

民商事诉讼实务丛书

劳动和社会保障 仲裁与诉讼

◎王先林 李坤刚/编著

旨在帮助广大读者了解劳动法和社会保障法的基本理论和实践，特别是劳动和社会保险仲裁与诉讼方面的原理和实务，作者还着重对其中的特别问题和疑难问题进行了详细的分析和解说，力图为广大劳动者和用人单位依法维护自己的合法权益提供操作性指南。

法律出版社

民商事诉讼实务丛书

劳动和社会保障 仲裁与诉讼

◎王先林 李坤刚/编著

旨在帮助广大读者了解劳动法和社会保障法的基本理论和实践，特别是劳动和社会保障仲裁与诉讼方面的原理和实务，作者还着重对其中的特别问题和疑难问题进行了详细的分析和解说，力图为广大劳动者和用人单位依法维护自己的合法权益提供操作性指南。

133070/02

总 序

江 伟*

这套民商事诉讼实务丛书涵盖产品责任、知识产权、房地产、金融票据、新闻报道、劳动争议和社会保障等领域。这些领域,无论在实体法方面还是在诉讼法方面,无论在理论方面还是在实务方面,均存在着或者折射出诸多新兴问题。解决这些新兴问题,须遵从新的理念和原理。

本丛书写作的基本视角是如何从宪法的角度探讨和解决民商事诉讼领域中产生的新兴问题、如何从民事实体法和民事诉讼法的联结点来探讨和解决民商事诉讼中的专门问题。通过这一探讨和解决的过程及其结果,以提升人们对民商事诉讼的理解能力和运作技能。

现代社会,民事诉讼(法)的宪法化(constitutionalization)已经呈现着一种普遍化的趋势。在法治社会,宪法具有最高权威地位,民商事立法和民事诉讼的立法及运作理所当然地遵行宪法,是对宪法的具体实践,在这个意义上,可以称民事实体法和民事诉讼法

* 中国人民大学法学院教授、博士生导师,中国法学会诉讼法学研究会名誉会长。

是“被适用的宪法”。如何从宪法的角度来考察民商事专门诉讼问题,在民商事诉讼领域如何充分实践宪法的精神、原则和规范?则是我们所必须认真对待的问题。

宪法是确立民事诉讼(法)和民事实体法目的的根本法律依据。宪法保障国民享有自由权、人身权和财产权等基本权利。民事诉讼(法)和民事实体法的目的则在于极力保障宪法所确立的法目的的实现,或者说民事诉讼(法)和民事实体法目的应在宪法所确立的法目的的框架内进行。

人们从事活动或建立制度,通常确实抱有不正一个目的,并且在这些目的相冲突时,人们要对之进行调和或平衡,所以,单一目的或意图的理论并不能统摄法院的全部活动以及人们对法院的理论期望。现代民事诉讼价值的多元化和相对性,决定了民事诉讼目的的多重性,在民事诉讼目的上基于不同的价值观念推导出不同的结论。民事诉讼中充满了各种诉讼价值观的冲突,如诉讼之促进与正确裁判的要求、程序保障与扩大诉讼制度解决纠纷的功能的要求、当事人的处分权与公共利益的维护等。

因此,现代民事诉讼的目的应是多元的:私权保护、纠纷解决、维护和统一法律秩序、政策形成功能,以及维护整个社会的政治秩序和国家权力的合法性等。一般而言,民事诉讼的诸多目的不可分割地融合在一起。但是,对于当事人而言,私权保护、纠纷解决则是其运用民事诉讼的最直接的目的。国家具有保护国民之责,所以国家设立民事诉讼制度首先应当遵从当事人的诉讼目的。至于私权保护、纠纷解决以外的目的,多由国家来考虑,而不应当将之强加于当事者个人。

20世纪以后,涌现出大量的新型纠纷(现代型纠纷),比如产品责任纠纷或消费者纠纷、知识产权纠纷、环境侵权纠纷、新闻侵权纠纷、劳动和社会保障纠纷等,往往无从将这些新型纠纷和受到侵害的正当利益纳入现行法律所承认的纠纷解决和权利保护的体制或框架之中。例如,因产品质量不合格而常常侵害社会大众的

同样的利益,对于此种扩散利益被侵害的情形,如何提起诉讼予以救济即有疑问。因为其权利义务的内容及权利主体的外延未必清楚,若依传统的诉讼救济或者诉权的观念和标准进行审查和确认的话,可能会得出不予诉讼保护的结论。

然而,事实上又必须解决这些纠纷和保护这些正当利益。在此情形中,必须遵从宪法保护国民的基本目的,赋予和增加国民接近法院或使用诉讼的机会,创制适宜解决现代型纠纷的诉讼程序,并且运用法解释学的解释方法寻求裁判的实体法根据,解决现代型纠纷和保护正当利益。如今,我国虽然已有解决现代型纠纷的诉讼程序和实体规范,但是尚须不断完善。这也是本丛书的写作意旨。

二

我们有意从民事诉讼(法)与民事实体法的联结点上来解说和探讨民商事诉讼中的专门问题。事实上,摆正民事诉讼(法)与民事实体法的关系(即诉讼观问题),是合理建构和完善我国民事诉讼和民事实体法律制度和理论体系的必要前提。那么,民事诉讼(法)与民事实体法之间的合理关系究竟如何?

首先,民事诉讼(法)实现民事实体法。民事实体法一方面规范日常生活关系,具有社会规范或者生活规范的功能。在民事诉讼中,法院必须依据民事实体法对案件的实体问题作出判断,所以民事实体法又具有裁判规范的功能。作为社会规范的民事实体法具有抽象性,经过民事诉讼,在当事人之间确定并执行其具体的民事实体权利义务,从而实现民事实体法。如果民事实体法不具有裁判规范的功能,其法律强制力就无法体现出来,最终将失去法律规范的性质而成为道德规范一类的东西。如果民事诉讼(法)不具有此功能,尤其在民事实体法体系较为完善和强调依法审判的今天,民事诉讼(法)存在的价值和合理性将令人怀疑。

其次,从解决民事纠纷的角度看,诉讼法与实体法具有同等的重要性。解决民事纠纷是民事诉讼的目的。民事诉讼是双方当事人对其纠纷进行动态的、能动的交涉过程,法院只是对这种交涉结果以裁判的形式表达和固定起来。在诉讼过程和法院裁判中,民事实体法规定的裁判标准与民事诉讼法规定的诉讼形式在民事纠纷的解决过程中相互渗透,共同作用,决定着当事人双方的法律地位和法院裁判的结果。民事实体法固然是法官判断形成的依据,可是如果该判断不是在符合诉讼规则的程序之内完成,换言之,即判断不是在正当程序中作出的,那么这种判断就不具有公权判断的效力。民事诉讼是实体法和诉讼法共同作用的“场”。诉讼法和实体法在民事诉讼领域中,是相互协作的关系。在作为处理具体案件的法律规范这一点上,诉讼法和实体法的目的是相同的。

再次,民事诉讼具有促进和创制民事实体法发展的功能。事实上,实体法的内容往往不是事先被确定了的不变的价值,而必须通过诉讼程序的进行在一般规范命题框架内逐步形成,只有在积累了相当数量案件处理经验之后,才能说实体法的某项条文具有什么样的内容。在我国这一点似乎体现得不够充分和真切。这主要是因为我国现行民事实体法规范大多借用或参照了法制比较发达国家的民事实体法,很少经历过“实体法的具体内容通过诉讼程序的进行在一般规范命题框架内逐步形成和丰富”的这种历史过程。缺少这种经历及其意识是我国现在法学界和法律界没能摆正民事实体法和民事诉讼法之间关系的一个重要缘由。不仅如此,由于民事实体法具有滞后性和不周延性,不可能对所有民事正当利益适时地制定法化,那么,对于新兴纠纷的诉讼处理,或者对于从新的社会现象中产生的正当利益的诉讼保护,则可促成新兴实体权利的产生。实体权利的这一生成机理是法律自身所具有的消除或者减轻其所固有的不周延性或滞后性的内在机制之一。如果从历史角度可以理解实体法规范正是通过诉讼来逐渐生成的话,那么这种生成机制在今天的程序法与实体法之中也同样能够发挥

其功能。

本丛书从民事诉讼是民事诉讼法与民事实体法共同作用的“场”的角度,解说和探讨民商事诉讼中的专门问题,尽力揭示在民商事专门诉讼领域中民事诉讼(法)与民事实体法之间上述合理关系的具体体现。

三

在此以前,我国很少就民商事诉讼中的专门问题进行深入探讨,仅停留在民事诉讼的一般原理和程序制度的阐论层次。无论在理论制度方面还是在诉讼实务方面,都有必须深入系统地探讨我国各类民商事诉讼,揭示其特有的机理,促进我国民事诉讼法(学)的发展,提高人们对民商事诉讼的理解水平和运作能力。

写作和出版丛书的直接目的是为诉讼实务提供指导。但是,由于我们从宪法及民事诉讼(法)与民事实体法合理关系的角度解说和探讨民商事诉讼中的专门问题,所以本丛书写作和出版的实践和理论意义可以说远远超出了这一直接目的。

2002 年 2 月于中国人民大学

前言

日本松下电气公司的创始人松下幸之助先生曾经说,没有激励制度,仅仅宣传劳动光荣,劳动者会缺乏劳动的动力,消极怠工,有了激励制度,即使不讲劳动光荣,劳动者为了获得好的报酬,也会不辞辛苦地劳作。因此,只有建立起激励制度,才能促使企业发展、经济发展和社会进步。改革开放后,我国劳动用工制度改革实践已证明了这一点。

在计划经济体制下,我国实行的是以固定工为主体的用工制度。在当时,以固定工为主体的用工制度,事实上已经成为无条件的“终身制”,它同分配上的平均主义结合在一起,形成了“铁饭碗”、“大锅饭”的严重弊病。其主要表现是能进不能出,能上不能下,干多干少一个样,技术高低一个样,一线二线一个样。这种制度客观上起了打击先进,保护落后的作用,严重地制约了生产力的发展。^①在这种制度下,企业内部缺乏竞争机制,劳动者缺乏劳动的动力和热情,劳动效率低下;在企业的外部,由于固定工制度的约束,劳动者被固定在特定的用人单位,不能在企业之间、在整个社会的范围内自由地、有序地、竞争性地流动。这一用工制度加上当时整个社会的户口制度、教育制度、社会保险制度,共同构成了整个社会生产力发展的制约因素。

^① 参见 1983 年 2 月 22 日劳动人事部发布的《关于积极试行劳动合同制的通知》。

改革开放的巨大变化之一,就是我国的劳动力市场焕发了活力。我国从1983年起在企业中试行劳动合同制度,从1986年起在企业中废除了固定工制度,从1996年起在企业中实行全员劳动合同制度。随着劳动合同制在企业的全面推行,劳动者的劳动态度有了积极的转变。我国改革开放以来经济发展取得的巨大成就,从一定程度和意义上说,也是我国劳动用工制度改革的积极成果。当然,目前的用工制度的改革,并不是很完善,因为目前的用工制度的改革还局限于企业单位中,事业单位和机关单位的用人制度改革并没有和企业的用工制度改革同步进行。但我们相信,随着我国已加入世界贸易组织,人力资源市场必将进一步开放,形成统一的人力资源市场,这必然会给我国的经济发展注入生机和活力。

随着劳动合同制度的建立,流动性、竞争性用人制度的形成,产生了建立社会化社会保险的需求。因为在竞争性的用工制度下,必然有在竞争中处于不利地位者乃至失败者。在建立劳动力市场的同时,应当建立起全社会统一的社会保险制度,给在竞争中处于不利地位和失败的劳动者以基本的保障。我国在20世纪80年代曾有过的“下海”一词就形象地说明了这种需求的必要性和迫切性。“下海”当时是意味着摔破铁饭碗,到非国有单位中或者是到市场中寻求发展机会。之所以称为“下海”,是因为这样做意味着有风险,有后顾之忧。这个后顾之忧的一个主要方面就是失去了医疗保险、养老保险等保障,使得劳动者自身的劳动风险加大。这说明,我国当时的以用人单位为主体的劳动保险制度已经不能够适应经济发展的需要。

在社会主义市场经济理论指导下,我国的劳动和社会保障立法进入了一个新的发展阶段,一个崭新的、适应市场经济要求的用工制度和社会保险制度的框架已经建立起来。在1995年《劳动法》施行后,我国的劳动用工制度和社会保险制度已经有了三个重要突破:一是在企业中建立了以合同制为主体的用工制度,把企业

单位的劳动关系建立在劳动合同的基础之上,在企业中造成了“能者上,庸者下”的局面,唤起和激发了劳动者的积极性和创造性;二是已经基本建立了市场经济制度下的社会保险格局,使劳动者在因疾病、失业、工伤、生育或者年老,而暂时或者永久地失去劳动能力或工作岗位的情况下,能够从社会或国家获得物质帮助,不至于使生活陷入困境;三是积极构建三方协调机制,即在市场经济的大背景下,为协调和稳定劳动关系而建立的协调用人单位、劳动者和国家三方利益的新机制。在这三方关系中,用人单位和劳动者是一个对立统一的矛盾体,国家处于中间的协调地位。

伴随着劳动用工制度的变化和社会保险制度的逐步建立,劳动者和用人单位之间的利益冲突愈来愈明显,特别是在非国有用人单位中,这种利益的冲突表现得更为明显和激烈。大量的劳动和社会保险争议由此而生,统计数字表明,近年来劳动和社会保险争议案件呈明显的上升趋势。劳动和社会保险争议案件与其他案件相比,有几个方面的不同:首先,在处理程序上,采用的是先裁后审、裁审衔接的原则,劳动与社会保险争议不经仲裁不能进入诉讼程序;其次,在仲裁时效上,劳动与社会保险争议申请仲裁的时效从劳动者或用人单位知道或者应当知道其权益受到侵犯之日期起算,只有60天的时间;再次,在处理案件的适用依据方面,其他各类案件一般适用法律、法规,而劳动与社会保险争议案件除了适用法律、法规外,还适用一些政策性的依据,甚至用人单位制定的内部规章制度,在一些案件处理中,也能被用作判断案件是非的依据。在劳动和社会保险立法方面存在着大量的地方性的法规和规章,特别是在社会保险方面,由于目前实行属地管理,操作的具体依据基本都是地方的规定。同时,劳动和社会保险法律方面的基本理论还不完善和成熟,这些都给劳动争议的处理带来了一定的困难。

为了帮助广大读者了解劳动法和社会保障法的基本理论和实践,特别是劳动和社会保险仲裁与诉讼方面的操作性原理和实务,

使劳动者和用人单位能更好地依法维护自己的合法权益,我们编写了本书。它作为民商事诉讼实务专题丛书中的一种,除了概要地介绍有关劳动和社会保障的基本理论和一般程序问题之外,着重对劳动和社会保险仲裁与诉讼中的特别问题和疑难问题进行了比较详细的分析和解说,力图为读者提供劳动和社会保险仲裁和诉讼实务方面的操作性指南。

本书分三个部分:第一部分为绪论,主要介绍和论述了劳动法和社会保障法的几个基本问题。第二部分为劳动和社会保障争议的基本问题和解决程序通则(第一章至第四章),分别论述了劳动和社会保障的争议及其相关的法律问题、劳动和社会保障争议的仲裁程序、劳动和社会保障争议的民事诉讼程序以及劳动和社会保障的行政诉讼程序。第三部分为劳动和社会保障争议解决中所涉实体依据问题(第五章至第十一章),主要介绍和分析了劳动关系、劳动标准、养老保险、失业保险、医疗保险、工伤保险和生育保险等七个方面的争议的基本规范问题,并结合实例对实践中的一些疑难问题作了分析。

归纳起来,本书大致有以下三个特点:一是基本理论与基本制度相结合,在对劳动和社会保障的一些基本制度进行介绍的同时,也介绍了劳动和社会保障法的一些基本理论问题,还对如何完善目前存在的一些问题提出了看法。二是程序法与实体法并重。为了帮助读者了解劳动和社会保险争议的处理程序,本书对劳动和社会保障处理的仲裁程序、民事诉讼程序、行政诉讼程序作了简要而明确的介绍,同时又对所涉的实体问题进行了较为具体的分析与说明。三是制度介绍与实例分析相结合。在对实体法律制度进行介绍的同时,本书还收集了大量的案例。在对案例进行剖析时,作者力求做到帮助读者抓住案件的关键所在,引导读者运用法律规范处理问题的思路,以期能够给读者以启示。

在写作的过程中,我们参考了目前主要的劳动法和社会保障法方面的教材与一些案例分析书籍,如关怀主编的《劳动法》,李景

森主编的《劳动法学》，王全兴著的《劳动法》，杨燕绥编著的《社会保险法》，王益英主编的《社会保障法》，谢建华、巴峰所著的《社会保险法学》，石美遐、范战江主编的《新编劳动争议仲裁案例》，蒋勇主编的《典型劳动争议案例评析》等等，并参考了相关的学术论文。在此，我们对这些作者深表谢意！

本书适合法官、律师、企业法律顾问以及其他法律工作者阅读，同时，也可以作为法学专业的教学参考书。此外，劳动者和用人单位也可以通过阅读本书，了解有关的劳动和社会保障方面的法律、法规、政策和争议处理的程序，以利于维护自己的合法权益。

尽管作者的写作态度是认真的，但由于水平所限，书中仍难免有不当和疏漏之处，欢迎读者朋友给予批评指正。

编著者

2002年2月2日

法律出版社征稿启事

近年来,伴随着国家法治建设的进程,法律出版社作为我国历史最悠久的国家级法律专业出版社,取得了长足发展。法律出版社的成长离不开多年来关怀着我们的读者,更离不开对我们大力支持、诚心提携的作者。

在此,我们真诚希望关心、相信我们的作者,把那些治国安邦的行为准则,指导系统工作的“金科玉律”,传道、授业、解惑的“四书五经”,特别是那些究天人之际,通古今之变,成一家之言,足以开启民智,领潮头之先的传世之作,放心大胆地交给我们出版。

我们庄严地承诺:将以最好的编辑和装帧质量,最广泛有效的发行渠道,最丰厚诱人的润笔稿酬和合作条件,使您的大作风行于世,继“立功”、“立德”之后,助您完成“立言”这不朽之业。

征稿范围:

立法司法行政执法部门工作用书,法律职业人员工作用书,法律院校教材及教辅用书,各类资格、学历考试法学参考用书,法学学术著作,法学译著,法律知识读物,法律实务及案例读物,法律工具书。

投稿地址:北京市西三环北路甲 105 号科原大厦 A 座 4 层

邮 编:100037

总 编 室:010-88414121 010-88414122

策划编辑:010-88414134 010-88414135

编 辑 室:010-88414127 010-68710321

传 真:010-88414115

电子信箱:pholaw@public.bta.net.cn

目 录

绪论 劳动和社会保障法的若干基本问题	1
一、关于劳动法的基本问题	1
(一)劳动法的基本内容与意义	1
(二)我国劳动法律制度的建立与完善	4
二、关于社会保障法的基本问题	6
(一)社会保障法的基本内容与意义	6
(二)我国社会保障法律制度的建立与完善	10
三、社会保险法与劳动法的关系	14
第一章 劳动和社会保障争议的分类及其相关法律问题	16
一、劳动关系(劳动合同)争议及其相关法律问题	16
(一)劳动关系的概念和特征	16
(二)我国目前劳动合同制度中存在的主要问题 及完善的建议	17
二、劳动标准争议及其相关法律问题	23
(一)劳动标准的含义和意义	23
(二)劳动标准的主要法律规定	24
三、社会保险争议及其相关法律问题	26
(一)社会保险的概念、意义和特征	26
(二)社会保险的责任主体	27
(三)社会保险费征缴的有关规定	29
四、劳动和社会保险执法争议及其相关法律问题	33

2 劳动和社会保障仲裁与诉讼

(一)劳动和社会保险执法的概念和意义	33
(二)劳动和社会保险执法的主要依据	34
(三)劳动和社会保险行政处罚及其听证程序的规定	37
第二章 劳动和社会保障争议案件的仲裁程序通则	43
一、劳动争议仲裁的涵义和特点	43
二、劳动争议仲裁委员会的性质、组成与职责	45
三、劳动争议仲裁委员会的受案范围和仲裁管辖	46
(一)受案范围	46
(二)仲裁管辖	46
四、劳动争议仲裁时效	47
五、劳动争议仲裁的参加人	50
六、劳动争议仲裁的申请与受理	51
(一)申请	51
(二)受理	52
七、劳动争议仲裁案件的审理	52
八、劳动争议仲裁案件的特别审理	55
九、劳动争议仲裁文书的送达与执行	56
第三章 劳动和社会保障争议案件的民事诉讼程序通则	58
一、劳动争议案件的民事诉讼的受案范围	59
(一)主体范围	59
(二)诉讼标的的范围	60
二、劳动争议案件的诉讼管辖	60
三、诉讼当事人和诉讼代理人	62
(一)诉讼当事人	62
(二)诉讼代理人	64
四、劳动争议案件的审理	66
(一)起诉和受理	66
(二)审理前的准备	66
(三)开庭审理	67

(四) 诉讼中止和终结	68
(五) 判决和裁定	69
五、二审程序	69
六、审判监督程序	70
七、执行程序	71
八、诉讼证据	72
(一) 证据的概念和法律特征	72
(二) 证据的种类	72
(三) 举证责任	76
(四) 证据保全	77
九、强制措施、财产保全和先予执行	77
(一) 对妨害民事诉讼行为的强制措施	77
(二) 财产保全和先予执行	78
第四章 劳动和社会保障争议案件的行政诉讼程序通则	80
一、受案范围和管辖	80
(一) 受案范围	80
(二) 管辖	81
二、行政诉讼参加人	82
(一) 行政诉讼当事人	83
(二) 行政诉讼代理人	84
三、行政诉讼程序	85
(一) 起诉和受理	85
(二) 审理和判决	86
(三) 执行	89
四、行政诉讼的证据	93
第五章 劳动关系仲裁与诉讼的特别问题	96
一、劳动关系的主体和内容	96
(一) 劳动关系的主体	96
(二) 劳动关系的内容	98

(三)不属于《劳动法》调整范围的劳动关系	101
二、劳动合同的签订	102
(一)劳动合同的概念和特点	102
(二)劳动合同与劳务合同的区别	102
(三)劳动合同签订的原则	105
(四)劳动合同的形式	107
(五)劳动合同的内容	108
(六)劳动合同的几种特殊条款	111
(七)劳动合同的生效和无效	121
三、劳动合同的履行、变更、终止和解除	123
(一)劳动合同的履行	123
(二)劳动合同的变更	124
(三)劳动合同的终止	126
(四)劳动合同的解除	127
四、劳动合同的鉴证	135
(一)劳动合同鉴证的概念和意义	135
(二)劳动合同鉴证的内容	136
五、解除劳动合同的经济补偿	136
(一)解除劳动合同经济补偿的概念	136
(二)解除劳动合同经济补偿的具体情况和标准	137
六、非因工负伤医疗期	139
(一)非因工负伤医疗期的概念和意义	139
(二)非因工负伤医疗期规定的主要内容	140
七、集体合同	143
(一)集体合同概述	143
(二)集体合同的内容与签订原则	144
(三)集体合同的签订程序	145
(四)集体合同争议的解决	146
八、劳动纪律和用人单位内部劳动规章	149