

# 劳动者集体行动治理的司法逻辑

## ——基于2008-2014年已公开的308件罢工案件判决

王天玉

(清华大学法学院, 北京 100084)

**摘要:** 劳动者集体行动在法律上没有明确规定, 学界主流观点认为依据“法无禁止即自由”, 罢工行为是有效的。308件罢工案件判决的分析显示, 法院审理此类案件适用“法无授权即禁止”, 并形成了本身违法原则和合理原则两种裁判尺度。统计分析显示, 本身违法原则在法院判决中居于主导地位, 显示出劳动者集体行动治理的司法逻辑具有“形式法治”倾向, 而隐藏在这种司法逻辑背后的则是法院自身的角色尴尬。

**关键词:** 劳动关系; 集体协商; 罢工; 集体行动; 司法实证

**中图分类号:** DFO

**文献标识码:** A

**文章编号:** 1006-6128(2015)02-0178-15

“法不禁止即可为, 法无授权即禁止”可称之为法律人的一个“常识”,<sup>①</sup>对其一般的理解是法律对私权自由的保护和公权边界的限定。由于这一“常识”用语精炼, 表意清晰, 且具有丰富的正当性基础, 易于唤起受众的感性认同, 因此在某种程度上具有了“标语”的特质。但是, 这一“常识”的使用已经超出了“标语”的功能范围, 在一些法学问题的文献中, 此常识语的出现往往意味着论证以“理直气壮”的方式终结, 暗含“其在理论上的有效性自不待言”。<sup>②</sup>对此, 已有学者反思“语言的精炼往往会造成含义的含混, 常识的泛滥往往会遮蔽理性的判断”。<sup>③</sup>尤其是当此常识用以解释具体的行为效力时, 其局限性更为凸显。

以“停工、怠工”为表现行为的劳动者集体行动在我国法律文本上并无禁止性规定, 在学理层面不乏肯定劳动者集体行动正当性和有效性的观点和论证。但是, 此类行为并没有因“法无禁止即可为”而有效, 其行为一旦因争议而启动司法程序, 必定依法院判决而确定其效力状态及法律后果。盖因“法无禁止”, 法院在审理此类因罢工而引发的集体争议案件过程中形成了具有“形式法治”倾向的独特司法治理逻辑, 而这种司法逻辑的背后则隐含着法院角色的尴尬。

收稿日期: 2014-08-25

基金项目: 国家社科基金青年项目“劳资协商法律机制研究”(11CFX034)

作者简介: 王天玉(1982-), 男, 吉林长春人, 清华大学法学院博士后研究人员, 法学博士。

<sup>①</sup>早在1995年, 刘星即指出, “在我国, 近年来人们亦认为这是法学的一个重要原则, 于是, 在法学理论和法律实践中, 这一‘原则’时常成为某些观点或行为的论证基础。”参见刘星《对“法不禁止即自由的重新审视”》, 《法律科学》1995年第5期, 第8页。

<sup>②</sup>汪习根、武小川认为, “法不禁止即可为”和“法无授权即禁止”只在有限的范围内发挥作用。在规范层面, 私权利和公权力均以授权性和禁止性规则出现, 作为“特权”的权利实际上适用着“法无授权即禁止”, 而作为自由裁量的权力实际上适用着“法不禁止即可为”。在实践中, 私权利“法不禁止即可为”和公权力“法无授权即禁止”的古典自由主义难以满足积极自由的要求。参见汪习根、武小川《权力与权利的界分方式新探——对“法不禁止即自由”的反思》, 《法制与社会发展》2013年第4期, 第38页。

## 一、问题、材料与分析进路

在现有的法律框架内，劳动者的集体行动是否具有正当性和有效性？这一问题伴随着每年数起的罢工、停工事件不断地拷问着实践中的执法者和学界的研究者，并可以在各种新闻报道中发现缺乏统一权威解决机制的争执和困惑。通过文本材料的分析，媒体传递的信息、学界的观点和论证、法院的司法裁判都试图从现有的法律规则条文中寻求依据，而正是因为法律既没有明确“授权”，也没有明确“禁止”，并且存在行为概念的含混，导致了现实罢工事件的司法处理与理论解说之间形成了鸿沟似隔阂。

媒体关于劳动者集体行动的报道一般针对知名企业的大规模罢工事件，盖因此类事件更具新闻价值，有着更为广泛的社会影响。从报道的角度来说，一般是财经企业类媒体将罢工行动作为经济新闻，从客观的立场报道事件发生的原因和经过。<sup>①</sup>此外的一部分报道则是在了解罢工劳动者利益受损或有正当诉求的基础上具有一定倾向性地予以报道，指出劳动者采取罢工方式是迫于无奈，呈现出劳动者集体行动所具有的道义上的正当性基础，易于唤起读者对事件中处于弱者地位的劳动者的同情及对于罢工事件的情感理解和支持。<sup>②</sup>此类信息的社会传播效果正如同公众与媒体的“联姻”，“无论是媒体正当的社会批判还是新闻商品的制造，客观上都追求迎合大众的效果，所以他们二者必然是有意无意地合奏或交响。”<sup>[2]59</sup>尤其是在具有广泛社会影响的特定集体行动事件中，媒体会深入挖掘事件中“弱者抗争”起因的正当性和行动过程的合理性。例如，在著名的“南海本田事件”发生后，鉴于该事件巨大的社会影响，有权威媒体曾报道南海本田公司因“薪水太低”引发工人停工，劳资双方理性协商，整个过程均在理性与和平的状态中进行。<sup>③</sup>从侧面印证了劳动者集体行动的正当性。随着媒体对此类信息，或者说理念的传播，集体行动已逐渐为众多劳动者所熟悉，其正当性随之潜移默化地成为劳动者群体的一种潜在共同意识，当劳动者遇到诸如工资待遇、工作环境、社会保险等共同问题时，这种潜在的共同意识极易转变为劳动者群体合意，成为集体行动的主观诱因。<sup>④</sup>

学界的主流观点认为劳动者集体行动是“合法”的，<sup>⑤</sup>论证依据主要在于以下三个方面：第一，法无禁止即可为。从法理的角度说，“法无禁止即可为”是以否定的方式确定了私权的自由，在霍布斯看来即是“在法律未加规定的一切行为中，人们有自由去做自己的理性认为最有利于自己的事情。”<sup>[3]164</sup>但是，当谈论的对象由公民个体转变为集体的方式组织并行动时，古典自由主义

①通过 2008 - 2014 年的报纸检索，可发现如下实例：陈时俊《百安居陷“多事之秋”：多门店罢工缘起新奖金机制》，《21 世纪经济报道》2013 年 9 月 12 日，第 015 版；党鹏《英特尔成都工厂“罢工”风波》，《中国经营报》2009 年 9 月 7 日，第 C01 版；陈青松《苹果惠普供应商上海千人罢工》，《中国企业报》2011 年 12 月 6 日，第 001 版；陈青松《2500 名员工停产逼宫日立》，《中国企业报》2011 年 12 月 13 日，第 011 版；肖玮《两外资巨头在华整合引发罢工》，《北京商报》2011 年 7 月 29 日，第 003 版；孙聪颖《新飞电器数千员工要求涨薪》，《北京商报》2012 年 10 月 11 日，第 003 版；李冰《百威英博大连工厂罢工三天》，《北京商报》2012 年 1 月 10 日，第 003 版。

②例如，曾业辉《本田工厂罢工持续 中国员工权益堪忧》，《中国经济时报》2010 年 5 月 27 日，第 005 版；孟泉《直面罢工 倾听员工的声音》，《经理日报》2010 年 9 月 30 日，第 A02 版；魏政军《利益受损工人罢工 诺基亚东莞工厂震荡》，《电脑报》2013 年 12 月 2 日，第 011 版；郭东光《集体返航事件：总工会为什么不派调查组》，《南方周末》2008 年 4 月 10 日，第 E29 版；梁钟荣、徐峰《本田海南厂“罢工”事件追击》，《21 世纪经济报道》2010 年 5 月 28 日，第 001 版。

③参见李刚《本田在华整车企业全线停产》，《人民日报》2010 年 5 月 28 日，第 15 版。

④笔者于 2012 年 6 月至 9 月期间在上海、成都等地访谈因罢工被解雇的劳动者过程中，问及“怎么样想到罢工的？大家是怎么样组织起来？”时，受访劳动者的回答大多是“看到新闻说罢工，员工的诉求引起了老板和政府的重视，解决了问题。”或者是“周边的 XX 工厂员工罢工了，结果就涨工资了。”

⑤参见董保华《劳动者自发罢工的机理及合法限度》，《甘肃社会科学》2012 年第 1 期，第 117 页。

的观点就难以充分涵涉。哈耶克就此谈到了自由 (liberty) 与自由权项 (liberties) 的区别, 后者尤其指向特定情况下的豁免权。<sup>①</sup> 庞德也论及了个人或组织行为不受一般规则限制的特殊条件属于自由的范畴, 例如工会豁免权。<sup>②</sup> 面对我国劳动者罢工以及其他集体行动既没有法律明确禁止, 也没有明确保护的情况,<sup>③</sup> 学者倾向于将私权自由扩大解释为集体自由, 亦即从公民个体自由推导出劳动者群体行动自由。例如, 常凯教授认为, 我国目前的法律没有关于公民享有罢工权的明确规定, 但我国法律从来也没有关于禁止罢工的规定。依照基本的法理规则“法无禁止即许可”, 对于公民而言, 只要法律没有明文禁止, 便是可以作为的。所以, 首先需要明确的是: 中国没有禁止罢工的法律规定, 所以在中国罢工并不违法。<sup>④</sup> 周永坤教授认为, 我国宪法没有禁止罢工行为, 按照“法无禁止即自由”的逻辑, 可以推理中国公民有罢工权。<sup>⑤</sup> 此外, 王全兴教授没有直接肯定罢工行为合法, 而是指出, “我国现阶段的罢工既不是合法罢工, 也不是违法罢工, 而是介于是违法与合法之间的非法罢工……, 根据法无禁止即自由的公民权利原理, 不能认为罢工违法。”<sup>[4]188</sup>

第二, 法律解释角度证明罢工合法。首先, 2001年2月全国人大常委会批准了《经济、社会及文化权利公约》, 该《公约》第8条第1款(丁)项规定, 本公约缔约各国承担保证: 有权罢工, 但应按照各个国家的法律行使此项权利。在中国批准这一公约同时发表的声明中, 并没有对这一内容作出保留或者其他特别的说明。其次, 根据该公约的要求, 于2001年修改后的《工会法》第27条<sup>⑥</sup>规定了“停工、怠工”的内容。此甚为柔性的法律规定对劳动者集体行动导致的“停工、怠工”未予以效力认定, 而是作为一种事实状态予以描述并指引相关机构予以解决。作为法律条文, 此项规定既没有指明其依据的上位法, 与条约之间的承接关系并不明确, 也没有涵盖特定劳动者集体行动的前后处置程序, 更缺乏强制实施的法律责任条款。面对现实中不断发生的劳动者集体行动, 上述规定的“不明之处”给出了法律解释的空间。对此, 陈步雷教授认为此项规定实为“隐性罢工”, 法律允许劳动者在其正当权益受到严重危害的情况下可以停工或怠工, “实际上是对罢工权的认可”。<sup>⑦</sup>常凯教授认为, 从法律解释学的意义上分析, 可以得出两个结论“其一, 该规定虽然没有明确规定工人享有罢工权, 但处理罢工事件是以工人具有罢工的权利作为前提条件的。其二, 解决罢工问题并实现复工, 是以解决工人的‘合理要求’作为前提条件的。”<sup>[5]112</sup>

第三, 劳动者集体行动是一种自力救济或合同权利。陈步雷教授认为, “在资方不能或不愿通过集体谈判等正常途径与劳动者进行诚实信用地平等协商, 以解决劳动者合理请求的情况下, 劳动者完全可以行使自助自卫的手段以保护其实体性权利免受更严重的损害, 或者使资方让步。弱者的这种自卫权、自助权、斗争权, 是天然合理的权利, 是守护或维护其基本的生存、发展权利和人格尊严所不可缺少的权利, 是任何正在或已经实现了人权观念启蒙的社会都必须遵守的‘知识律令’和‘道德律令’。”<sup>[6]10</sup>常凯教授认为, “仅靠外部的行政力量并不能实现劳动关系的力量对等, 只有通过劳动者自身的集体力量, 才能实现劳资力量的相对平衡和劳资自治。”为此, “工人成立工会

①参见[英]哈耶克《自由秩序原理》(上册), 邓正来译, 三联书店1997年版, 第15页。

②参见[美]罗斯科·庞德《法理学》(第四卷), 余履雪等译, 法律出版社2007年版, 第90-128页。

③Feng Chen, Individual rights and collective rights: Labor's predicament in China, *Communist and Post-Communist Studies* 40 (2007), p. 71.

④参见常凯《关于罢工的合法性及其法律规制》, 《当代法学》2012年第5期, 第111页。

⑤参见周永坤《“集体返航”呼唤罢工法》, 《法学》2008年第1期, 第3页。

⑥《工会法》(2001年修订)第27条规定, 企业、事业单位发生停工、怠工事件, 工会应当代表职工同企业、事业单位或者有关方面协商, 反映职工的意见和要求并提出解决意见。对于职工的合理要求, 企业、事业单位应当予以解决。工会协助企业、事业单位做好工作, 尽快恢复生产、工作秩序。

⑦参见陈步雷《罢工权的属性、功能及其多维度分析模型》, 《云南大学学报》(法学版)2006年第5期, 第9页。

与雇主进行集体谈判，确定彼此权利义务，实行国家指导下的劳资自治”是“自力救济”的手段。<sup>[7]98-99</sup>对劳动者自发罢工持不同立场的董保华教授在论述“罢工权”与“同时履行抗辩权”的区别时引用我国台湾地区学者的观点指出，“雇主一直未为一定之给付，则此时劳方即得行使同时履行抗辩权而拒绝其相应的履行要求。”<sup>[8]264</sup>可以推断，如果用人单位违约在先，劳动者可依据“同时履行抗辩权”终止劳动。

无论是媒体的解读还是学理的论证都不是有权解释，劳动者集体行动的有效性在实践中最终要由司法机关来评判，法院的一纸判决既是解决争议的法律依据，也体现着法律解释的尺度。依凭感性经验，笔者所获悉的多起涉及劳动者集体行动的劳动争议案件在诉讼程序中，其集体行动的有效性通常不会被法院认可。这种学术理性论证与司法直观感受之间的强烈冲突促使笔者探寻这种冲突的起因与本质。为此，笔者选取“中国裁判文书网”和“中国法院网·裁判文书”2008年1月至2014年8月底截稿时已公开的308件涉及劳动者以“罢工、怠工、停工”方式进行集体行动的劳动争议案件判决，有的案件中包括解雇合法性、拖欠工资、社会保险等多个诉讼请求，在本文的统计中只提炼案件中“因组织、参加罢工（或停工、怠工）而解雇”这一项诉讼请求的案件事实、判决依据和判决结果，将案件争议起因、法院判决依据类型化，展现出法院在审理不同起因的同类罢工行为模式案件中所具有规律性司法逻辑，并进一步探讨其形成的深层次原因。

## 二、罢工案件审判逻辑的过程与依据

### （一）样本案例基本情况

自2008年一系列重要劳动法律法规的颁行，通过司法程序解决劳动争议已经成为劳动者和用人单位双方均较为认同的基本途径。在笔者所搜集到的罢工案件中，2008年至2014年已公开的判决数量呈现出逐步增长的趋势（如图1，其中2014年截至8月），案件的地域分布也以经济发达地区为主（如图2）。

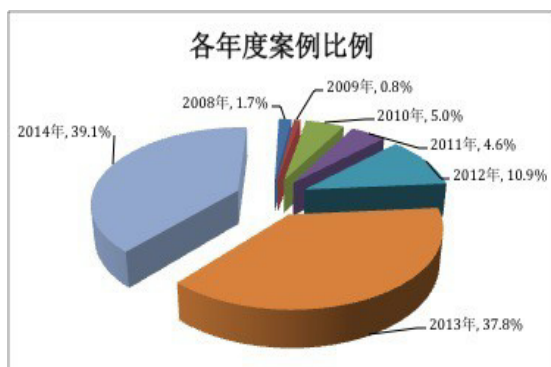


图 1

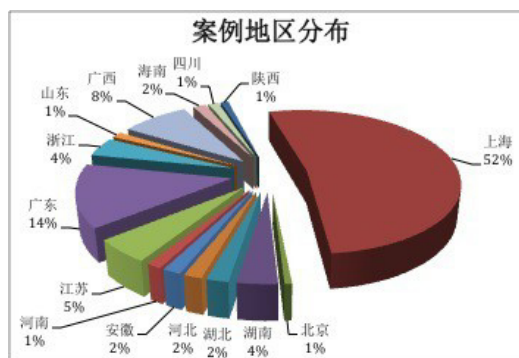


图 2

在本文的全部样本案例中，一审案件所占比例较大（如图3），而起诉主体则以劳动者居多（如图4）。其中，劳动者提起一审的比例较高，而用人单位多是在一审败诉后提起二审。这种格局的形成在于《劳动合同法》强化了劳动者的权利，而《劳动争议调解仲裁法》则降低了劳动者维权的成本，由此劳动者有机会通过低成本的司法程序获得较高的赔偿，从而形成了劳动者个人维权

的威慑与守法激励的法律实施机制。<sup>①</sup>可见，法律以不同的方式型塑了劳动者抗议的内容及其表达形式。<sup>②</sup>

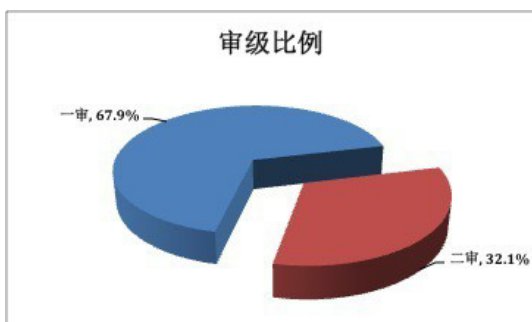


图 3

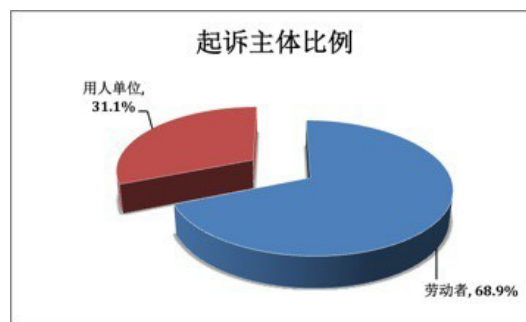


图 4

### (二) 罢工案件审判逻辑过程

对于劳动者集体行动的起因，学界有影响力的观点认为集体争议已经由权利争议转向利益争议。例如，常凯教授认为，以往的集体争议，更多的是由于劳动者权利被侵害而发生的权利争议。近年的集体争议，基本上都是要求在现有基础上提高工资、改善待遇，要求公正待遇的利益争议。<sup>③</sup>董保华教授认为，罢工发生的情形往往是用人单位处于合法、守约的状态上，但从罢工的结果上看，却是与用人单位违约相同。<sup>④</sup>但是，本文案件样本的分析却并不能完全支持上述观点。

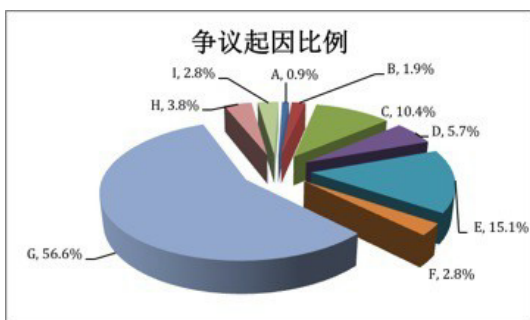


图 5

争议起因：A. 未签订书面合同；B. 未缴纳社保；C. 用人单位降低工资；D. 拖欠工资；E. 拖欠加班费；F. 调动工作岗位；G. 劳动者要求涨工资；H. 奖金福利待遇；I. 判决书未说明起因。

如图5所示，罢工案件的发生有一半以上的起因是劳动者要求涨工资，尤其以计件工资单价核定为主要争议点，属于利益争议。同时，仍存在将近一半比例的罢工行动是由于用人单位未能遵守法律规定或合同约定而导致的，其中占较大比例的用人单位拖欠加班费、单方面降低工资，这部分可归类为权利争议。这两种集体争议类型是学理上认识罢工行为的基本划分，也是诸多关于罢工合法与否讨论的前提。但通过对本文样本案例判决的梳理，此种差异在大多数案件审判中并未予以采纳，司法逻辑的基本态度是考察停工或怠工事实，进而对行为定性，其判决依据如图6所示。

<sup>①</sup>Virginia Ho, 'From Contracts to Compliance? An Early Look at Implementation under China's New Labor Legislation', *Columbia Journal of Asian Law* 23 (2009), p. 46.

<sup>②</sup>Ching Kwan Lee, *Against the Law: Labor Protests in China's Rustbelt and Sunbelt*, University of California Press, 2007, p. 2.

<sup>③</sup>参见常凯 《劳动关系的集体化转型与政府劳工政策的完善》，《中国社会科学》2013年第6期，第102页。

<sup>④</sup>参见董保华 《劳动者自发罢工的机理及合法限度》，《甘肃社会科学》2012年第1期，第117页。

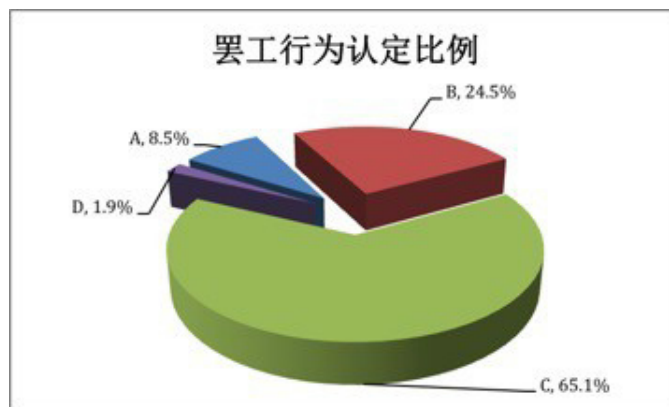


图 6

罢工行为认定:

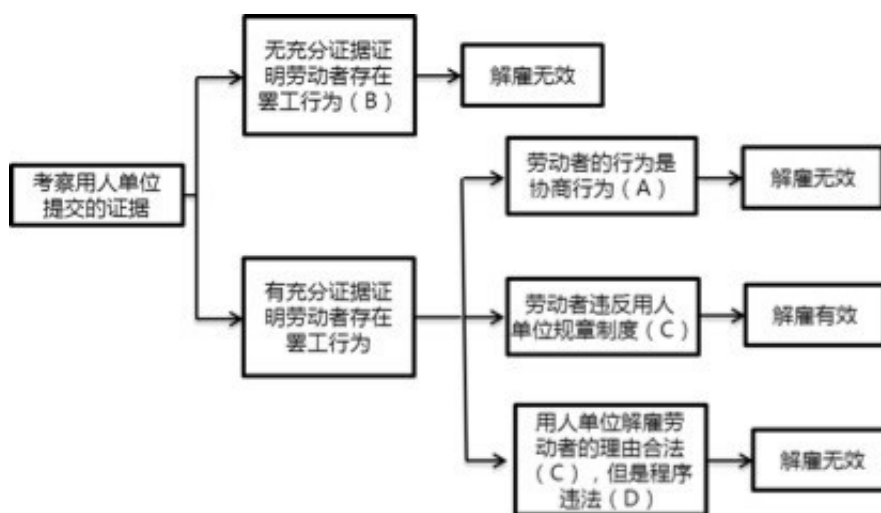
A. 劳动者的行为是协商行为，不是怠工或罢工;

B. 无充分证据证明劳动者有罢工行为;

C. 劳动者应当遵守劳动纪律和用人单位规章制度，劳动者违反相关规定，用人单位有权处罚。如果劳动者与用人单位之间发生劳动争议，应依法通过劳动监察、仲裁或诉讼程序维权，不应当采取罢工怠工等任何过激和不当行为，破坏正常的生产经营秩序;

D. 用人单位解雇劳动者的理由合法，但是程序上未通知工会或未将规章制度告知劳动者，故仍属违法解雇。

可见，罢工起因并不是司法考量的主要因素，基于上图判决依据的比例可以梳理出司法审判的基本逻辑是:



据此司法逻辑，C 和 D 情形实质上是认为罢工行为违法，用人单位有权解雇罢工劳动者，B 情形并未表明态度，只有相当少数的 A 情形 (8.5%) 下，法院将劳动者的罢工行为定性为有效的协商行为，认定用人单位的解雇无效。由此做出的判决比例如图 7 所示。

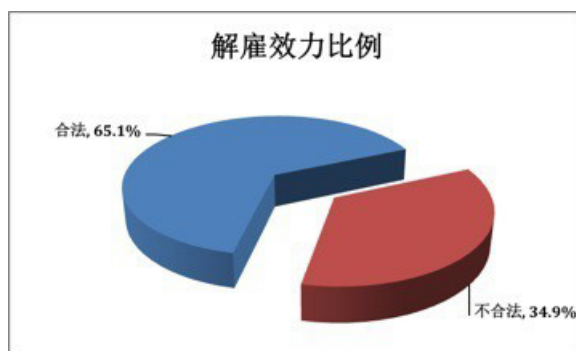
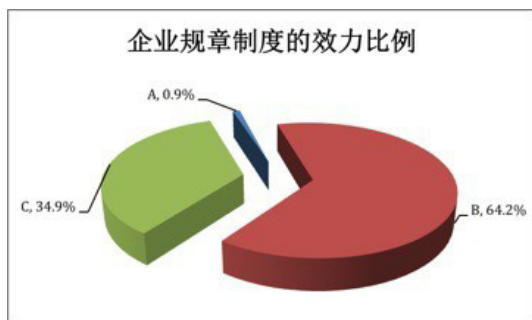


图 7

### (三) 罢工案件审判逻辑依据

在认定劳动者罢工无效的案例中，只要有充分证据证明存在罢工行为（除 B 情形之外），法院在很大几率上（C + D 情形）会认定罢工行为违反用人单位规章制度，其法律依据基本都是《劳动法》第 25 条第 2 款和《劳动合同法》第 39 条第 2 款，<sup>①</sup> 少数审查用人单位解雇程序的判决依据《劳动合同法》第 43 条<sup>②</sup>和《工会法》第 21 条。<sup>③</sup> 在本文所搜集到的全部案例中，没有一件判决援引《工会法》第 27 条论证劳动者有权罢工，也没有一件判决认定劳动者的集体行动是自力救济或行使同时履行抗辩权，这与学界的观点相去甚远。

实际上，判定罢工无效的法院判决所援引的劳动法依据仅起到了一个导引作用，即将焦点问题从对罢工行为的判定转变为对企业规章制度效力的认定，基本推理模式是：劳动者有罢工行为→用人单位规章制度禁止罢工→用人单位规章制度有效→劳动者罢工行为无效，其依据在于《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）》第 19 条，即用人单位根据《劳动法》第 4 条<sup>④</sup>之规定，通过民主程序制定的规章制度，不违反国家法律、行政法规及政策规定，并已向劳动者公示的，可以作为人民法院审理劳动争议案件的依据。因此，用人单位的规章制度成为了案件审判的实质性依据。但是，相当多的案例审判中，法院对用人单位规章制度的效力并未作充分的审查（如图 8）。



企业规章制度的效力:

- A. 涉及劳动者切身利益的规章制度未经职工代表大会或全体职工讨论，无效;
- B. 用人单位规章制度规定了罢工行为予以解雇，但法院未对此规章制度进行效力审查，仅查明劳动者是否知悉此项规定;
- C. 直接援引用人单位规章制度，不予考察。

图 8

①《劳动法》第 25 条规定，劳动者有下列情形之一的，用人单位可以解除劳动合同，其中第 2 款规定，严重违反劳动纪律或者用人单位规章制度的 《劳动合同法》第 39 条规定，劳动者有下列情形之一的，用人单位可以解除劳动合同，其中第 2 款规定，严重违反用人单位的规章制度的。

②《劳动合同法》第 43 条规定，用人单位单方解除劳动合同，应当事先将理由通知工会。用人单位违反法律、行政法规规定或者劳动合同约定的，工会有权要求用人单位纠正。用人单位应当研究工会的意见，并将处理结果书面通知工会。

③《工会法》第 21 条规定，企业单方面解除职工劳动合同时，应当事先将理由通知工会，工会认为企业违反法律、法规和有关合同，要求重新研究处理时，企业应当研究工会的意见，并将处理结果书面通知工会。

④《劳动法》第 4 条规定，用人单位应当依法建立和完善规章制度，保障劳动者享有劳动权利和履行劳动义务。

本文全部样本案例中，几乎所有的用人单位规章制度或者员工手册都明确规定了“禁止罢工、怠工、停工”或者“禁止组织、煽动罢工、怠工、停工”等内容。而从上述法院判决的分析来看，司法并没有否定用人单位此类规章制度条款的有效性。亦有法院判决明确表明，在法律未对罢工权予以明确的情况下，用人单位可以规定规章制度对罢工行为进行规范。<sup>①</sup>可以说，在相当大的程度上，司法为用人单位禁止罢工的规章制度的实施提供了法律支撑<sup>②</sup>并且印证了“劳动规章而非法律确定了绝大多数雇员的工作场所规范。”<sup>[9]150</sup>

### 三、本身违法与合理：两种裁判尺度

#### (一) 可裁量空间：集体协商之名与罢工行为之实

一个有趣的现象是劳动者很少将罢工行为本身视为其行为正当性的依据，甚至尽量回避讨论罢工行为。从法院判决所展现出来的表述看，劳动者没有显示出对罢工抗争模式的普遍心理认同。

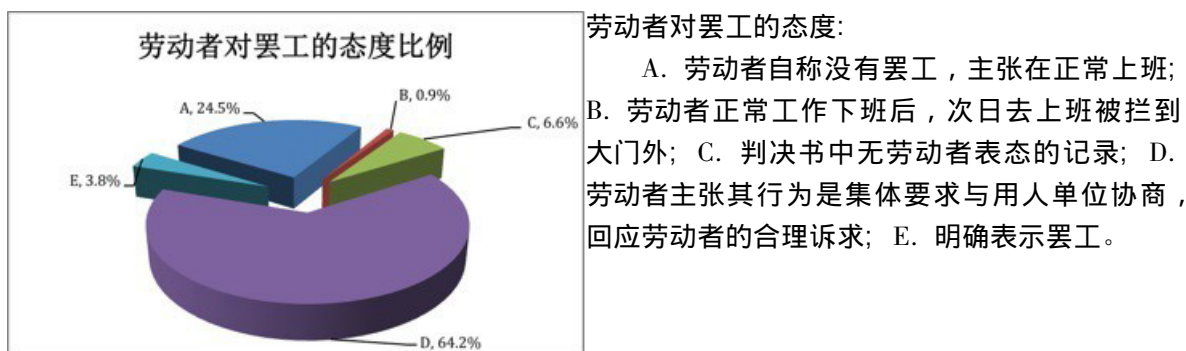


图 9

如图 9 所示，罢工行为本身并不是劳动者为其集体行动辩护的主要理由，而有明确法律依据的集体协商才是劳动者提出频率最高的抗辩意见。只有很少比例（3.8%）的案件中，劳动者公开宣传其行为就是罢工，而在绝大多数情况下，劳动者有两种抗辩理由，一是主张没有罢工行为（24.5% + 0.9%），其思路是由法院依据“无充分证据证明存在罢工行为”判定“解雇无效”；二是主张其集体行动不是罢工，而是集体协商行为（64.2%），有明确的法律依据，并未违反用人单位的规章制度。集体协商是调整集体劳动关系的一项基本制度，早在 2000 年，当时的劳动和社会保障部就发布《工资集体协商试行办法》，其第 3 条规定，本办法所称工资集体协商，是指职工代表与企业代表依法就企业内部工资分配制度、工资分配形式、工资收入水平等事项进行平等协商，在协商一致的基础上签订工资协议的行为。此后，在 2008 年 6 月 10 日，全国总工会印发《关于开展集体协商要约行动的意见》（总工发〔2008〕34 号文），其中规定“要把开展集体协商要约行动作为表达职工利益诉求的法律手段，依法主动向企业方提出协商要约，通过平等协商和集体合同制

①参见（2013）深宝法观劳初字第 142、144、172、173、174、175、176 号。

②司法的这一立场与学界既有的观点相悖，如常凯教授认为，罢工是否违反企业的规章制度，一个必要的前提是，企业规章制度的这一规定是否合法。这主要涉及到两个法律问题：一是企业如果有禁止罢工的规章制度，这一规定内容是否合法即所谓实体合法问题；其二是该企业的这一规定是否经过了民主程序即所谓程序合法的问题。如果将“禁止罢工”作为企业规章制度的内容，不仅缺乏法律依据，而且直接违反我国现行法律规定即《工会法》第 27 条。参见常凯《关于罢工的合法性及其法律规制》，《当代法学》2012 年第 5 期，第 115 页。



度,协调劳动关系,维护企业职工合法权益,有效激发企业劳动关系双方自主协商的内在动力,促进企业集体协商机制的建立完善。”2011年初,全国总工会进一步出台《2011-2013年深入推进工资集体协商工作规划》,计划到2013年底,基本实现已建工会企业普遍开展工资集体协商。但是,集体协商制度在实践中存在相当多的问题,“这种由党政主导的以行政化手段推行的工会组建和集体协商,存在着严重的指标化、数字化和形式化等问题。”<sup>①</sup>由此导致这种“自上而下”的维权模式往往忽视员工的实际需求,<sup>②</sup>以至于当劳动者要求与用人单位进行协商,而用人单位不予回应或故意拖延时,劳动者便易于以“集体协商”之名进行集体行动。

## (二) 本身违法与合理的不同裁判尺度

集体协商的模糊规定给法院造成的难题是如何认定罢工行为是有效的集体协商行为还是无效的违反用人单位规章制度行为,在司法处理这一难题的过程中逐步发展出罢工行为“本身违法原则”和“合理原则”两种裁判尺度。

### 1. 本身违法原则

“本身违法原则”(per se violation)是指无论劳动者处于何种理由进行罢工或其他集体行动,其行为均违反用人单位的规章制度,用人单位有权据此解雇相关劳动者。法院的基本态度是劳动者的诉求无论是有关拖欠工资、加班费等的权利争议还是要求涨工资的利益争议,无论用人单位是否早已存在过错行为或拒绝集体协商,劳动者均无权采取集体行动的方式,而应当通过劳动监察、地方工会以及仲裁和诉讼解决问题。例如,在一起因加班工资计算标准异议而引发罢工的权利争议案件中,法院认为:

劳动者应当遵守劳动纪律和用人单位规章制度,劳动者违反的,用人单位有权对劳动者作出一定的处罚。如果劳动者与用人单位发生劳动争议,应按程序依法解决,而不应借故停止工作、停止履行职责或采取任何其他过激和不适当的行为,破坏正常的工作、经营和管理秩序。<sup>③</sup>

在另一起因用人单位管理人员强迫劳动者加班而引起罢工的权利争议案件中,法院认为:

劳动者应当遵守劳动纪律和用人单位规章制度,劳动者违反的,用人单位有权对劳动者作出一定的处罚。如果劳动者与用人单位发生劳动争议,应按程序依法解决,而不应借故停止工作、停止履行职责或采取任何其他过激和不适当的行为,破坏正常的工作、经营和管理秩序。就本案而言,原告(劳动者)如认为与B公司(用人单位)之间因加班等事宜存在矛盾,可通过法律途径依法解决,不应采取过激和不适当的行为。<sup>④</sup>

在劳动者要求涨工资而引起罢工的利益争议案件中,劳动者的集体行动并不属于集体协商的范畴。在一起因劳动者要求涨工资引起罢工并最终解雇多人的案件中,劳动者主张,自2007年起,计件单价(计件工资)和奖金6年无任何变化。员工多次与被告(用人单位)沟通协商,要求合理调整计件单价,被告均未回应。用人单位辩称,《劳动合同》对工资待遇有明确的规定,劳资双

<sup>①</sup>常凯教授认为,在集体协商的推进方面,由于党政高度重视积极介入,并将其纳入政绩考核,这样可以快速提升集体合同的数目和覆盖范围,但在一些地方这种集体合同签订成为一种行政行为,形同虚设或流于形式;重形式、轻内容,重数量、轻质量,重政绩、轻实绩,是集体合同签订中较为普遍的问题。参见常凯《劳动关系的集体化转型与政府劳工政策的完善》,《中国社会科学》2013年第6期,第101页。这一观点在学界的其他研究中也得到了印证,例如吴清军教授认为,指标管理是国家推动集体协商制度建设的核心策略,地方政府和工会围绕考核指标,调用各种资源来提高集体合同数量。参见吴清军《集体协商与“国家主导”下的劳动关系治理》,《社会学研究》2012年第3期,第66页。

<sup>②</sup>参见董保华《规范劳动者维权行动的制度选择》,《法治研究》2012年第1期,第29页。

<sup>③</sup>参见(2013)闽民一(民)初字第15805、15801、15803、15810、15804、15812、15778号。

<sup>④</sup>参见(2013)闽民一(民)初字第8111、8116、8117、8113、8115、8114、8120、8121、8131、8130、8132、8128、8140、8126、8136、8133、8129、8127、8125、8124、8123、8139、8138、8137、8134号。

方均应当自觉履行。即使变更,也应当是由劳资双方在协商一致的基础上变更。而劳动者未采用合理方式,而是以罢工为要挟,这并非是协商的态度与方式。对此,法院认为:

原告(劳动者)应按约履行义务,若原告认为劳动报酬约定不适当,其应通过合法途径解决,如与用人单位通过协商予以修改完善,或者通过工会与用人单位建立集体协商机制,以维护自身合法权益。<sup>①</sup>

此案劳动者在一审败诉后提起了二审,二审法院完全维护了用人单位的工资决定权,否定了劳动者参与工资分配的正当性,具体意见是:

根据劳动法第 47 条的规定,用人单位可以根据本单位的生产经营特点和经济效益,依法自主确定本单位的工资分配方式和工资水平。因此,在不违反国家法律法规的前提下,企业有自主确定工资增长办法或工资分配制度的权利。上诉人(劳动者)等裁剪部员工因计件单价多年未发生变化,要求被上诉人(用人单位)提高劳动报酬,其出发点是可以理解的,但采取怠工、停工的方式以达到其目的,方式方法实不足取,也违背了劳动纪律和用人单位的规章制度。<sup>②</sup>

## 2. 合理原则

“合理原则”(rule of reason)则是法院在审判中不会因劳动者罢工行为本身而认定其行为无效,而是会考虑其罢工行为产生的原因、行为的激烈尺度以及造成的后果综合评判该罢工行为的效力。应当说明的是,相对于本身违法原则,合理原则并没有直接从罢工合法的立场出发,仍是基于用人单位规章制度禁止罢工的前提,只是在审判过程中考察更多的因素,此标准的常见表述是:

是否违纪应当以劳动者本人有义务遵循的劳动纪律及用人单位规章制度为准,违纪是否严重,一般应当以劳动法律、法规所规定的限度和用人单位内部规章制度关于严重违纪行为的具体规定作为衡量标准。<sup>③</sup>

法院在遵从合理原则审判案件时,一般有充分证据证明存在罢工事实,在此基础上挖掘劳资关系的深层次矛盾,这就相当于对权利争议和利益争议进行了一定的区分对待,即权利争议一般是由于用人单位有过错在先,由此导致的劳动者集体行动具有某种合理性。例如,在一起因工作环境存在有毒有害影响,劳动者因此罢工要求改善工作环境的案件中,法院认为:

适用该《员工手册》的前提,应当是原告(劳动者)的停工行为是否有其合法、合理的诉求为基础……综上,原告起初以改善工作环境为目的而实施的停工行为有其合理的诉求基础,但是在被告(用人单位)应允的情况下,原告本应当立即复工以免给被告造成更大的经济损失,可是原告却在无正当理由的情况下继续停工严重影响了正常的生产秩序。<sup>④</sup>

在因涨工资而发生的利益争议案件中,有的法院依循合理原则对案件事实进行了更为细致的考察,虽然没有认定罢工行为的合法性,但是对当事人的行为正当性给予更为包容性的解释。如某法院在一起利益争议案件中将劳动者的集体行动纳入集体协商框架下来解释,使其具有正当性:

谈判、停工、工作三者并存是本案劳资双方在协商过程中真实状态的反映。本院认为,劳动者为争取自己的合法权益与用人单位进行协商,其权利应当受到保护。虽然被告(劳动者)等其余员工在协商过程中存在停工的行为,但并未给原告造成实际损失,其行为在程度上尚未严重。故原

<sup>①</sup>参见(2013)奉民三(民)初字第2636、2627、2645、2631、2629、2656、2641、2648、2633、2626、2638、2624、2628、2651、2634、2655、2632、2650、2647、2643、2640号。

<sup>②</sup>参见(2014)沪一中民三(民)终字第65、53、56、64、55、51、61、54、58、50、60、59、62、57、52、63、75、74、71、72、70、68、66、73、69、76、67号。

<sup>③</sup>参见(2013)嘉民四(民)初字第938号。

<sup>④</sup>参见(2010)松民一(民)初字第555号、546、548、550、549、547、545、551、553、544、552、556、554、557号。

告(用人单位)在双方就工资问题未协商一致的情况下径直解除双方的劳动关系违反了法律规定。<sup>①</sup>

#### 四、司法逻辑的“形式法治”倾向及其成因

本身违法原则与合理原则两种司法裁判尺度实际上都是法院对于罢工行为“法无禁止”当如何的解答。首先,无论依据哪一种裁判原则,均没有法院肯定罢工行为是合法的,就此否定了“法无禁止即可为”。换个角度看,罢工没有明确的法律授权,集体协商则有法规规定,而法院对案件的判决必须有相应的法律依据。可见,司法治理劳动者集体行动案件实际上采纳了“法无授权即禁止”的标准。据此,法院能做到的最大裁判尺度就是将罢工行为界定为集体协商,从而赋予其有效性。其次,结合上文中的图6,法院只有在很小的比例(8.6%)下才会将罢工行为界定为集体协商,而在绝大多数情况下,法院会将罢工行为认定为违反用人单位规章制度的行为,从而认定其无效。此比例实际上是本身违法原则与合理原则在具体案件中的适用比例,可以说,法院基本依据本身违法原则进行审判,而合理原则仅是少部分的例外。之所以会形成这种格局,其原因在于本身违法原则更能够体现“形式法治”的优点,从而成为司法治理劳动者集体行动的主流裁判尺度,形成了司法逻辑的“形式法治”倾向。

对于“形式法治”,黄文艺教授认为,“在一个道德和政治话语泛滥的社会,形式法治理论更容易获得人们的认可和支持,更容易在社会中践行和操作。这是因为,形式法治理论为法律或法律体系所设定的形式上或程序上的标准,如法律应当向社会公开、类似案件类似处理等,往往都是一些政治较为中立、价值上更具共识性的法律标准。”<sup>[10]181</sup>沿着这一思路,笔者认为,司法逻辑的“形式法治”倾向有以下几个方面的成因。

第一,隔离道德舆论等法外影响。在涉及劳动者集体行动的案件中,劳动者之所以能够自发地组织并行动起来,往往是由于在用人单位管理之下长期处于弱者地位,没有正常途径与资方沟通,以至于他们的法定权利得不到有效保障或者正当诉求长期得不到回应。因此,当愤怨和矛盾集聚到临界点之后,劳动者便会奋起行动。因此,每一起罢工案件背后几乎都有关照弱者的道德呼声,这种呼声在诸如“南海本田”等多起演变为社会热点事件的罢工中得以放大,并最终形成社会舆论压力迫使当地政府、工会和企业回应劳动者诉求,“抗争的最终结果以及官方的回应速度,普遍取决于劳动者的请求力度、他们与地方当局的关系,以及他们通过媒体和集体行动获得社会影响力的能力。”<sup>[11]89</sup>但是,绝大多数劳动者集体行动案件很难引起足够的社会关注,无法演变为社会事件,因此必须进入司法程序解决争议。即便在司法程序中,劳动者依然会诉诸其行动的道德正当性,意图引起基于“实体公正”的内心共鸣,强调作为弱者在面对生活艰辛和工作困境下抗争的合理性。实际上,这种以“道德正当性”为基础的诉求将司法置于更广阔的法律与道德交错的语言体系之中,意图藉由情感的通道使“道德期待”统摄司法判决。其中内含的一个朴素信条是“如果司法能够顺应社会发展的趋向,反映公民社会长久而基础的价值,那么它就能赢得公众的支持,并不断积累其制度上的声誉。”<sup>[12]24</sup>但是,令人遗憾的是,现有的法律制度并没有相应的规定,不管是用人单位早已存在过错还是其拒绝回应劳动者的协商要求,劳动者集体行动的道德性理由都无法得到法律的支撑。显然,在具体个案的审判中,以劳动者为代表的弱者一方对司法的认同并不是法院优先追求的目标。可以想见,参诉劳动者背后那些默默关注的旁观者没能成为哈特所言的“普遍性观

<sup>①</sup>参见(2011)松民一(民)初字第1080号。

众的存在” (universal audience), 而只是“观众似的存在”, 他们的“民意”不能成为限制法官任意性的制约。同时, 从法院的角度讲, 在个案审判中无法充分考察这些道德性理由而给出一个“实体正义”的判决。法治要求法院必须依据现有法律规定做出判决, 实际上是依据“形式法治”摒弃了追求实质公正的道德基础。这也许是当下法治条件下一个必然而又让人无奈的结果。<sup>①</sup>

第二, 类似案件类似处理。本身违法原则在司法操作中简单明确, 只要有足够证据证明劳动者存在罢工行为, 即可以认定其违反用人单位规章制度, 从而做出判决。法院依据此原则进行审判的思路明晰, 无论劳资双方是权利争议还是利益争议, 法院均可以此统一标准“一刀切”, 实现“类似案件类似处理”的司法效果。由此形成的司法立场是明确并且可预期的, 因此也减少了对司法不公和幕后交易的臆测。相比较之下, 合理原则存在天然的裁量空间和模糊边界, 需要逐个案件地考察劳动者集体行动的起因是否有“合理的诉求”, 其行为是否“严重违纪”、是否“超出法律的限度”、是否“造成了较大损失”。而包裹在这些实际操作考量之外所呈现的则是严格适用规则的“形式法治”, 其本质在昂格尔看来则应该是司法权以“非人格化”(impersonal) 的方式来实现的, “即特殊的规则将导致更大程度上区别对待不同的群体……其结果是司法机关将处于不得不衡量各种因素的境地。”<sup>[13]652</sup>在我国当下集体劳动争议呈现权利争议与利益争议混杂的局面下,<sup>②</sup> 具体案件中劳动者是诉求很难清晰地归类, 由此产生的质疑必将是 A 案劳动者有“合理的诉求”, 为什么 B 案不属于“合理的诉求”。于是, “合理”以及关于判断行为程度的“严重”、“限度”、“较大”等无法量化的描述性概念都将使法院面临裁量的困境, 难以做到类似案件类似处理, 还会引发司法内幕的联想。因此, 如果将法院视为争议处理体系中的一方“理性人”, 那么在现有法律框架下, 法院的“理性”选择必定倾向于简单明确的本身违法原则。

第三, 节约司法成本。2008 年以来, 几部劳动法律及相关实施细则的出台使得劳动争议案件的诉讼费用极为低廉, 劳动者能够便捷地通过仲裁和司法途径维权。此举被视为国家意图将劳动争议纳入法治化的解决途径, 但是在方便劳动者维权的同时也增加了司法的负担。<sup>③</sup> 对此, 笔者认为, 首先应当肯定此劳动争议处理机制的进步性和合理性, 使劳动者“维权有门”、“敢于维权”、“负担得起维权”。另一方面也应当从客观的角度看到, 大量劳动争议案件进入司法程序必定会增加法官的工作量, 而结案的压力也迫使法官依据直接明确的法律准则进行裁判。在法院的实际运作中, 法官办案的数量和质量与其工作考核、收入水平以及日后升迁有着直接而紧密的联系, 其工作的内容和性质在现有体制上被归为一类公务员, 仍然要受到以法院院长为代表的行政首长的管理和评价, 也正是在这种氛围之下, 法官的工作方式自然趋向于公务式完成既定案件审判任务。以此为基础运行的司法审判流水线也就相应地以解决纠纷为目的, 其产出的“司法产品”因生产成本和质检标准的引导而趋于简明实用, 而难以达到“西方法律传统中通过一个个纠纷的处理去不断发现、确认和动态地发展规则那样的观念, 因而也未能获得与‘引导基于规则的秩序生成’这种高度相对应的社会功能及位置。”<sup>[14]135</sup> 这种司法成本与效率之间的内在张力也渗入到了集体劳动

① 黄文艺教授认为, 在实现个案正义的方式上, 人治主要依靠圣明的统治者的个人智慧和能力给每一个案件作出恰如其分的判决, 而法治则主要依靠体系形式或程序正义要求的司法制度来激励法官作出公正的判决。参见黄文艺《为形式法治理论辩护——兼评〈法治: 理念与制度〉》, 《政法论坛》2008 年第 1 期, 第 175 页。

② 现实发生的集体劳动争议呈现权利争议与利益争议混杂的态势: 第一, 权利争议大量地以劳动者集体参与的形式出现; 第二, 国有企业改制过程中产生的集体劳动争议兼有权利争议和利益争议; 第三, 利益争议呈现快速增长趋势。参见王玉《集体劳动争议的成因差异与分类治理》, 《当代法学》2012 年第 5 期, 第 146 页。

③ 国家意图通过法定程序解决劳动纠纷的努力增加了雇主和地方机构的成本, 这些成本在一些案件中超过了劳动者最终获得的利益。Virginia Ho, ‘From Contracts to Compliance? An Early Look at Implementation under China’s New Labor Legislation’, *Columbia Journal of Asian Law* 23 (2009), p. 105.

争议案件的裁判尺度选择上。合理原则要求法官在每一起案件中深入案情，审慎地把握“合理”，相对于本身违法原则推理的简单明晰、操作的简便易行，合理原则必定因其耗时耗力而难以受到法官的青睐。做一个比喻，本身违法原则的操作类似流水线，而合理原则类似手工作坊，前者高效而失之粗糙，后者精致而失之快捷，在大量案件需要处理的基层司法运作中，精致难免要让位于高效。司法机关节约成本的意识虽然不符合人们对于司法职业崇高的期许，但在现实中何尝不是一种无奈的司法“理性”。

第四，不干预企业内部事务的司法边界。劳动者与用人单位之间的劳动合同是“关系契约”，<sup>①</sup>在最早签订劳动合同之时，不可能将劳动关系长期持续期间内会发生的全部内容约定周全，在合同签订之初所约定的劳动报酬有必要随着企业的经营业绩和外部经济形势有所变动，这正是市场经济体制下集体劳动关系的核心内容之一，发达市场经济国家基本是通过以劳资集体谈判为主体的劳资自治制度来实现的。其原因在于，劳资双方处于一个共同体之中，只有双方通过充分沟通和谈判才能确定一个分配利益的合理边界，以利于未来保持良好合作的关系。我国由于没有系统完善的集体劳动关系法律体系，因此涉及劳动者集体行动的案件就会进入司法程序，法院由此面临的难题是作为第三方如何裁断劳资关系内部的利益分配。对此，如果依据合理原则进行审判，法院必将介入到劳资关系内部以判断劳动者的诉求是否合理、行为是否得当，这就相当于司法干预到了具体市场主体的生产经营活动；而本身违法原则的适用则可以使法院守住不干预企业内部事务的司法边界。如同公司法上股东诉讼前应“穷尽内部救济”一样，劳资关系内部的利益分配也应当以双方的充分博弈为诉讼前提，只有进入谈判僵局时才由第三方介入干预。我国尚缺乏劳资内部谈判博弈的完备制度，劳动者的集体诉求也因此从企业内部困境转变为司法救济困境。

第五，引导集体劳动关系行为模式。随着政府在企业制度改革中逐步撤出了基层劳动组织，传统单位制解体，由此产生的效果一方面是政府将劳资关系的调处交予市场解决，另一方面政府对劳动组织的管控能力已大为缩减。由此产生的悖论即是市场条件下劳资之间必然会发生矛盾冲突，而这种冲突在政府撤出后所产生的真空中就得以大规模增长。因此，面对无法回避的劳动者集体行动问题，政府必须利用现有资源进行管控，其实质是“延续国家对基层劳动关系的规范和管制。”<sup>[15]37</sup>而进入司法裁判的劳动者罢工行为都是自发形成的，等同于美国劳动法上的野猫行动（Wildcat Action），即未经工会同意而由劳动者自发组织的罢工。这种形式的罢工通常是由于劳动者因对工资或工作条件不满而形成共识，在没有工会强有力领导的情况下出现，因此也呈现出随机性和行动松散的特点。<sup>②</sup>即便如此，法院对于此类行为仍是采纳“法无授权即禁止”的类似公权力行为的严格标准。“虽然罢工行为具有一定的社会扩散性和影响力，总体上讲罢工的法律调整的性质不属于公法，至多属于私法的社会化。”<sup>[16]109</sup>但是，法院仍将关注点着重放在了罢工行为的扩散性和影响力上，警惕“工人的自发行动规模和范围却有扩大的趋势，一个企业的集体行动往往会引发连锁行动，扩大到行业或地区，虽然这种连锁反应并非有组织的串联和预谋。”<sup>[7]103</sup>因此，政府引导劳动者不采用罢工等集体行动的方式，而是通过劳动监察、仲裁和诉讼等法定渠道维权。可见，在强势政府所构建和管控的制度框架内，劳动者自发的集体行动不符合基层劳资关系和谐与生产秩序稳定的目标，也悖离了“党政主导、各方参与、工会运作”的基本工作运行模式，进而成

<sup>①</sup>依据麦克尼尔（R. Macneil）所言，“某些交换的因素，不是立即发生，而是要到将来才发生。这种规划，或更确切地说，这种规划发生时人们之间的关系，就是我所指的契约。”[美]麦克尼尔《新社会契约论》，雷喜宁、潘勤译，中国政法大学出版社1994年版，第4页。

<sup>②</sup>James R. Zetka Jr., ‘Work Organization and Wildcat Strikes in the U. S. Automobile Industry, 1946 to 1963’, *American Sociological Review* 2 (1992), p. 215.

为被压制和拆解的对象，以便于使矛盾分流进入政府设定好的法定化解决机制中。从这个意义上说，法院判决是国家治理基层劳资关系的组成部分，体现了“规则只是对公共政策目标的一种表达，通过立法传递的政策信息对社会产生的影响可能远比规则本身的内容更重要。”<sup>[17]</sup><sup>2021</sup>

综上，法院对待劳动者集体行动所采取的“法无授权即禁止”的标准以及在案件审判中大比例适用的“本事违法原则”是一种司法理性的考量。理解这一司法逻辑，应当将法院作为解决集体劳动争议机制的参与者，如同劳动者和用人单位一样，法院也有其自身利益和由此衍生出来的思维逻辑和行为方式，集中体现为“形式法治”的司法治理倾向。

### 结语：司法逻辑背后的角色尴尬

设想这样一幅场景，一位法官在处理一起劳动者罢工案件，摆在他面前的难题有多少：罢工不属于法律明确保护的行为，但却是明显违反用人单位规章制度的行为；劳动者有正当的诉求，法官在内心中可能是认同劳动者所处的境遇的；争议进入到司法程序后，法官必须做出裁判；作为法官，必须严格依据法律规定判决，没有权力创制规则；判决必须注意社会影响，至少要避免引导更多的劳动者集体行动；对于规模和影响较大的罢工案件，可能有来自当地政府的意见，要求妥善解决此项集体争议，维护当地企业正常生产经营秩序。<sup>①</sup> 上述诸多的难题和压力迫使法院必须谨慎而严格地适用现有明确的法律规定，在保证“形式性、程序性”的前提下相对保守地解决争议，而这一点似乎也是现阶段法治建设的组成部分。<sup>②</sup>

应当看到，法官之所以会面对如此众多的难题，其原因在于集体劳动关系法律不完备、劳资双方自主协商的自治体系缺失、工会等社会组织没有充分发挥协调作用。故此，现有的劳动者集体行动司法治理模式相当于将数量众多而又关系复杂的劳资社会问题未经有效的三方机制处理，直接抛给了法院，虽然名义上是将社会问题转变为了法律问题，但实际却是法院的司法难题，使法院成为了社会矛盾的最后承接者。而法院的司法角色定位决定其并没有足够的精力和能力以“实质公正”的标准处理每一起罢工案件，也没有足够的权力以“实质公正”的目标创制一套处理此类案件的规则。由是，法院所处的尴尬角色决定了其在审理罢工案件中必须优先考虑形式公平、审判效率、社会影响乃至法院的自我保护，司法逻辑走向“形式法治”也就成为必然。

但是，“形式法治”只是法治发展过程中的一个阶段，我们希求的是能够最大限度实现“实体公正”的法治。<sup>③</sup> 就劳动者集体行动案件而言，如要实现司法审判的“实体公正”仍缺乏诸多条件，尤其是集体劳动关系立法、工会和社会组织建设、政府职能定位等。在朝向这一目标前进的道路上，有赖于普通劳动者、用人单位、工会、政府、法院和学者共同参与、磨合、博弈、争论，形成共识，奠定每一块进步的阶梯。

<sup>①</sup> 在此类案件的审判中，法官的行为逻辑仍然是“受制于国家治理在不同层面、场合的需要。”参见陈洪杰《从程序正义到摆平“正义”：法官的多重角色分析》，《法制与社会发展》2011年第2期，第34页。

<sup>②</sup> 黄文艺教授认为，当前中国法制建设最为紧迫的任务是确立起形式法治论者所强调的那一套形式性、程序性制度安排，为各种社会问题纳入法治的轨道思考和处理创造制度条件，为法律所追求的那些实体价值目标的实现提供制度保障。参见黄文艺《为形式法治理论辩护——兼评〈法治：理念与制度〉》，《政法论坛》2008年第1期，第180-181页。

<sup>③</sup> 应当指出的是，形式法治与实质法治之间并不是清晰可辨的不同发展位阶，二者相互之间的复杂关系正如陈金钊教授所言，“如果在实质法治的追求中抛开形式法治，就等于放弃了用法律改造社会的任务。在对实质法治的呼声中，法律被社会或者说被其他的社会规范改造了。这意味着法律没有完成改造社会的任务，反而在对实质法治的追求中被社会改造了。”陈金钊《法治方式所需要的姿态》，《法制与社会发展》2013年第5期，第128页。

参考文献:

- [1] 林来梵. 法律保留的诱惑 [N]. 法制日报, 2007 -06 -17 (14).
- [2] 孙笑侠. 司法的政治力学 [J]. 中国法学, 2011, (2).
- [3] [英] 霍布斯. 利维坦 [M]. 黎思复, 黎廷弼, 译. 北京: 商务印书馆, 2009.
- [4] 王全兴, 倪雄飞. 论我国罢工立法与罢工转型的关系 [J]. 现代法学, 2012, (7).
- [5] 常凯. 关于罢工的合法性及其法律规制 [J]. 当代法学, 2012, (5).
- [6] 陈步雷. 罢工权的属性、功能及其多维度分析模型 [J]. 云南大学学报 (法学版), 2006, (5).
- [7] 常凯. 劳动关系的集体化转型与政府劳工政策的完善 [J]. 中国社会科学, 2013, (6).
- [8] 黄程贯. 劳动法 (修订再版) [M]. 台北: 台湾地区“国立”空中大学, 1997.
- [9] Robert C. Bert. Employment as a Relational Contract [J]. Journal of Labor and Employment Law, 2005, (8).
- [10] 黄文艺. 为形式法治理论辩护——兼评《法治: 理念与制度》 [J]. 政法论坛, 2008, (1).
- [11] Isabelle Thireau & Hua Linshan. The Moral Universe of Aggrieved Chinese Workers: Workers' Appeals to Arbitration Committees and Letters and Visits Offices [J]. The China Journal, 2003, (50).
- [12] 姜涛. 道德话语系统与压力型司法的路径选择 [J]. 法律科学, 2014, (6).
- [13] [英] 保罗·克雷格. 形式法治与实质法治的分析框架 [C]. 王东楠, 译. //姜明安. 行政法论丛 (第13卷). 北京: 法律出版社, 2011.
- [14] 王亚新. 司法成本与司法效率 [J]. 法学家, 2010, (4).
- [15] Warner M. & Ng Sek - Hong. Collective Contracts in Chinese Enterprises: A New Brand of Collective Bargaining under “Market Socialism”? [J]. British Journal of Industrial Relations, 1999, (2).
- [16] 郑尚元. 建立中国特色的罢工法律制度 [J]. 战略与管理, 2003, (3).
- [17] Cass R. Sunstein. On the Expressive Function of Law [J]. U. PA. L. REV., 1996, (5).

[责任编辑: 乔楠]