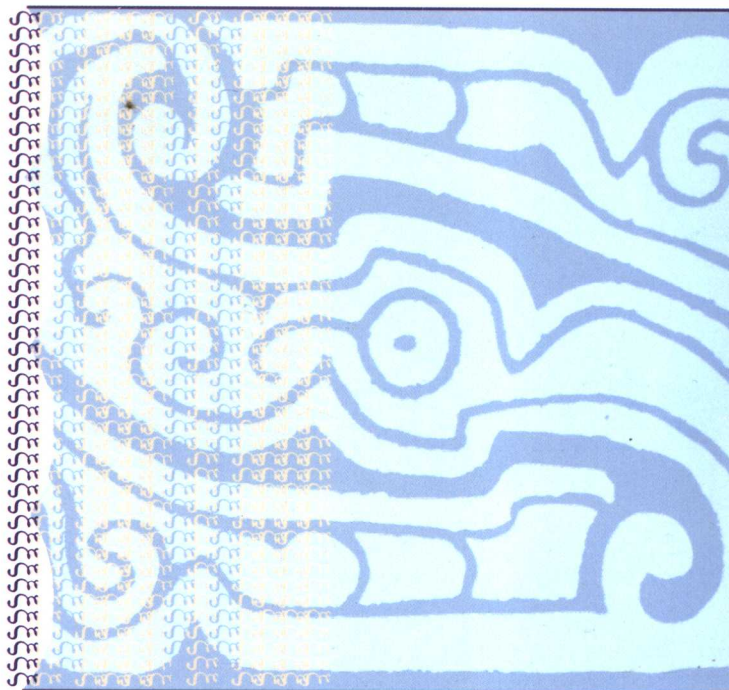


中国劳动争议处理



ZHONGGUO LAODONG ZHENGYI CHULI ZHIDU YANJIU

孙德强 ⊙ 著

中国法制出版社

中国劳动争议处理 制度研究

孙德强 著

中国法制出版社

图书在版编目(CIP)数据

中国劳动争议处理制度研究/孙德强著. —北京:中国法制出版社, 2005. 6

ISBN 7 - 80182 - 357 - 5

I. 中… II. 孙… III. 中国劳动 - 争议处理 - 研究 - 中国
IV. D920.5

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2005)第 030062 号

中国劳动争议处理制度研究

ZHONGGUO LAODONG ZHENGYI CHULI ZHIDU YANJIU

著者/孙德强

经销/新华书店

印刷/涿州市新华印刷有限公司

开本/880 × 1230 毫米 32

印张/9.75 字数/270 千

版次/2005 年 6 月第 1 版

2005 年 6 月印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 7 - 80182 - 357 - 5

定价:18.00 元

北京西单横二条 2 号 邮政编码 100031

传真:66070041

网

址:<http://www.zgfsz.com>

市场营销部电话:66033393

编辑部电话:66026587

读者俱乐部电话:66026596

邮购部电话:66033288

序

恐怕没有哪一种法律制度像劳动法律制度那样对于我们有如重要的意义，因为这一制度是财富的生产、经济的发展和稳定的基石；恐怕没有哪一种法律制度像劳动法律制度这样与我们每一个人的关系如此紧密，因为对于绝大多数人来讲，从形式上说这是他们赖以生存的基础。但是，其一制度的重要性与这一制度的理论研究水平并不一定成正比，不幸的是，劳动法律制度中的劳动争议处理制度正是如此。

虽然，劳动争议处理制度的发展已经有了十几年的历史，但是劳动争议处理制度的研究还处于一个非常初级的水平，如果说民商法的发展尚处于青年时期的话，劳动实体法的发展可以算得上是少年时代，而劳动争议处理制度充其量也就是处于婴幼儿时期。虽然，劳动争议处理研究的论文不少，但是，劳动争议处理制度研究的专著很少，不论是从理论上讲，还是从实践上看，劳动争议处理制度的重要性是不言而喻的，原因在于，它承载着发生争议后多数人实现权利的重担。然而令人遗憾的是，我国劳动争议处理制度远远未能起到应有的作用，以劳动者的权利为例，我国宪法和劳动实体法中为劳动者规定的权利并不比别的国家的宪法和劳动实体法中规定的权利少，甚至比一些发达的工业化市场经济国家为本国的劳动者规定的权利还多，但这并不表明在实际上我国的劳动者比外国的劳动者享有的权利要多。为什么会产生这样的现象呢？除了劳动实体法的规定不很完善之外，主要是权利救济本身存在问题，因为，即使是按现有的实体法律来讲，如果权利救济途径科学而合理，就能在很大程度上改变劳动争议处理当事人权利保护不是那么令人满意的现状，正是从这个意义来讲，我们才说“无救济则无权利”，也正是在这个意义上讲，我们才说，从宪法和劳动实体法的角度来看，我们为劳动争议当事人规定的权利多，而实际上，由于救济途径不完善、不科学，最终使得我们所面临的建设科学而完善的劳动争议处理制度的任务远比我们所面临的建设劳动实体法律体系的任务要大得多。这也正是本书要研究这一问题的原因所在，意义所在。

本书的研究方法为分析的方法和比较的方法，这种方法通过对我国劳动争议处理制度本身的缺陷进行全方位的分析，多角度的切入，深层

2 中国劳动争议处理制度研究

次的解剖，找出存在的问题，进而提出自己的建议。

本书阐述了以下一些基本观点：

1. 由于劳动争议协商协议不具有约束力，从而导致劳动争议协商制度的虚化，因此应当赋予劳动争议协商协议具有合同性质，使其具有一定约束力，从而使协商程序名符其实。

2. 我国劳动争议调制度名不符实，由于调解是争议之外的第三人对争议双方进行劝说从而达成解决争议目的的制度，以此标准来衡量我国的劳动争议调解制度，我们发现，我国劳动争议发生在企业内部，调解委员会设在企业内部，对于用人单位来讲争议是自己的事情，对于劳动者来讲，工会是其惟一的合法代表，劳动者与用人单位发生的争议不是工会份外之事，而是自己的份内之事，这样，由用人单位和工会及工人组成的调解委员会实际上仍就是劳动争议原来的双方当事人，并不存在争议之外的第三方对争议进行调解的情况。因此，实际上我国并不存真正意义上的调解制度，劳动争议调解委员会对劳动争议的调解在本质上仍是协商，鉴于此，应当将劳动争议调解委员会设在企业之外，使之真正成为争议双方当事人之外的第三方，并且赋予调解协议具有法律约束力，只有这样才能建立真正的调解制度。

3. 劳动争议仲裁制度极不完善，这表现在劳动争议仲裁机构在本质上是劳动行政主管部门附属机构，劳动争议仲裁委员会的仲裁行为体现的是劳动行政主管部门的意思表示，其裁决的行为本质是行政行为，其仲裁裁决在本质上行政裁决。鉴于此，可设立一种新的仲裁机构，即保留仲裁的基本属性，又适用于劳动争议处理的特殊要求。

4. 从理论上讲，劳动争议诉讼适用民事诉讼是缺乏管理论基础的，因为劳动争议既非完全平等主体间的民事关系，也非完全平等的人身关系，而应当根据劳动争议诉讼的特点，设立适用于劳动争议诉讼特有的原则和制度。

虽然，劳动争议处理制度已存在了十几年了，但对于劳动争议处理制度的研究还是很初步的，尽管这些年的实践已经积累了许多年宝贵的经验，但如何提炼和上升到理论层面加以理论化和系统化，并用以指导实践，这是我们这一代人应当去做的事，本文充其量只能起一个抛砖引玉的作用。

孙德强

2004年11月20日于北京

目 录

第一章 劳动争议处理制度	(1)
第一节 我国劳动争议处理体制	(1)
第二节 劳动争议处理的法律法规体系	(15)
第三节 我国劳动争议处理制度的完善	(49)
第二章 劳动争议协商制度	(57)
第一节 劳动争议协商制度概述	(57)
第二节 集体合同争议的协商	(60)
第三节 劳动争议协商制度存在的问题	(62)
第四节 我国劳动争议协商制度的改革	(63)
第三章 劳动争议调解制度	(68)
第一节 我国劳动争议调解制度存在的问题	(68)
第二节 我国劳动争议调解制度改革	(103)
第四章 劳动仲裁制度	(111)
第一节 劳动争议仲裁缺乏仲裁的基本属性	(111)
第二节 劳动仲裁在本质上属行政裁决	(191)
第三节 劳动仲裁制度中存在的其他问题	(225)
第四节 劳动仲裁制度的改革	(239)
第五章 劳动争议诉讼制度	(253)
第一节 劳动争议诉讼与民事诉讼的区别	(253)
第二节 劳动诉讼中存在的问题	(262)
第三节 劳动争议诉讼制度的改革与完善	(289)
第六章 劳动争议处理制度改革的展望	(294)
第一节 劳动争议处理制度改革的必要性和可能性	(294)
第二节 劳动争议处理体制改革的展望	(298)
后 记	(304)

第一章 劳动争议处理制度

劳动争议处理制度是劳动争议处理机构在劳动争议当事人参与下,协商、调解、仲裁、诉讼的规则、步骤、方法的总称,实际上就是劳动争议处理的程序性规定,由于我国没有劳动争议处理法,因此,习惯上将这种程序性的规定称之为劳动争议处理制度。

第一节 我国劳动争议处理体制

一、劳动争议处理机构

根据《劳动法》和《企业劳动争议处理条例》的规定,有权处理劳动争议的机构包括:用人单位劳动争议调解委员会,地方劳动争议仲裁委员会,人民法院,还包括劳动行政主管部门。

1. 用人单位劳动争议调解委员会。用人单位劳动争议调解委员会是依法成立的专门处理劳动争议的群众性组织,由用人单位的代表、用人单位的工会代表、职工代表三方组成,是处理劳动争议的基层组织机构。由于用人单位调解委员会在基层,与职工和企业的联系最为密切,既熟悉情况又便于运用调解方式解决纠纷,因而更易于被当事人所接受。

2. 劳动争议仲裁委员会。劳动争议仲裁委员会是依照法律的规定设立的独立处理劳动争议的专门机构,一般设在县、市、市辖区一级,其构成由同级劳动行政部门的代表、同级工会的代表、用人单位方面的代表组成。仲裁委员会主任由劳动行政部门的代表担任,劳动行政主管部门的劳动争议处理机构是仲裁委员会的办事机构,负责仲裁委员会的日常工作,仲裁委员会接受同级人民政府的领导并对其负责。

3. 人民法院。人民法院是劳动争议处理的最终机关,并且是最终司

2 中国劳动争议处理制度研究

法机构。目前在我国法院机构设置中并没有专门的劳动法庭,劳动争议案件由法院的民事审判庭负责审理,实行两审终审制,其判决具有法律效力。

4. 劳动行政主管部门。笔者注意观察了一下,我国目前所出版的关于劳动法和劳动争议处理的专著和教材中,在论及关于劳动争议处理机构时只将企业调解委员会、劳动争议仲裁委员会、人民法院列入争议处理机构,并没有将劳动行政主管部门列入其中,笔者认为这并不全面。第一,从《劳动法》的规定来看,劳动行政主管部门是劳动争议处理机构,《劳动法》第84条规定:“因签订集体合同发生争议,当事人协商解决不成的,当地人民政府劳动行政部门可以组织有关各方协调处理。”从这一规定可以看出,当因签订集体合同发生争议时,当地劳动行政主管部门负责组织各方协调,换句话说,当地劳动行政主管部门已经作为处理劳动争议的机构而参与到处理进程中来了,而且当地劳动行政主管部门不但已经参与到争议处理进程中,还在其中起了主要作用,属矛盾的主要方面,在这种情况下,我们能说当地劳动行政主管部门不是劳动争议处理机构吗;第二,由于劳动争议仲裁机构要向当地政府负责并报告工作,因此在本质上它隶属于政府机构,所作出的裁决体现的是政府的意志,而我们对于一个在劳动争议处理中起着如此重要作用的机构,却不认为它是劳动争议处理机构,我不知道这是疏忽还是别的因素造成的。总之,笔者认为,劳动行政主管部门应当成为,而且事实上已经成为劳动争议处理机构(具体内容见后面章节)。

二、劳动争议的处理体制

(一)劳动争议处理的基本程序

根据《劳动法》的规定,我国劳动争议处理实行协商、调解、仲裁、诉讼的处理程序。协商和调解是非必经程序,而仲裁程序是必经程序,诉讼是不服仲裁裁决的当事人处理劳动争议的最终司法程序。

1. 协商。协商是指劳动争议发生后,用人单位和劳动者可以本着平等、互谅、互让的原则,自主协商达成协议解决纠纷。协商解决具有成本低、效率高、能够履行并且使劳动关系和谐稳定的优点。

2. 调解。调解是指劳动争议当事人自愿申请,由企业调解委员会在查明事实、分清是非的基础上,对争议双方进行说服教育,促使双方互谅互让,从而达成协议,解决纠纷。

3. 仲裁。仲裁是指劳动争议仲裁委员会根据劳动争议当事人一方或双方的申请,依法就争议的事实和当事人应当承担的责任作出裁决的活动。当事人申请仲裁应从劳动争议发生之日起 60 日内提出,对仲裁裁决不服的,当事人在收到裁决书之日起 15 日内向人民法院起诉。劳动争议仲裁实行强制原则,只要一方提出申请,仲裁委员会即可受理,只要当事人想解决争议又不能协商或调解解决就必须首先提起仲裁。

4. 审判。当事人不服劳动争议仲裁委员会的仲裁,可以向人民法院提起诉讼,由人民法院依民事诉讼法进行审判,依《劳动法》作出裁决。诉讼程序是劳动争议处理的最终程序。

(二)劳动争议处理机制

我国劳动争议实行“协商、调解、仲裁、诉讼”的处理体制,理论界有人将其概括为“一调一裁两审”的处理机制。仔细研究,这一提法并不准确,事实上我国劳动争议处理的机制为:

1. 当劳动关系双方发生争议后,双方可以平等的协商,自主的解决其存在的争议。但是协商程序的前提是双方自愿,如果一方不愿意协商,或双方同意协商但又不能达成一致,导致协商失败,则可以选择其他程序,换句话说协商并不是必经程序。

2. 当劳动关系双方发生争议后,双方未经协商或经协商未达成一致,或达成一致后一方反悔,那么当事人双方可以向本企业的调解委员会申请调解。如果只有一方同意调解,而另一方不同意调解,或者双方都同意调解但又不能达成调解协议,或达成协议后一方或双方反悔,那么,视为调解程序失败,当事人可以向仲裁委员会申请仲裁,而且调解不是必经程序,当事人从一开始便可以越过调解程序直接向仲裁委员会申诉。

3. 当双方当事人经过协商,或经过调解,未达成协议,或达成协议后又反悔,或者当事人中有一方当事人在争议发生后未经协商和/或调解直接向仲裁委员会提出申诉,那么,劳动争议进入仲裁程序。换句话说,仲裁程序是只依一方当事人申请开始,且属强制程序,一般情况下当事人不

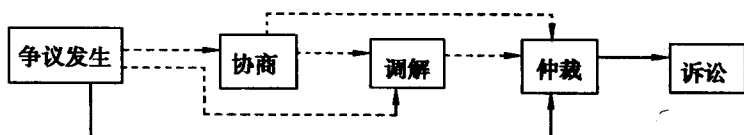
4 中国劳动争议处理制度研究

可以越过仲裁程序直接提起诉讼。

4. 当事人双方对仲裁裁决均无异议,劳动争议处理程序终结,该裁决具有强制执行效力。如果当事人一方或双方均不服仲裁裁决,那么,便可以在 15 日内向人民法院提起诉讼。在诉讼中如果一方或双方对一审判决无异议,诉讼终结,如果一方或双方对一审判决均有异议,那么,争议的处理便进入二审程序。

正是从上述的意义上,我们才讲“一调一裁两审”的处理机制并不准确,因为它并没有揭示出劳动争议处理机制的产生与发展的规律,笼统地讲“一调一裁两审”的处理机制使初学者云里雾里不知所云,好像每一个争议都要经过这三个程序似的。

一般劳动争议处理程序示意图:



注:虚线部分为可选择的程序,实线部分为必经程序。

三、我国劳动争议处理体制存在的问题

(一) 劳动法在劳动争议处理的表述上存在缺陷

关于劳动争议处理程序,《劳动法》第 77 条规定:“用人单位与劳动者发生劳动争议,当事人可以依法申请调解、仲裁、提起诉讼,也可以协商解决。”如果不结合其他条款,仅以第 77 条的规定来看,并看不出我国的劳动争议处理机制为“一调一裁两审”,相反,倒是看得出我国劳动争议的处理体制为:当事人发生劳动争议后,可以选择调解、仲裁、诉讼、协商中的任意一个程序。

如果我们仅以劳动法第 79 条的规定来看,又没有协商程序。《劳动法》第 79 条规定:“劳动争议发生后,当事人可以向本单位的劳动争议调解委员会申请调解;调解不成,当事人一方要求仲裁的,可以向劳动争议仲裁委员会申请仲裁。当事人一方也可以直接向劳动争议仲裁委员会申

请仲裁,对裁决不服的,可以向人民法院提起诉讼。”可见第79条并没有规定协商程序。

事实上只有把《劳动法》第77条与第79条结合起来,才能看出学者们所归纳的“一调一裁两审”的处理机制,这不能不说是个失误,因为劳动法所确定的处理机制当事人看不明白,需要由专门的人来解释这一机制,这绝不是好的现象。反过来说,如果有些非常较真的人依据劳动法第77条规定的程序,单独直接选择诉讼,我们将作何解释呢?我们能说当事人依据“用人单位与劳动者发生劳动争议,当事人可以依法申请调解、仲裁、提起诉讼,也可以协商解决”的规定仅选择诉讼是理解错误吗?

(二)学者们经常使用的“一调一裁两审”的处理机制的表述是不准确的

1. 并没有把协商程序概括进劳动争议的处理程序。众所周知,依劳动法第77条的规定,协商程序是解决劳动争议的一个法定程序,而在一个处理机制表述上把一个处理程序根本没有放在里面,这样的概括显然是非常不全面的,这非常容易给人造成一种印象,即劳动争议处理机制中没有协商这个程序。或许概括程序的学者们认为协商程序在实践中作用甚小,可以忽略不计,但不管怎么说,未把协商程序列进处理机制是存在一定缺陷。

2. 这一概括并没有完全揭示出劳动争议处理体制的特征。从一般的意义上来讲,我们说劳动争议处理体制是“一调一裁两审”是可以的,但是这绝经不起推敲。第一,从字面上看“一调”与“一裁”和“两审”是并列的,似乎“一调”是必经程序,但是实际上调解是非必经程序,把“一调”和“一裁”及“两审”并列起来只能误导劳动争议当事人;第二,所谓“两审”也是在理论上讲一个争议处理需走完两审的程序才算终结,但实际上并不是每一个案件都得经过这两个程序,一审结案的情况也是常见的,因此,把诉讼中可能出现的也可能不出现的程序概括进劳动争议处理的程序中也容易使人产生误解。

劳动争议处理机制的正确表述应当是:当劳动争议发生后,当事人可以通过协商来解决纠纷,也可以不通过协商来解决纠纷;如果当事人不愿协商或协商未果可以向本企业的劳动争议调解委员会申请调解,但需征

得对方同意;当事人调解不成或从一开始不愿调解,可以向劳动争议仲裁委员会申请仲裁,如果当事人不愿协商或调解,也可从一开始就直接选择仲裁程序,因此,仲裁程序是劳动争议处理中的一个必经程序,当事人双方服从仲裁委员会的裁决,仲裁终结;如果当事人双方或一方不服仲裁裁决可以向人民法院提起诉讼,从而使争议进入诉讼程序,一审后当事人双方服从一审判决诉讼终结,如一方或双方均不服一审判决而提起上诉,便引起第二审程序的发生,第二审法院的判决便是终审判决。

(三)劳动争议处理周期过长

从理论上讲,如果一项劳动争议需走完从协商、调解、仲裁、诉讼这所有的程序,短则一年半载,长则二至三年,非常不利于劳动关系的稳定,对于劳动者来讲,如果一个劳动争议二至三年未能结案,那么,对他以及他供养的家庭成员来讲差不多就是一场灾难,因为如果这个争议本身就是为工资的支付而发生的争议,那么,如此长的时间不能结案,他们一家如何生活。对于用人单位来讲也是如此,案件不结,与劳动者之间的争议实体权利义务就不能确定,劳动关系维持还是不维持,工种是换还是不换,是新招工人还是不招,这些问题可能都与还在处理的争议相关,而争议不解决,这些问题也不能确定下来。实际上大部分劳动争议案件案情并不复杂,之所以周期这么长,主要是因为劳动争议处理的程序多、机构多,案件从一个机构转到另一个机构这需要时间,这样显然就要比民事争议的处理慢得多,因为民事争议的处理并不需要这么多的程序,民事财产及合同的仲裁与诉讼的关系为选择性的“双轨制”而并非“单轨制”,因此劳动争议处理程序没法不长,这完全不符合劳动争议处理要体现及时处理原则。非常有趣的是,民事争议的处理还未提及及时处理原则,结果比民事争议处理还快,劳动争议处理确定了及时处理原则,结果比民事争议处理的过程还复杂,时间更长,因为合同争议“或裁或审”,仅有一个程序,而劳动争议处理却是单个的,顺序的处理程序,尤其仲裁阶段不能跨越。

(四)处理环节太多,程序太过复杂

从法律的规定上讲,我国的劳动争议处理环节过多,有协商、调解、仲裁、诉讼。如果这每一个环节都能够单独终结争议处理程序,那当然是好事,因为众多的处理方式可以使当事人拥有自己选择争议处理方式的自

由。但实际情况并非如此,由于我国的这四个争议处理的环节,在时间上存在前后延续,在空间上表现为前后组合的特征,这其中有协商阶段,当事人可以通过协商,各自放弃一部分利益而达成争议的解决方案;在调解阶段,当事人可以通过达成调解协议而终结争议处理程序;在仲裁阶段,当事人还可以通过执行仲裁裁决来终结争议处理程序。但是所有前三个阶段的终结,在理论上来讲都不是最终的争议处理程序,而它之所以成为最终的争议处理程序是因为当事人没有启动后面的处理程序,一旦当事人启动了后面一个程序,争议处理程序便不可能终结。如果劳动争议的当事人一直不服,那么一般来讲,他会一个程序一个程序地往下走,直至最后的诉讼程序,这样当事人便走完了协商、调解、仲裁、诉讼四个程序。如此多的环节,如此多的程序对于双方当事人来讲是个负担,而且如果这四个环节中的前三个环节若能使争议终结,当事人所做出的努力也没有白费,但凡是走到了诉讼程序的当事人大多必定是经过了前三个或某个程序。本来劳动关系是一个很特殊的社会关系,用人单位忙着赚利润,劳动者忙着赚工资,当发生争议后,设定这么多的程序,使人眼花缭乱不知所措,甚至不如民事争议的处理简单。民事关系的当事人发生争议后,或者放弃权利,或者走向诉讼,之所以这样潇洒是因为他是作为消费者进入市场的,是他从用人单位处拿上工资后才进入市场的。而劳动关系则不是这样,劳动者与用人单位的争议或许就是工资,争议不解决,吃饭可能都是问题,他不可能有多余的钱进入消费市场,而且在消费市场也不可能如此潇洒。因此,设置如此多的环节和程序但又不能终结争议,反而使当事人为此多支付了财力、精力、体力和时间,这不能不说是个缺陷。

(五)既造成了社会资源的巨大浪费,又造成当事人的经济负担

为了解决劳动争议,依法律的规定设置了企业劳动争议调解委员会,设置了劳动仲裁委员会,以及人民法院,如果这些机构能起到应有的作用,在自己的这个环节使劳动争议程序终结,那也正是设定这些机构的目的。问题在于这些机构不能使程序终结,即使是正确的处理也不能使程序终结,只有到了诉讼阶段才得以终结,而且前一个环节所做的工作,在后一个环节中完全不被认可,所有的工作重新开始,前面的每一个环节的工作成果归于无效,这导致了社会资源的巨大浪费。对企业来讲,设定一

个机构就要有工作人员,有办公场所,有必要的经费,对劳动争议调解很久,最后好不容易达成了调解协议,也许会因为当事人一方不履行而导致调解协议无效造成资源浪费。对于劳动仲裁委员会来讲,本身并无经费,完全依靠或主要依靠劳动行政部门的经费在维持运营,这里面也需要大量的人力、物力、财力诸如人员工资、办公场所、办公经费、人的精力的付出等,但是仲裁裁决也不一定是具有最终效力的法律文件,只要当事人一方以任何一个理由提起诉讼,那么,在仲裁阶段所做的所有工作全部归存无效,如果说有作用的话,那只是两点:第一点,完成了劳动争议处理程序所要求的仲裁前置程序;第二点,由于提起了仲裁而使得诉讼时效得以延续。甚至人民法院所作出的判决与仲裁裁决完全一致,也依人民法院的判决为准,人民法院的判决对仲裁裁决的正确与否未置可否,这样既导致了仲裁工作人员的不负责任心理,也不利于改进仲裁工作,这结果会导致错的继续错,反复错,使仲裁这样宝贵的社会资源一次次地被反复浪费。在诉讼阶段,人民法院按照民事诉讼法的规定,对劳动争议案件从头至尾重新审理一遍,非但如此,由于诉讼为两审终审制,因此只要双方当事人之中有一方不服,仍可以对一审判决提起上诉,而导致第二审程序启动,最后以法院判决来确定双方的权利义务,前面的程序中所作的工作全部归于无效,这岂不是社会资源巨大浪费。

这种复杂的处理程序不仅造成了社会资源的巨大浪费,而且给劳动争议双方当事人造成了很大的负担。第一,在费用的支出上,如果当事人双方走完从调解到仲裁再到诉讼的全部程序,当事人双方可能都向仲裁机构支付一次仲裁费用,两次诉讼费,如果要请律师,当事人双方又要分别支付仲裁期间的律师费用和诉讼期间的律师费,这还不包括其他诸如鉴定费用、公告费、证人费用、翻译费用等。在理论上甚至存在这样一种可能,当事人为争议处理所支付的费用比他所请求的费用还要高。诉讼法理论告诉我们,在诉讼中所支付的成本的高低对诉权有较大的影响。同理,仲裁和诉讼所支付的成本也是影响当事人仲裁权和诉权的重要内容,如果成本大于收入,那么,他是极有可能放弃争议处理的,如果真的出现了这种情况,我想这绝不是设定这一制度的初衷,但遗憾的是,现实正是这样的。第二,在精力和时间上给当事人造成了巨大浪费。如果当事

人要走完争议处理的全过程,那么,他可能会参加一次协商活动,一次调解活动,三次以上的仲裁活动(一次立案,一次庭审,一次仲裁裁决),五次以上的诉讼活动,那么,对于企业来讲还可以应付,因为企业有人可以专门从事这个工作,但对于劳动者来讲,如此反复地往争议处理机构跑,势必影响工作,更何况,我们都是以最少的次数来计算,实际上参加过仲裁和诉讼的人都知道,无论是仲裁还是诉讼,不三番五次地跑几趟是不可能终结的,这样的结果甚至有可能导致劳动者与用人单位产生新的争议,因为你老是跑去仲裁和诉讼势必影响工作,这岂不是雪上加霜。第三,使双方当事人几次三番经历痛苦和磨难,对于大多数当事人而言,尤其对于劳动者本人而言,出一次庭审,面对自己的“东家”的一次次唇枪舌剑,不仅是心理的考验,也是意志的考验,虽然在仲裁和诉讼中,当事人的仲裁权利和诉讼权利是平等的,但是这无法排除劳动关系这一特殊关系对当事人的影响。

(六)法律法规太过庞杂,学习和适用法律比较困难

劳动法律的实体法也好,程序法也好,都相当的众多和复杂,而且专业性很强,莫说是普通的劳动者和用人单位,就是律师也不见得对劳动法律法规十分熟悉。法律法规制定了以后是供大众学习和遵守的,如此庞杂的规定,用人单位和劳动者都不知道,而不知法又如何守法,不守法便发生争议。当然我们也有《劳动法》和《企业劳动争议处理条例》可供学习和适用,但是如果进一步学习和研究,就会被限在法律的海洋中,比如关于休息,你在劳动法中并不能看到具体规定,你必须去看国务院《关于职工工作时间的规定》,比如工资,看了《劳动法》你并不知道工资的构成,你必须进一步去看劳动部《最低工资规定》等等,虽然别的法律体系也有类似问题,但在劳动法中这个问题非常突出,比如签订商事合同,我主要去了解《合同法》即可,但劳动关系中,你仅看《劳动法》肯定解决不了问题,再加上各种法律之间、法规之间、规章之间以及他们相互间的矛盾与冲突,使得一般的人很难真正领会《劳动法》的精神实质。

这种状况不仅给当事人带来了不便,也给律师甚至给仲裁员,尤其是给法院的审判人员带来了不便。由于工作关系,笔者对律师这个行业的情况稍解一些,在律师业务中劳动争议的仲裁与诉讼是许多律师最不愿

意做的案件,这种现象从一个侧面反映出劳动法律法规太复杂带给人们的不便。这种状况带给法院的影响可以说是巨大的,由于劳动争议没有独立的法庭,均放在民庭进行审判,可直接影响司法审判的效率,且民庭法官习惯用民法一些原则来处理劳动争议,因为传统理论认为劳动法属于民法范畴。

(七)由于处理环节过多,造成各种程序之间的相互衔接不够顺畅

由于我国的劳动争议处理体制是单轨制,因此就存在程序之间的相互衔接问题,主要表现为协商程序与调解之间的衔接,调解与仲裁之间的衔接,仲裁与诉讼之间的衔接问题。

1. 关于协商与调解之间的衔接问题。协商与调解衔接不顺畅主要表现在以下几个方面:第一,由于法律规定的不够明确,导致协商与调解程序的相互衔接存在一定的障碍。比如《劳动法》没有规定协商的具体程序,《企业劳动争议处理条例》第6条规定的是:“劳动争议发生后,当事人应当协商解决,不愿协商或者协商不成的,可以向本企业劳动争议调解委员会申请调解。”从这一规定的前半段来看,似乎不协商不行,因为所用的词为“应当”,所谓应当是指必须协商,不协商不行。但紧接着就又说,不愿协商或协商不成的,可以向本企业劳动争议调解委员会申请调解,似乎不愿协商就不协商,而可以直接申请调解,这样矛盾的规定,使得当事人无所适从。第二,协商的终点与调解的起点不明确,由于劳动争议处理体制是单轨制,单轨制的要求应当是一个程序结束,另一个程序开始,而现今我国劳动争议协商与调解之间的终点与起点都不明确,导致不明确的原因有两个,一是由于《企业劳动争议处理条例》没有规定具体的协商程序;二是没有规定在企业谁是协商的主体,这样劳动者与用人单位发生争议,不知道应该去找谁,小企业可以直接找厂长、经理,大企业应当在哪一个部门负责争议协商,法律并没有规定,这种不明确便导致一方当事人不知对方是否想协商,或者协商几轮之后,到底能否达成协议不知道,对方是否申请了调解了不知道,不排除在协商中,另一方当事人已经申请调解或仲裁这种可能性。这种协商中存在调解和仲裁的可能性的状况,使双方当事人互相不了解对方的真实意图,不利于争议的处理和解决。应当有一种机制,使双方都明确地表示,双方不愿意协商,然后才可以进入调

解程序,并且这种意思表示是可以在事后能够得到证实的,这样也就使得协商的终点和调解的起点可以明确。

2. 关于调解和仲裁程序之间的衔接。调解与仲裁的衔接不畅,主要体现在以下几个方面。第一,调解与仲裁之间没有时间界限,《劳动法》第79条规定:“劳动争议发生后,当事人可以向本单位劳动争议调解委员会申请调解,调解不成当事人一方要求仲裁的,可以向劳动争议仲裁委员会申请仲裁,当事人一方也可以直接向劳动争议仲裁委员会申请仲裁。”根据《劳动法》的这一规定,调解与仲裁之间没有界限,并不是像所谓真正意义上的单轨制的争议处理那样,这一个处理程序与下一个争议处理程序之间有一个界限,当前一个程序处理完毕后,才可以进入下一个处理程序,而不能够不管双方是否达成了协议,对方当事人是否将争议交付仲裁自己完全不知道。应当设置一个机制,要求双方明确地表示不愿意调解,也不愿意遵守所达成的协议,而要将争议交付仲裁委员会,而且这种意思表示也是事后可以查证的,至此调解程序终结,当事人可以向仲裁委员会提起仲裁申请。第二,现行的法律对调解的规定有缺陷。《企业劳动争议处理条例》第10条规定:“调解委员会调解劳动争议,应当自当事人申请调解之日起30日内结束,到期未结束的,视为调解不成”。第10条的规定是说,在当事人申请调解之日起30日内,若调解达成协议而结束说明调解成功,若到期未结束就视为调解不成。这里面涉及两个问题,一是按照规定,即使调解成功,并不意味着争议处理终结,当事人可以不履行调解协议而提起仲裁程序。二是能否许可当事人在调解期间的30日后达成调解协议并履行调解协议,条例并没有说,一般说来,应该也是没有问题的,这是当事人意思自治。但是如果一方当事人答应履行协议,但在过了60天后又反悔,而使对方当事人丧失了仲裁时效的情况该如何处理呢?作为一种法律制度,不得不考虑到这种特殊情况下的处理。但是《企业劳动争议处理条例》第11条规定:“调解不成的,当事人在规定的期限内,可以向劳动仲裁委员会申请仲裁。”似乎又不可在30日后进行调解,在这里,所谓“调解不成”显然是指在30日内调解不成,而不包含30日之外,这是因为同一部法的一个概念,只能有一种含义,不可能有第二种含义。如果从这个意义上出发,那么即使当事人在申请调解之后的30