



清华法律评论

TSINGHUA LAW REVIEW

第二卷 第一辑

主题研讨：劳动者权益保护

社会劳工维权研讨会

万以娴 劳动争议之处理——理论与实务相结合

郑广怀 资历与信息的制约——影响农民工维权的微观因素分析

梁晓晖 供应商行为守则的特性分析及其对权益保护的 legal 意义

陈建民 稳定的劳动关系与中国的可持续发展

——读《中华人民共和国合同法(草案)》有感

论文

余凌云 行业协会的自律机制 —— 以中国安全防范产品行业协会为个案研究对象

评论

赵旭东 法律为何？—— 以文化建构反思为基础的法律人类学札记

陈柏峰 调解、实践与经验研究——对调解研究的一个述评

清华大学出版社

清华法律评论

Tsinghua Law Review

2007

第二卷 第一辑

清华大学出版社

北京

内 容 简 介

本书以“中国劳动者权益保护”为专题,从劳动法、国际经济法、社会学等多角度切入,进行深入研讨,收录高质量的学术论文及评论多篇,力图为读者提供丰富全面的知识资源。

本书适合法学学者、法律专业学生及一般读者阅读。

版权所有,侵权必究。侵权举报电话:010-62782989 13501256678 13801310933

图书在版编目(CIP)数据

清华法律评论.第二卷.第一辑/《清华法律评论》编委会编.一北京:清华大学出版社,2007.9

ISBN 978-7-302-16101-1

I. 清… II. 清… III. 法律—文集 IV. D9-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2007)第 140274 号

责任编辑:刘全友 杨爱臣

责任校对:王凤芝

责任印制:孟凡玉

出版发行:清华大学出版社 地 址:北京清华大学学研大厦 A 座

<http://www.tup.com.cn> 邮 编:100084

c-service@tup.tsinghua.edu.cn

社 总 机:010-62770175 邮购热线:010-62786544

投稿咨询:010-62772015 客户服务:010-62776969

印 装 者:清华大学印刷厂

经 销:全国新华书店

开 本:170×255 印 张:10.75 字 数:198 千字

版 次:2007 年 9 月第 1 版 印 次:2007 年 9 月第 1 次印刷

印 数:1~3000

定 价:25.00 元

本书如存在文字不清、漏印、缺页、倒页、脱页等印装质量问题,请与清华大学出版社出版部联系调换。联系电话:(010)62770177 转 3103 产品编号:027366-01

清华法律评论

第二卷第一辑 编辑委员会

主 编 白 麟
编 辑 余盛峰 龙 俊 滕 琪 毕 灵 易 静
郝婷婷 戴少刚 魏凌波 郝朝峰
实习编辑 管 君 王 旭 刘 洋 余 婷
林 玲 刘 波

卷首语——我们的民族利益

1895年,31岁的韦伯(Max Weber,1864—1920)就任弗莱堡大学经济学教授时,发表了著名的《民族国家与经济政策》演讲。面对台下研修经济学的教师和学生,韦伯的讲话却显得有点“偏题”——他兴致勃勃地谈论着德国东部农业工人的大迁徙。

长期以来,东德地区一直拥有高度成熟的经济和较高的生活水平。但自从19世纪60年代起,波兰移民缓慢而稳步地增加了。德国计日工从文化程度较高的地区移出,而波兰农民则在生产水平较低的地区增加。结果是,德国人将东部的大片土地让给了经济上不如自己的波兰人。

为什么德国计日工要迁走?韦伯说,原因并不是物质的,也不是人们常说的对大城市娱乐的向往。真正的原因是一种大众心理上的过程:“在家乡的庄园联合体中,计日工的世界只包含了主人和仆人,他的后代永远只能面对这样一种前景,即听从庄园的钟声,在其他人的土地上辛勤劳作。在对远方的含混半自觉的向往中,隐藏着原始理想主义的要素。如果任何人无法解释这一点,他就不明白自由的魔力。”相比之下,流动的波兰工人占据了东部庄园的位置,这些“成群结队的流浪者,成千上万地在春天跨越边境,在秋天又离开”。相比于德国人,他们反倒能够更好地顺从生存环境。

民族国家间的经济斗争,即使在“和平”的外表下也不曾停息。面对农业工人迁徙的情况,韦伯指出,“我们的后继者会让我们为历史负责,主要不是为我们传下的经济组织负责,而是让我们为我们征服并遗留给他们的自由行动空间的总量负责。”无论这句话传达出多么强烈的“日耳曼精神”,或是其源于多么现实的19世纪末德国历史的语境,支撑它的一个更为根本的判断,则超越了种种的“特殊性”——“我们无法将和平与人类幸福传给我们的子孙,我们传给他们的只是维护和提升民族质量的外部斗争。”韦伯认为,政治经济学首先关注的,应该是“在经济社会生存条件下人类的质量”。要提升这个“人类的质量”,就必须服务于民族国家权力的利益——韦伯甚至认为这是一个“终极和决定性的利益”。

韦伯在演讲中向德国的资产阶级——被韦伯寄予希望的,能够成为德意志民族担纲者的阶级——提出两项解决问题的建议:一是关闭东部边境线;二是国家收购东部土地,系统化地进行殖民。韦伯强调说:“我们的国家是民族国家,这种情况让我们感到有权利提出这种要求。”

倏忽百年,当如今日,恐怕没有几个国家的政府能够采纳韦伯的建议了(即便他们可能仍旧喜欢这些建议)。韦伯当年没有预见到欧盟或者世界贸易组织的建立及其所确立的国际法律规则,也一定不知道“关闭边境”在今日是会遭致“扭曲自由贸易”之控告的。但是,即使他目睹当今世界这一切,他就一定会改变上面那些基本的判断么?毋庸置疑,WTO法律规则,其本身就是民族国家间经济斗争的产物。全球化世界浪潮波涛汹涌,而寻求国家利益的民族认同,却同样风云变幻波谲云诡。白云苍狗,韦公辞世,转头百年,而其沉重的历史呼声,却依旧在当日民族国家的壁垒间久久回荡。

当代中国,同样也还在面临着如何“维护和提升民族质量”的问题;我们今天被裹挟或主动参与的“外部斗争”,同样现实并且严峻。时常在与学界的朋友聊天时,感到时下中国神似19世纪末的德国(不知这种相似是偶然还是必然?)——作为“一个伟大、然而已成过往的政治时代迟来的后裔”,经济上持续的加速发展,并没有使得社会力量的整合变得更加简单。

任何试图对当今中国保持长期观察的努力,恐怕都不会忽视劳工问题,因为劳工问题是阅读中国社会变迁的一个绝佳的切入点。虽然我们的农民工(以及其他广大的劳动者)问题和往昔德国有所不同,但学者们需要思考的根本问题却是一致的。韦伯的研究告诉我们,劳工问题从来都不仅仅是简单的庸俗经济学的问题,更是一个关涉政治与文化的问题丛集。这意味着分析和解决劳工问题,需要从多学科多角度进行。比如韦伯本人,他就主要是从社会学的视角研究西普鲁士农业工人在文化心理(包括宗教)方面的特征的。在思想火花的交相辉映中,我们期待看到更加真实的劳动者生活,看到由劳工问题所折射出的社会的多重面相,看到中国在当今急剧变动的世界秩序中的角色与身影。需要回答的问题必定是,我们身处于一个怎样的“现代”?我们的民族利益在哪里?我们需要为此付出怎样的努力甚至牺牲?

我们这方土地上饱受苦难与创伤的生民,在历史黑暗的闸门重压下,在近代世界你推我挤的格局里,仍以其最原始而又充满锐性的韧力,在开拓,在突围,坎坎坷坷却从未停息不屈的步伐。未来的他们在为我们华土众民的后裔开拓更为广大的自由空间;而现在的我们又能够做些什么,为他们分担几许忧愁与重担?也许,这些问题对于《清华法律评论》来说过于宏大,但我们仍愿为探寻其中答案而努力一试,以为未来更加深入和广阔的研究做出点滴积累。我们相信,日后我们这一代中国学人,将会对这一历史与现实的课题投注更为持久而深刻的观察。

以韦伯演讲的结尾作为我们出发的起点罢,借此与读者共勉:

“年轻人有坚持自我和自我理想的权利。使人衰老的并不是年龄。只要能够感到天性中已有的伟大热情,他就是年轻的。因此——请允许我总结——让

伟大民族衰老的并不是数千年来光辉历史的重负。只要它有能力和勇气忠于自我,忠于它天赋伟大的本能,只要它的领导阶层能够把自我提升到努力明朗的环境中,在这种环境下能够出现繁荣的(德国)政治严肃工作,也可以出现充溢着庄严宏大民族情操的气氛,那么,它可以保持青春。”

《清华法律评论》编委会

2007年4月

编者按语

《清华法律评论》第二卷第一辑终于完成了。在本辑当中,我们选择了“劳动者权益保护”的主题组织研讨,共收录了5篇文章(含1篇会议记录)。

“社会劳工维权研讨会”的会议记录,清楚地展现了劳动者维权的现实状况。这次会议是由清华大学社会学系的沈原教授策划并组织的,参与会议讨论的都是参与过“小小鸟”维权行动的公益律师,有着丰富的专业经验。记得沈原老师在策划这个会议时曾激动地说:“教授们已经从理论上谈的太多,现在该听听维权律师和劳动者的声音了!”会议带给我们的最强烈的感受是,劳动者权益保护是一个系统的社会工程,它需要资方、立法者(包括政策制定者)、执法者、社会民间组织、专业人士,甚至包括劳动者自身在内的多方努力方能完成。《清华法律评论》对原会议记录进行了精心的编辑整理,最后的版本已经是第六稿了,现在呈现给广大读者。在此,我们谨表达对于沈原教授以及各位公益律师的感谢!

如果说公益律师们是与其特别的视角道出了劳动者的心声,那么万以娴博士的文章《劳动争议之处理——理论和实务相结合》则更多地从用人单位的角度提出对于劳动争议解决问题的看法。万以娴博士常年在律师事务所工作,专攻劳动法领域,为许多跨国公司提供法律服务,并且一直在参与劳动合同法的立法工作。在文章中,作者从实践的视角,用大量的统计数据展示了近年来我国劳动争议领域的现状,并指出目前劳动争议大量存在的诸多原因,包括诉讼显性成本低廉、用人单位内部管理制度的疏忽,以及对劳动法领域的陌生等因素。作者认为,对弱势群体的保护应该通过执法部门依法加强监管来实现,而不是通过立法上的倾向性,法律应当是公平、公正的。因此,劳动法律的制定也要注意用人单位的承受能力,否则企业承受不住时,最终也会伤及劳动者的利益。劳动合同法的立法要实现的最佳境界应该是兼顾劳动者和用人单位的权益,构建和谐劳动关系。

相对于法律实务界的观察,接下来的两篇文章更偏向于理论,而且它们都是从传统劳动部门法学以外的角度展开分析的。但是读者马上会发现,文章讨论的内容本身都具有很强的公共性,是现实中每天正在发生的问题。

郑广怀博士的论文《资历与信息的制约——影响农民工维权的微观因素分析》精耕细作,是本期主题研讨中较有特色的文章。作者从社会学的角度讨论了一个问题:农民工自身的哪些微观因素影响了他们的维权。这是一篇检验常识性结论的文章,而结果恰恰有助于反思我们的某些“日常结论”,甚至可能改

变某些相关研究的基本假设。我们刊载这篇文章,意在以此为例呼唤更多关注现实、并且认真分析现实的研究成果。我们向读者推荐这篇文章的另一原因是它的研究方法。作者尝试超越既有研究的文献分析、个案研究和逻辑推理方法,采用量化的调查和分析,目标在于揭示这些因素对维权的因果关系。基于两次较大规模问卷调查的数据,作者采用回归分析的方法来进行处理,并以数量化的统计模型来检验分析的结果。

梁晓辉博士的文章《供应商行为守则的特性分析及其对权益保护的法律意义》同郑广怀博士的讨论形成一个呼应:后者讨论了一个纯“本土”的现实问题,而前者则将目光投向国际层面。处于国际产品供应链上游的企业在其与下游企业的商业关系当中加入有关劳工保护等行为规范的做法,目前已经大量存在于跨国公司外部采购(outsourcing)的实践当中。中国作为“世界工厂”,国内企业往往处于链条下游,其劳工状况成为受监督的重点。在当下国内法学理论界尚未对此问题加以足够重视的背景下,梁博士的这篇文章是不可多得的前沿性研究成果。文章从国际法的角度很好地切入,指出我国的法律政策应当如何在劳工标准方面同国际接轨。这在国际人权保护上具有较强的理论意义。同时,这一论题也反映了企业社会责任运动在世界范围和中国国内的发展状况,因此也具有较强的现实意义。最后,正如作者所言,对于已经和即将“走出去”的中国企业,这方面的法律研究将有效地指导其在国外开展商业合作。梁晓辉博士本人长期从事中国企业社会责任的推广实践,积累了大量的宝贵经验和资料,同时具备令人敬佩的理论修养。同样,这篇文章的学术方法和规范也令我们愉快地将其推荐给读者。

主题研讨的最后,我们还是回到了劳动法学界。陈建民教授作为该领域的资深学者,以本次劳动合同法的修改为研究对象,就其与可持续发展的关系为题,展开了全面而深入的探讨。文章认为,稳定的劳动合同关系对中国持续发展的竞争力会产生深远影响,也是解决因劳动合同短期化而引发的劳资关系激烈冲突的重要措施。因此,鼓励建立稳定和谐的劳动关系应当是“劳动合同法”立法的出发点和核心。

除了专题研讨以外,本辑的论文和评论类文章同样精彩。

余凌云教授的论文《行业协会的自律机制——以中国安全防范产品行业协会为个案研究对象》讨论的是行业协会的自律机制。在政府向社会让渡部分行政权力的背景下,这是一个具有重大理论价值的问题,但目前在行政法领域内的探讨还比较少。余凌云教授从个案着手,以安防行业协会为视角,对目前行业协会自律的权力基础、职能以及自律的惩戒措施和救济制度等进行了开拓性的研究;指出了行业协会自律机制对于行业治理的实现、职业道德的塑造甚至法律的有效运行的重要意义。文章对行业协会的微观领域,对协会所关心的以及现实中亟待解决的具体问题给予了充分的关注,深刻分析了目前自律机制建

设中的难题和存在的问题。在此基础上,作者还对解决的机制和完善的途径给出了自己的建议。我们预测这将是一篇在日后引证率较高的论文。

赵旭东教授的《法律为何?——以文化建构反思为基础的法律人类学札记》一文以文化多元主义和后殖民主义为视角,对西方法学中诸多二元对立的观念建构进行了深入的反思。特别是“法律”——“习俗”这样一种划分,在作者看来,正是西方思想关于“文化”——“自然”二元对立的延伸,“习俗”也因而被贬低为一种类似于原始法的非理性结构。这其实是一种西方法律文化的偏见。当这种思想随西方制度与理念在全球蔓延时,继受国“地方性”的法律知识当然也引不起重视,这正是西方法律文化霸权的体现。如何能够建构起中国法律文化独特的概念体系,这是赵先生在文章最后所引发的思考。

陈柏峰博士长期保持对中国乡村社会的近距离观察,在这个过程中获得了诸多新鲜生动的、区别于书本教条理论的体验。他的文章《调解、实践与经验研究——对调解研究的一个述评》向读者展示出,对于调解制度的研究长期以来纠缠于数种理论范式,这些理论框架揭示出了“调解”的某些面向;但同时由于理论构建的需要,它们也遮蔽掉了“调解”本身的生活逻辑。毋庸置疑,中国乡村面对纷至沓来的“现代性”,其固有的生活逻辑也在发生前所未有的改变。在这深刻变迁的历史过程中,以“调解”作为一个观察中国乡村乃至中国社会秩序变迁的视角,不啻是一种能有效连接“实践”与“理论”的尝试。

最后,请允许我们利用这个机会,向为本辑供稿的所有作者表示真诚的感激!在组稿过程中,几位作者受到邀请慷慨赐稿,但稿件最终未被我们刊载,我们在此表示深深的歉意。《清华法律评论》从创立之日起至今,每一刻都心存感激,不敢忘本。我们深知,作者的关心和支持是我们呼吸的氧气。

同样要感激的还有此次帮助进行匿名审稿的各位审稿人!他们严谨求实的态度和高超的学术水平令我们的编辑们深感钦佩、受益匪浅。在这样一种合作当中,我们之间建立起牢固的友谊。

我们就是这样一路走来,并且将继续坚定地走下去。

清华法律评论

第二卷第一辑

目 录

- I 卷首语
- V 编者按语

主题研讨：劳动者权益保护

- 1 社会劳工维权研讨会
- 13 万以娴/劳动争议之处理——理论与实务相结合
- 43 郑广怀/资历与信息的制约——影响农民工维权的微观因素分析
- 55 梁晓晖/供应商行为守则的特性分析及其对权益保护的 legal 意义
- 68 陈建民/稳定的劳动关系与中国的可持续发展
——读《中华人民共和国合同法(草案)》有感

论 文

- 81 余凌云/行业协会的自律机制
——以中国安全防范产品行业协会为个案研究对象

评 论

- 104 赵旭东/法律为何? ——以文化建构反思为基础的法律人类学札记
- 138 陈柏峰/调解、实践与经验研究——对调解研究的一个述评

IX

Tsinghua Law Review

Volume 2, Number 1

July 2007

Foreword I

Editors' Note V

Symposium: Protecting Labors' Rights and Interests in China

Labor Dispute Resolution: Theory and Practice	Wan Yixian	13
The Restriction of Experience and Information: Analysis of Micro-Factors Impact on Migrant Workers' Safeguarding Their Rights	Zheng Guanghui	43
Codes of Conduct; Characteristics and Legal Significances	Liang Xiaohui	55
Stable Labor Relation and China's Sustainable Development; Reflection on the Draft of PRC Labor Contract Law	Chen Jianmin	68

Articles

The Self-discipline of Professional Association: The Security and Protection Industry Association in China	Yu Lingyun	81
---	------------	----

Essays and Comments

What is Law? A Law-and-Anthropology Reflection on Cultural Construction	Zhao Xudong	104
Mediation, Practice and Experience; A Comment on the Existing Research of Mediation	Chen Bofeng	138

社会劳工维权研讨会

时间：2007年1月12日

地点：清华大学老年人活动中心

主持人：

沈原：清华大学社会学系教授。

李静君：美国密西根大学社会学系教师。

参加人员：

罗占义：北京市兆亿律师事务所律师。

王万林：北京市亿嘉律师事务所律师。

周翠丽：北京天耀律师事务所律师。

王福江：北京天耀律师事务所律师。

张琦：北京奥东律师事务所主任，中国社会工作协会首席法律顾问、法律部主任。

一、现实中劳动者权益是如何受到侵犯的

1. 劳动合同订立中的问题

周翠丽：现在很多地方用人单位不跟员工签合同，而是签保证书。现在连孩子都不让写保证书，怕伤害他自尊心，而作为一个企业，却让员工给你写保证书？这是干吗的？而且保证书不是正式合同，用人单位只希望用它约束员工，而不约束其自身。我有一个案例，有个员工被企业要求必须签保证书，保证永远从事机修行业。工作以后员工想换岗，用人单位不允许，主张双方之间有合同。此时用人单位把保证书说成是合同，但是如果是用人单位想更改或者撤销约定，就不会把这个说成是合同。保证书只交给用人单位，员工不会给自己存一份保证书吧？因此，企业可以借保证书约束员工，员工却没有东西可以约束企业。

另外,很多企业经常发生的情况是,让你签合同,签完把两份都拿走了。我这儿又有一个案例。首都机场的,国航的,把合同全都拿走了,她自己手上什么都没有。她生小孩的时候,人事部让她回家休息,接着就给她在档案里头记下离职。什么是离职?就是我自己走的。证据显示就是你离职的,原来的档案都不经过员工。所以说这个档案是最糟糕的,由他们填,而不经你同意。这些衔接的问题我们感觉很难取证,就不给你,不给你能怎么办?没有办法。所以一直以来我们感觉很头疼,很无奈。

王万林:现实中普遍存在的另一个问题是保证金问题。前两天我接待一个人,他是在单位开车的。有一次领导让他拉水泥超载了,被罚款。跟单位说单位不管,最后他一生气偷偷给卖了,后来被单位发现了,这个单位就要开除他。问题在于他曾经交纳了一万多块钱保证金,现在单位拒绝退还。尽管现在三令五申说不让有保证金,但事实上现实中存在各种名目的保证金。我在北京站广场咨询的时候就遇到过,跟你签合同让你交保证金,什么服装费,各种费用,还有办卡的费用,这种现象现在还有。交完这种保证金以后,马上找个理由把你辞退,实际这就是诈骗。现在收取保证金的单位主要是私人企业,主要目的是控制员工的流动。但是除了保证金,有的还要扣押身份证,类似于包身工。

除了保证金问题,还存在着任意克扣工资的现象,即使在正规公司也是如此。虽然现在工资已经定了,但是找理由扣,到最后扣得没钱了,都无法生活了。

还有就是签合同时,工资待遇这一项不在合同中标明,而是就一句话,按公司标准。然而公司标准是什么并不清楚。

2. 社会保险

王万林:养老保险这块现在大多数城市做得还是不错的,要求做成个人账户。但问题是现在的养老保险除了比较正规的公司,小的公司、一般的公司都没有。甚至连劳动合同都没有。当然他们也是考虑自己的成本问题,小公司确实也不容易,他们一共才挣多少钱?如果保险都上了以后这个公司别开了。但我认为这不是理由。回过头来说,养老保险做得不好,将来中国进入老龄化社会就会面临很大的社会问题。

3. 资方的漠视

张琦:资方的漠视是导致我们劳动者合法权益得不到保证的一个非常重要的因素。我这里有一个案例来证明这一点。

当事人是一个国企的高层管理人员。在他和企业签订的劳动合同以及企业的规章制度当中规定,企业在效益比较好的情况下,每年必须对企业的职工和高层管理人员进行分红。分红的形式是购房、购车补助,即通过分红可以在企业内部进行买车买房,并且可以在内部进行转让和继承。享受这个政策的前提是必须在这个企业连续工作五年以上。

这个当事人在这个企业工作了好多年,现在已经退休了。按照前面的政策,他有权要求单位将房补变现给他,从而实现分红。但企业这个时候说不行,理由是原来签的合同中并没有说我一定要把现金给你。最后双方发生了纠纷。

这个纠纷本身说明什么问题?说明我们的资方漠视法律的规定,漠视双方劳动合同规定。类似这样的案子还有很多。比如说有些资方在劳动合同当中硬性加入否认一些劳动者权益的条款,或者故意不写上体现劳动者合法权益的条款,而将规定劳动者义务的条款写入很多。这些情况都是一种资方漠视法律的行为。

二、立法上的不足

1. 适用范围局限

张琦:我国《劳动法》规定的是我们国内的企业,这个“企业”包括国企、集体企业和私营企业、其他经济组织以及采取企业管理的这样一些单位。而且在这当中特别强调的“其他经济组织”必须是有7人以上的。但问题是,对于7人以下的单位(比如现在很多的小作坊式的公司),如果职工们的合法权益受到侵害,通过什么途径来获得司法救济呢?没有。类似的问题还存在于保姆这个职业群体中。《劳动法》明确规定保姆不归《劳动法》调整,理由是保姆和雇主之间是一种劳务关系,不是劳动关系。我认为这反映出在《劳动法》适用范围和调整对象上有它不足的地方,它的局限性太大了。

2. 法规政策繁多而混乱

王福江:立法层面上我国目前主要是《劳动法》,但我觉得单提《劳动法》是远远不够的,因为我们国家立法的特点是在《劳动法》的后面相应的有一系列配套的规范性文件。立法上就是政策性的东西多,法律层面的东西少。劳动部发的文件是“劳社部发”、“劳社养发”,北京市劳动局发的是“京老社养发”、“京劳办发”,每一个文件都可能对劳动法和相关法律的执行造成特别大的影响。

比如说《工资支付条例》是劳动部的一个部门颁发的规范性文件,而违反劳动合同的处罚办法又是另一个部门性文件。这样的立法结构会导致一个什么结果呢?会使我国劳动立法处在一个很混乱的状态:第一是规定不统一,第二是规定有重叠。比如说支付赔偿金的问题,双方在劳动合同里面对不支付工资有一个约定,在工资支付办法里面,对不按期支付工资还有一个规定,这样就势必导致一定的重叠。

张琦:我觉得关于劳动者劳动社会保障的问题,关于童工的问题、关于加班的问题、关于工伤处理的问题,所有的规定应该统一起来。法律、法规、规章、司法解释的规定应该配套。否则,将会给我们的执法者或者律师们造成一种思维上的混乱。

周翠丽：湖北省劳动厅有一个回复，说十年以上劳动期限的要尽量“动员”单位同劳动者签无定期劳动合同。之后又有一个司法解释说两方面都应该签合同。后来又改了，说合同是双方的事，你第三方不能强制我签合同。这里的矛盾很明显，一个说要“动员”，一个又说不能强制签合同。

罗占义：我们打官司最难掌握的就是劳动纠纷条款太多了，加起来有一摞。

王福江：一个只上过初中，甚至初中都没有上过的一个农民工，你让他把法律研究透了再签合同，根本不现实。他就知道很朴素的一个道理：我干活你应该给我钱，当时说一天给我 80 块钱，你要给我 79 这就不行。你要给我到 60，那我就讨一个说法。他讨说法的时候，也不可能知道，劳动部 1998 年第多少多少号文件，他不知道，你说他怎么讨？他讨只能是找到谁找我的，谁答应给我钱，我找到你，到年底了，回家要过年了，你还不给钱，他去哪？就只能上吊，就是这么一个情况。

李静君：现行法律规范这么乱的话法院凭什么去判？

周翠丽：所以就出现了很多自由裁量的问题，自由裁量带来了很多问题，所以一般老百姓真打不起，说实在话，很多企业到最后基本上都赢了。

3. 时效

(1) 时效期间太短

罗占义：《劳动法》规定劳动争议解决期限是 60 天。劳动者是弱者，60 天刚去一个单位，如果单位克扣你工资，不给加班费，劳动者根本不可能提出来维护自己的权利。如果干一年以后索要当时的加班工资，如果按 60 天算早就超过诉讼时效了，这就是《劳动法》改了以后我认为是不合理的。六个月太少了，60 天简直不可思议。

李静君：什么时候六个月改到 60 天？

罗占义：劳动法改以前是六个月，改了之后是 60 天。还有解决普通的两年期限，正常也是两年期限。

周翠丽：刚才说到时效的时候我也同意他们的观点，太短了，人家还没回过神来，然后人家觉得是单位，还找领导协调的时候时间不自觉的就没了，这是对人身、经济的最大问题。凭什么 60 天？越搞越少。再说了，我不知道为什么定 60 天？是为了让纠纷少吗？不对的，因为你必须要为这些纠纷找个出气口、找个出口啊。总是这么不解决，上访的人会更多，全都乱套了，人家急啊。所有的问题首先要把它规定进来，尽可能把方方面面考虑进来，尽量调整。

(2) 时效的计算标准模糊

周翠丽：从时效起算上来讲，员工知道自己的权益被侵害时（即奖金未按时发放时），应该从哪天算起呢？具体实践中我们觉得单位的规定都太粗略，不细致，不具体，模棱两可。

王福江：我原来是在河北承德的一个基层法院做副院长，做了大概 7 年，后

来到北京做律师,第一个案子就是建工集团的一个公司与10名职工之间的劳动争议案件。该案涉及时效问题。单位长时间让这些员工加班,但是没给加班工资。该案先经过仲裁,后来又经过诉讼,最后就输在时效上,法院只支持了其中60天的工资。

我认为这里存在的问题就是对“60天”的起算。劳动部对于“60天”如何起算就是一个解释:知道或者应当知道权利被侵害之日起。但是这个解释给劳动仲裁机构的仲裁员和人民法院的法官留下了很大的自由裁量空间。实践中知道或者应当知道该怎么认定并没有一个很客观的标准。我建议这里应该把认定标准规定的更加具体一点,更加客观一点。时效长短的问题前面几位律师已经说到的,我这里就不再赘述了。

张琦:我想说的不是时效规定的太短了——两年也好、6个月也好、60天也好——而是说这个时间我们怎么去计算?现实是,我们在这方面的法律规定不够明确,不同的执法部门、不同的承办人员有不同的理解和解释,时效的计算不统一。法律、法规和规章之间,包括其他的一些相关性的文件当中,对于这个问题的规定在彼此之间不能协调。

如果我们采取60天的时效制度,那么这个时间从什么时候开始计算?虽然法律规定是从你知道或者应当知道你的权利被侵害之日起结算,但这个在实践当中并不好界定。刚才做过法院院长的律师也说过,这里面跟法官的意志(即自由裁量权)密切地联系在一起。如果法官对劳方比较同情,他所采取的办法、保护的利益可能偏重于劳方这边。如果说他对资方的印象好,他办理的结果可能对资方有利益。所以,时效的问题不是时间长短的问题,而是对于界定起始时间不配套、不系统、不规范的问题。

周翠丽:奖金计算这个问题是最糟糕、最不好算的时效,如果你维持60天,哪怕维持两年都不好说。为什么?因为奖金都是闭门造车,都是暗箱操作,什么时候发给你也没准,不像工资规定你必须在哪个月哪个时间发,我哪个时间没发我觉得你过期了,而奖金是没有底、没有时间的,等工程完了以后是什么时候再来结算,什么时候结完了以后再给我结算,所有的员工都是没底的。

4. 救济途径和程序

(1) 救济途径的匮乏

张琦:我们劳动者的权益受到侵害的时候,目前救济的办法或者途径太少了。刚才我们有人说到,劳动仲裁是一种资源的浪费,我倒认为不一定是一种资源的浪费。现在劳动救济的途径太少了,不是多了。尽管通过劳动仲裁处理的劳资纠纷,最后80%,甚至90%以上都进入到诉讼程序,但毕竟劳动仲裁这么一个程序,对调整劳动关系、对处理劳资双方的纠纷确实起到了积极的作用。如果没有仲裁前置这个程序的话,恐怕我们的社会稳定会受到影响,一些不安定的因素会增多。