经济层面而言，封建经济属于自然经济形态，以土地为基础，农业与手工业结合，以家庭为生产单位，具有自我封闭性、独立性，形成以满足自身需要为主的经济结构，其生产力发展水平较低，社会财富分配极不公平。最后，自社会层面而言，封建社会形成以身份为基础的壁垒森严的等级社会秩序，社会阶层缺乏流动性，社会形成贵族与平民两个身份固定的阶级，“贵族天生是贵族，农奴天生是农奴”。

欧洲中世纪封建主义之形成，按照历史学家钱穆先生的观点，“事先并非出自任何人的计划和命令，也没有一种制度上之共同规律。只因北方蛮族入侵，罗马政府崩溃，新的政府与法律不及产生，农民和小地主，在混乱中无所依赖，各自向较强有力者投靠，要求保护，于是在保护者与被保护者间，成立了各样的契约。后来此种契约关系，逐渐扩大，连国家、皇帝、城市乃至教会，都被卷入。这是一种由下而上的演进。”〔2〕欧洲中世纪，军阀割据，社会动荡，个人为避免任人宰割纷纷依附于某个封建领主，大大小小的封建主与从事农业劳动的农奴之间是以忠勤关

〔1〕 傅乐成：《中国通史（上册）》[M]，贵阳：贵州教育出版社，2010：36-37。

〔2〕 钱穆：《国史新论》[M]，北京：生活·读书·新知三联书店，2005：1。

系为纽带的主从身份关系，整个社会关系包括劳动关系大大退步，具有强烈的身份色彩。在法兰克的墨洛温王朝的一件委身文书中写道：“众所周知，由于我无衣无食，所以请求您的恩典，允许我委身于您的保护之下。为此您应帮助维持我的衣食，我将尽一切力量服务于您并使您满意。在我一生中，一定给您一个自由人的服务与尊重，并且无权脱离您的权力与保护。”〔1〕日耳曼国家的农奴对其使用的份地只有使用权而没有所有权。农奴从地主贵族那里领取份地，就意味着他们必须接受压迫和剥削。他们要承担沉重的赋税和劳役，其人身也被束缚固定在土地上，不得随便离开土地。领主转让土地时，农奴同时被转让。如《伊尼法典》中规定：“假如任何人未得到领主允许就离去或溜到其他郡，而在那里被发现，他必须回到原地，并给其领主 60 先令。”由此可见，欧洲封建时代的劳动关系建立在人身依附关系的基础上，是一种身份法律关系。

我国所谓封建时代与欧洲大异其趣，真正可以与西方封建制相比较、可以称得上封建制度的历史时期，应是西周时期。周灭商以后，逐步把自己的大批宗室亲戚分封各地，以便统制。先由天子分封诸侯，再由诸侯分封卿大夫，逐步扩张，形成王、诸侯、卿大夫、士、平民这样的社会层级结构。西周以下的所谓封建社会与西方封建制相距甚远，自秦汉以降，整个中国只有一个中央政府，中央乃至地方的管理，全由政府选拔贤才任用，在政治上，更无贵族世袭特权之存在；经济上，全国农民及工商业，只向一个政府纳同一规定的税负，担当同一规定的兵役，遵守同一种法律，享受同一规定的权利，全体人民地位是平等的，全是国家公民，并无贵族平民阶级之对立。经济是自由的，因此形成贫富不均的现象，这些都不能算是封建社会的特征。〔2〕中国古代固然存在地主与农民的对立，但人身依附关系并不显著，仍然

〔1〕 徐爱国：《西法肄言》[M]，北京：北京大学出版社，2009：126。

〔2〕 钱穆：《国史新论》[M]，北京：生活·读书·新知三联书店，2005：1-37。

以自耕农为主体，而佃农、雇农与地主富农之间大概可以看做是自由人之间的契约关系。若论及劳动关系，我国古代显然并不鲜见，如各类官营及私营工商业领域、地主富农与雇农之间，这些领域的劳动关系也自有其调整的法律规范，性质上应主要是私法规范范畴。

二、近代社会的劳动关系及其法律规制

自从有了人类社会，劳动关系就成为重要的社会关系，自从有了法律规范，劳动关系就是法律调整的重要对象，但现代意义的劳动关系和劳动法是建立在近代西方资本主义的社会基础上的。在产业革命推进的过程中，现代意义上的劳动关系产生并迅速发展，劳资冲突逐渐加剧，劳动争议的解决成为新兴的欧洲资产阶级国家面临的严峻挑战。在此背景下，现代意义上的劳动法开始出现，劳动争议的处理机制逐渐成熟。

（一）现代意义劳动关系的产生与发展

在欧洲中世纪中后期，商品经济不断发展，罗马法复兴、文艺复兴、宗教改革次第展开，欧洲社会获得重生。在经济领域，以自治城市为代表的欧洲工商业的迅速发展，独立、平等、自由、自治的市民社会初步形成，崇尚自由的市民阶级逐渐成为经济强势的社会力量，他们力图摆脱教会、贵族特权和封建主义的束缚，获得经济发展的自由空间，建立自由资本主义的生产方式和社会关系。按照自由主义经济学大师亚当·斯密的理论，劳动是国民财富的源泉，企业将追求利润最大化作为唯一目标，个人在追求利益最大化的同时就会实现整个社会利益的最大化。这种观念是自由资本主义时期经济理念的最好理论解读，同时也是这个时期天赋人权的自然法思想和社会契约论政治哲学的实践理性基础。

在工商业发展和自由经济思想的影响下，以雇佣劳动为基础的资本主义的生产方式迅速建立，在政治和法律层面也获得认可

和鼓励，现代意义的劳动关系随之成为广泛的社会关系。这一现象在英国通过“圈地运动”率先展开：15世纪末16世纪初，欧洲直通印度新航线的开通和美洲大陆的发现，以及环球航行的成功，使英国的对外贸易迅速增长，进一步刺激了英国羊毛出口业和毛织业的发展。羊毛价格不断上涨，养羊业成为获利丰厚的事业。英国圈地运动最早从工商业较发达的东南部农村开始。地主贵族最初圈占公有地，后来圈占小佃农的租地和公簿持有农的份地。在宗教改革中，国王把没收的教会领地赐给亲信宠臣，或卖给乡绅、土地投机家、市民、商人和工场主。他们变成新贵族，也大规模地圈占农民土地。大批农民被迫出卖土地，或远走他乡，或到处流浪，陷于极端悲惨的境地，这就是莫尔在《乌托邦》中所谓的“羊吃人”的圈地运动，为资本主义生产提供了大量廉价的劳动力。英国资产阶级取得决定性胜利之后，城市工业进一步发展，城市人口急剧增加，因此，对农产品的需求日益增加。地主贵族为了生产肉类和商品粮以供应城市的需要，扩大投资，改善土地的生产能力，同时加速进行圈地。资产阶级则大力鼓励圈地，政府通过议会立法使圈地合法化。地主贵族依靠国家机器，强迫农民服从圈地法案。农民无力负担圈地费用，或因失去公有地使用权而无法维持生产和生活，被迫出卖土地。随着1701年条播机的发明，开始了农业生产技术的革命。于是生产关系的革命就在更加广泛的基础上深入开展。18和19世纪，英国议会通过4763件有关圈地的法案，共批准圈占269万公顷共耕地和公有地。1845年以后，圈地运动已近尾声。1876年公布的禁止非法圈地的法案虽只应用于公有地，但圈地作为一种运动也已结束。欧洲大陆的圈地运动主要发生在18、19世纪，德意志、法国、俄国和丹麦的圈地运动主要是通过政府法令实行的。这样，通过持续不断的圈地运动，随着资本主义国家政权的建立和产业革命的展开，以产业雇佣为特点的现代劳动关系开始产生并快速发展。