

# 扬弃与超越：集体协商到集体谈判的制度进阶

## Sublation and Beyond: System Optimization from Collective Consultation to Collective Bargaining

胡翔

HU Xiang

**【摘要】** 我国劳动法上的集体协商制度自发源之初就隶属于集体合同制度。从制度安排看来，集体协商以签订集体合同为主要目的，定位偏误使之在实践层面遇到多重困境，集体劳动争议的数量减少、劳动者申诉的数量激增，便是由此带来的结果。劳动关系、所有制结构和分配结构的演进和变化，均要求劳动法制实现由集体“协商”向集体“谈判”的跨越式发展。集体协商及相关制度代表劳动关系领域的一种“形式民主”，存在形式民主的“形式化”、作用有限和效力存疑等问题；集体谈判在目的、交涉强度等方面与之显著不同，实用性、保障性和有益性的特质能更好地保障劳动者权益。我国应从核心制度、配套协同和制度衔接三个层面入手，构建“实质”意义上的集体谈判制度。

**【关键词】** 集体劳动关系 集体谈判 集体协商 劳动争议

**【中图分类号】** DF47 **【文献标识码】** A **【文章编号】** 2095-9206 (2018) 02-0031-19

**Abstract:** The collective consultation system under the labor law of our state, since its beginning, has been part of collective contract system. Considering institutional arrangements, the main intention of collective consultation is to sign a collective contract. Neglecting position has led to multiple difficulties in practice. The result is that the number of collective labor disputes has dropped drastically while worker complaints proliferate. Labor relations, change and evolution of ownership structure and allocation structure require leapfrog development of labor legal system, which is expected to evolve from collective negotiation to collective bargaining. The collective consultation and related systems represent kinds of formal democracy. And there are the problems of formalization, limited function and validity. Collective bargaining in such aspects like purpose, bargaining effectiveness significantly differs in practice. The characteristics of utility, indemnification and helpfulness can safeguard the rights and interests of laborers better. Our state should start constructing substantial collective bargaining system through proceeding on core system, supportive coordination system and converging system.

**Key words:** The collective labor relations Collective bargaining Collective consultation Labor dispute

**【收稿日期】** 2017-12-25

**【作者简介】** 胡翔，男，1991年9月生，北京大学法学院博士研究生，研究方向为财税法、经济法。

## 一、引言

随着多种所有制经济的发展，我国的集体劳动关系在不同所有制下体现出了不同的特点。而在劳动者集体劳权〔1〕意识逐步觉醒的境况下，劳资双方的矛盾因劳动成本上升、劳动环境欠佳等问题又有着激化的风险。集体劳动关系作为劳动关系中十分重要的部分，如若处理不当，容易转变成影响社会稳定的因素。今下，集体协商制度作为我国调整集体劳动关系的主要法律手段，在面对不同所有制经济以及不同地域的集体劳动争议时，其调整力度的局限性日益显现。突破单一的集体协商制度，构建全面的集体谈判制度不失为一种改革方略。本文采取的分析进路是：首先，在梳理我国集体协商制度的发端和现状的基础上，初步探寻该项制度自身存在的功能偏差；其次，在现实语境中分析集体劳动关系的特点，从而对相应的制度吁求形成整体把握；再次，依据前面两方面分析的基础，明确制度革新的总体思路，也就是由“协商”到“谈判”的转换；最后，阐发制度优化的具体方式，既包括需要明确的核心制度，也包括与现行制度的衔接、与法体系中相邻制度的配套等。

## 二、制度反思：集体协商制度的困境

对于一项现行制度，可以从它的起源着手分析，理解其产生的历史背景，进而观察其是否还能够适应当前语境；制度本身“是否适应”现实语境，则可以从一些相对外观的表征切入分析。

### （一）集体协商制度的缘起

不可否认，30余年的经济改革促进了我国劳动关系的市场化转型。过去计划经济体制中的行政性劳动关系已经转变为劳资利益共生与冲突并存的市场性雇用关系。〔2〕劳动力资源流动性的增强加剧了劳动力市场竞争，并进一步导致劳动力买方市场〔3〕的形成。在劳动力买方市场的情境下，劳动力资源过剩，个体劳动者的利益愈加难以保障。与此同时，决策层认为行之有效的劳动合同能够规范单位或雇主的用工行为，从而确保集体劳动者的权益得以保障，集体合同制度便应运而生。〔4〕

由于“集体合同”的概念在当时是新生事物，而1994年《劳动法》颁布以前，我

〔1〕也作劳动三权：自由结社权、集体谈判权与罢工权。

〔2〕换言之，过去的劳动关系是计划经济体制在市场上的运作反映，过去的劳动力资源配置并未遵循市场规律，强调国家安排和分配；而在市场经济下，人们能够自谋职业，增强了劳动力资源的流动性，进一步衍生出“雇主—雇员”等市场型劳动关系。

〔3〕经济学上的买方市场是指供给大于需求、商品价格有下降趋势，买方在交易上处于有利地位的市场状态。这里即劳动力的供给大于需求，劳动力成本较低，劳动力的可替代性较强的劳动力市场状态，在这种状态下，由于用人单位或雇主能够寻求廉价的劳动力和可替代的劳动力，并不重视劳动者的权益。

〔4〕1994年，全国人大常委会审议通过了《劳动法》，其中就集体合同制度做出了一些原则性规定。随后，当时的劳动部又出台了《集体合同规定（1994年）》（现已废止），通过对集体合同的签订、审查及争议处理等方面的规定，构建起了集体合同制度。根据其条文的检索，笔者发现我国制度语境中对集体协商的定位是为了保障集体合同的签订、管理及其争议处理。

国的劳动关系还处于个别雇用之纠纷调处。<sup>〔5〕</sup>这种制度与现实的“格格不入”，让决策层认识到还需要某种方式来确保集体合同制度的落实。“集体协商”的概念便被创造性地提出。<sup>〔6〕</sup>也正如有的学者提出，在“集体合同”进入法典之后，便形成了中国特色的集体协商制度，且“集体协商之结果将是集体合同的通行语言。”<sup>〔7〕</sup>

特别是《集体合同规定（1994年）》（现已废止）第一条和第七条<sup>〔8〕</sup>规定，集体协商旨在确保集体合同的订立。这就成为我国集体协商制度得以法定的制度根源。<sup>〔9〕</sup>因此，可以判定我国的集体协商制度设立初衷是为了服务集体合同制度。到了2004年，劳动和社会保障部又发布了整体修改的《集体合同规定（2004年）》。新的规定对集体协商的主体、客体、程序，集体合同的审查，争议处理等方面进行了具体的设计。<sup>〔10〕</sup>自此，我国构建起了具体层面的集体协商制度。但应当注意的是，新的《集体合同规定》并未使集体协商制度脱离保障集体合同签订的主要目的，集体协商制度在制度缘起上的定位失准也成为日后其走入困境的内在诱因。<sup>〔11〕</sup>

## （二）集体协商制度的实绩

现实是理想的初衷。我国的集体协商制度在数十年的发展和运行中所取得的实绩，可以通过具体的数据进行分析。表1是1998年至2013年我国集体劳动争议案件的情况。

表1 1998—2013年我国集体劳动争议案件情况统计表<sup>〔12〕</sup>

年份	集体劳动争议案件数	集体劳动争议劳动者当事人数	劳动者申诉 <sup>〔13〕</sup> 案件数
2013	6 783	218 521	641 932
2012	7 252	231 894	620 849
2011	6 592	174 785	568 768
2010	9 314	211 755	558 853
2009	13 779	299 601	627 530
2008	21 880	502 713	650 077

〔5〕 参见郑尚元：《劳动法与社会法理论探索》，中国政法大学出版社2008年版，第141页。

〔6〕 至于“集体协商”一词是哪位学者或者官员在中国率先提出的，实在是无从考证。笔者也没有太多精力去探究这一词的由来。

〔7〕 参见前注〔5〕，郑尚元书，第142页。

〔8〕 《集体合同规定（1994年）》（现已废止）第一条规定：“为指导和规范集体协商及签订集体合同，协调处理集体合同争议，加强集体合同管理，根据《中华人民共和国劳动法》和《中华人民共和国工会法》的有关规定，制定本规定。”第七条规定：“集体协商是指企业工会或职工代表与相应的企业代表，为签订集体合同进行商谈的行为。”

〔9〕 个体劳动者基于维护自身权益的目的聚集形成集体。为了规范劳资关系，保障群体劳动者的利益，我国于20世纪90年代初开始构建集体协商制度。具体论述可以参见程延园：“集体谈判制度在我国面临的问题及其解决”，《中国人民大学学报》2004年第2期，第136~142页。

〔10〕 工会、职工代表和雇主成为集体协商的主体。

〔11〕 后文中，笔者会加以论述。

〔12〕 本数据来源于《中国劳动统计年鉴2014年》。值得一提的是，笔者在收集本数据时发现，国家统计局发布的《中国统计年鉴（2014年）》与劳社部发布的《中国劳动统计年鉴（2014年）》在统计值上存在些许出入。笔者以为，《中国劳动统计年鉴》与《中国统计年鉴》相比，可能在数据处理上更具备专业性。因此，在本文中，选取《中国劳动统计年鉴》作为考量依据。

〔13〕 即个体劳动者的申诉。

续前表

年份	集体劳动争议案件数	集体劳动争议劳动者当事人数	劳动者申诉案件数
2007	12 784	271 777	325 590
2006	13 977	348 714	301 233
2005	16 217	409 819	293 710
2004	19 241	477 992	249 335
2003	10 823	514 573	215 512
2002	11 024	374 956	172 253
2001	9 847	286 680	146 781
2000	8 247	259 445	120 043
1999	9 043	319 241	114 152
1998	6 767	251 268	84 829

上表至少可以反映出三个特点：第一，2004年以前，我国集体劳动争议案件数量呈现逐年递增的趋势；第二，2004年以后，我国集体劳动争议案件数量开始递减，但2008年出现峰值；<sup>〔14〕</sup>第三，劳动者申诉案件的数量在这些年中出现持续性增长，且涨幅很大。前两种情况，可能有人会认为是因为新《集体合同规定》的出台，使集体劳动争议得以良好处理，但是既然集体争议得到了良好处理，为什么劳动者申诉的案件又在持续增加？

笔者以为，集体劳动争议案件数量的消减是由于立法者期望通过工会和集体代表的介入来订立集体合同，并以此制约劳资双方的本意，被曲解为用工会和职工代表来平息劳资双方的争议。换言之，工会和职工代表成为个体劳动者与用人单位或雇主之间争议的“调停者”，而并非法律规定的职工利益代表者。<sup>〔15〕</sup>而这恰是协商制度的软肋：协商意在“凡事好商量”，是出于维护社会主义市场经济秩序的目的选择的平和手段，因此工会在处理问题时，并不是为了满足职工的利益诉求，反而是通过各种手段（包括“许诺”等）诱导职工群体签订集体合同，“不出事”便是最重要的事。<sup>〔16〕</sup>

另一方面，劳动者申诉案件数量的激增，又说明集体协商制度在保障集体合同签订之外并没有发挥更深层的作用，工会或职工代表的调停行为更像是个体劳动者与用人单位或雇主之间的“围墙”。正是这道围墙，使得很多集体合同流于形式，<sup>〔17〕</sup>而劳资双方又缺乏有效沟通，迫使劳动者在权益不保的情况下，多半选择了可行性较高的个体申诉进行维权。<sup>〔18〕</sup>正因如此，集体合同制度与集体协商制度强调“集体维权”的要旨未能完成。

### （三）集体协商制度的迷局

由于集体协商制度本身是为了解决集体合同的签订问题而创设的，它的确完成了促

〔14〕 与2008年全球金融危机有关。

〔15〕 《工会法》第二条规定：“中华全国总工会及其各工会组织代表职工的利益，依法维护职工的合法权益。”

〔16〕 笔者在武汉市某钢铁有限公司调研时，一位工人如是说。

〔17〕 参见韩桂君、彭博：《劳动者权利及其保护》，北京大学出版社2014年版，第161页。

〔18〕 至今，中国任何地方法院没有受理过一起真正意义上的集体合同纠纷案件，所谓的集体劳动争议案件实则是个别劳动争议案件的共同审理。参见前注〔5〕，郑尚元书，第142页。

成集体合同签订的任务。<sup>[19]</sup>符合市场经济体制初步建立时,广大劳动者告别政府计划安排后的维权观念需要。但如果集体协商只是达成集体合同的手段,而不是落脚于保障劳动者的现实权利,那我们完全可以通过《劳动合同法》的修订来进行强制性规定。况且,从数据统计及分析的情况看,集体协商制度及其所服务的集体合同制度并未有效激发集体劳动者通过集体方式维权的积极性,反而封闭了集体劳动者通过工会或集体代表谋求权利救济的道路。

不可否认,在制度效益有限的情况下,有的地方源于地区经济发展水平、区域文化差异等因素出现了多样的集体劳动争议处理方式。包括政府主导的集体协商模式<sup>[20]</sup>、工会推进的集体协商模式<sup>[21]</sup>、工人倒逼的集体协商模式<sup>[22]</sup>等。这些特定的模式虽然在小范围内解决了一些集体劳动争议,但全面看来,这些地方制度创新成为亮点的同时,个体劳动者申诉的案件数量却不降反升。这表明地域化的调制效果虽值得肯定,但难以掩盖我国集体协商制度在社会整体范围内运行时的缺陷。

[19] 有关数据显示,1997年后,集体合同制度开始大规模运行。1997年全国签订的集体合同为13.1万份,覆盖职工4498万人,而到了2012年,集体合同签订数增至224.5万份,覆盖职工26719.7万人。15年时间里,集体合同的数量增长了17倍多。充分说明集体协商的原始任务得到圆满完成。具体数据来源参见:“劳动和社会保障事业发展统计公报”;“2012年工会组织和工会工作发展状况统计公报”,《中国工运》2013年第6期,第51页;郑桥:“中国劳动关系变迁30年之集体协商和集体合同制度”,《现代交际》2009年第2期,第64~73页。

[20] “沈阳模式”。首先,沈阳市明确规定将集体合同工作纳入各级地方政府绩效体系,地方各级政府纷纷成立工资集体协商领导小组,各区、县(市)政府成为推进集体合同工作的责任主体。其次,利用各种行政手段,对雇主形成高压态势,迫使其签订集体合同。工商、外经、税务、人社部门等都在相关业务领域督促、推进集体协商和集体合同制度。第三,通过一系列措施保障集体合同自上而下的签订过程。地方工会已经取代企业工会成为与雇主集体协商的谈判主体,建立和健全雇主组织,建立市、区两级集体合同专家团,解决劳资双方力量不对等、职工不敢谈不会谈的问题。集体协商严格执行“程序两必须,内容两具体”的要求。此外,在基层工会推广“1+N”的集体协商模式,到2012年6月,沈阳集体合同覆盖率达96.5%。但这种模式面临一个巨大的挑战,即政府在集体谈判中的角色与功能定位问题。在这种模式中,工人的主体性和参与性并没有得到很好的体现。

[21] “武汉模式”。2011年4月23日,经过3轮谈判、5轮协商,《武汉市餐饮行业工资专项集体合同》正式签订。合同覆盖武汉市大大小小4万多家餐饮企业和45万从业人员,这被媒体称之为中国迄今为止覆盖职工最多的一份工资集体协议。武汉餐饮行业工资集体协商被全总总结为“武汉模式”予以高度评价。武汉市开展餐饮行业工资集体协商的过程中,始终坚持“工会牵头,劳动关系三方四家合力推进”的工作思路。此次工资集体协商采取“上代下”方式,由上级工会组织与行业协会之间协商,避免员工及企业工会与企业直接对话。因此,武汉模式也被学者解读为由总工会自上而下推行的集体谈判模式。在谈判中,由于政府和总工会的强力介入,改变了劳资博弈格局,因此签订的合同比较有实效,但由于缺乏源于工人参与的持续性压力机制,仍然存在合同实施的困难。

[22] “南海模式”。2010年5月17日,广东佛山南海本田数百名员工因对工资和福利的现状不满而自发发起集体性停工,由此引发本田在华四家汽车工厂停产。结果,在上级工会组织,特别是第三方力量的介入下,6月4日劳资双方通过集体谈判签署了提高工人工资待遇的集体合同,最终达成了工人加薪500元的工资增长方案,持续19天的本田集体停工事件得以解决。南海本田集体谈判模式的最大的特点是工人自发的集体行动成为推动集体谈判的倒逼压力;其次,谈判的发动者是工人,他们撇开了原企业工会,选举了能代表自己利益的工人代表;再次,谈判陷入僵局时,有第三方力量参与协调。在南海模式中,工人行动之所以产生了这种压力,源于工人团结带来的结社性力量。

从宏观经济发展的趋势来看，随着“供给侧结构性改革”的提出，国家面临着第四次<sup>[23]</sup>化解过剩产能的经济任务。化解过剩产能，就意味着诸多落后产业面临兼并、重组和淘汰的可能，其间劳动力的处置和安排很大可能会给集体协商制度带来新的压力，劳动者在面对“饭碗”的情况下如何有序进行协商，如何规避群体性事件的风险等问题都是集体协商制度的难题。

如此一来，集体协商制度的低效益和定位失准、结构性改革的新压力等因素将集体协商制度引入了现实迷局。而在这个迷局的背后是集体劳动关系所面对的复杂社会背景，令我们不得不对集体协商制度进行新的审思。笔者在后文中会详细进行分析。

### 三、现状透视：多种所有制与分配不均视角下的集体劳动关系

从本质上讲，现行集体协商制度效率不高的根本原因在于“世异则事异”，相应需要“事异则备变”。所以，特别需要对当前的“世”有充分把握，现行制度的不适应性根源于此，制度革新的思路和方向同样无法遗“世”而独立。为了探究我国集体劳动关系的现实情况，笔者选取我国特色所有制制度和分配制度为视角，以期成为透析集体劳动关系的范式创新，虽然我国的集体谈判制度并不一定要以所有制制度和分配制度作为构筑基础，但所有制的差异和分配结构失衡亦是集体协商制度需要变革的诱因。

#### （一）劳动关系的集体化转型

正如有的观点指出，“当我国的一些制度设计与现实生活相背离时，现实生活的压力会要求法律制度与之相适应，最终现实生活会改变不合时宜的制度设计。在劳动领域，我国许多法律制度都是以修正自己的方式向现实生活的客观规律妥协。”<sup>[24]</sup>那么当前我国劳动领域所面对的“现实生活”应当作何解释，还需要从劳动法调整的对象即劳动关系来探讨。<sup>[25]</sup>

学界有诸多学者对我国的劳动关系进行了研究，在笔者目力所及的研究中<sup>[26]</sup>，对

[23] 我国经历的产能过剩主要有四次：第一次是20世纪90年代初，源于计划经济体制向社会主义市场经济体制的过渡。第二次是在20世纪90年代末到21世纪初，源于亚洲金融危机。第三次是在2003年到2005年以后，由“非典”等多方因素引起。前三次产能过剩，或是由于市场的影响，或是由于政府的干预，或是由于不可抗力的出现。而目前的产能过剩主要是我国为应对2008年美国金融危机的冲击而出台的大量“需求侧”改革政策所致。参见李正旺、周靖：“产能过剩的形成与化解：自财税政策观察”，《改革》2014年第5期，第106~107页。

[24] 董保华：《劳动合同研究》，中国劳动社会保障出版社2005年版，第443页。

[25] 劳动法实施的核心环节当为劳动法之适用。若正确适用劳动法，必先准确厘定其适用对象，即正确判定劳动关系。具体参见冯彦君、张颖慧：“‘劳动关系’判定标准的反思与重构”，《当代法学》2011年第6期，第92页。

[26] 具体可参见常凯：《劳动关系学》，中国劳动社会保障出版社2005年版；常凯：《劳权论——当代中国劳动关系的法律调整研究》，中国劳动社会保障出版社2004年版；董保华：《劳动合同法立法的争鸣与思考》，上海人民出版社2011年版；王全兴、谢天长：“我国劳动关系协调机制整体推进论纲”，《法商研究》2012年第3期，第123~135页；吴清军：“集体协商与‘国家主导’下的劳动关系治理——指标管理的策略与实践”，《社会学研究》2012年第3期，第66~89页；乔健：“略论我国劳动关系的转型及当前特征”，《中国劳动关系学院学报》2007年第2期，第28~35页；李丽林、袁青川：“国际比较视野下的中国劳动关系三方协商机制：现状与问题”，《中国人民大学学报》2011年第5期，第18~26页；冯同庆：“劳动关系理论的中国应用及其不足与补救”，《经济社会体制比较》2012年第5期，第14~25页等。

我国劳动关系在市场经济体制下的特点存在部分共同的认识——我国劳动关系的市场化发展正处于一个关键的历史时期，即劳动关系由个别向集体的转变时期。<sup>〔27〕</sup>因此，依据主流观点，劳动领域所面对的“现实状况”就是劳动关系的集体化转型。具体看来，包括以下三点：

其一，劳资双方的地位由从属走向平等。计划经济向市场经济变轨的过渡时期，由于劳动法律制度不健全，以及劳动者个体的维权意识较差，我国劳动关系的调整经历了一段相当艰难的个体劳动关系调整时期。在这一时期，劳动力过于廉价和市场化带来的商业利润使得劳动者与雇主之间劳动关系体现出较强的从属性。随着劳权意识的觉醒，越来越多的劳动者意识到只有团结起来，才能破除其与雇主之间的不平等。集体协商制度与集体合同制度便是我国由个体劳动关系调整向集体劳动关系调整转变的制度表征，现实情况是工人可以通过自身的团结和集体行动与雇主协商确定劳动条件和工资标准。

其二，劳动关系的外部性增强。在个体劳动关系中，单一劳动者的工资、保险等内容变化仅可能涉及个体劳动者自身、家庭和用人单位的利益，其外部性较弱。而集体化的劳动关系，涉及的是整个劳动者群体、其家庭、用人单位甚至包括关联主体的利益。这使得劳动关系的利益结构被扩大，集体劳动者工资的调整、工作环境的变动等会牵扯到多个利益相关的群体，劳动关系的外部性增强。

其三，政府干预力度加大。现代企业的本质和劳动关系的外部性，决定了在劳动关系运行中需要形成由多种维度的主体共同参与协调的保障机制。<sup>〔28〕</sup>如前文所述，集体劳动者的权益必须得到保障，而其利益诉求也必须受到重视。这主要是由于集体劳动关系如若处理不当，极易引发群体性事件，形成影响社会稳定的风险因素。那么，政府基于保护劳权和维护社会稳定之目的，<sup>〔29〕</sup>势必会加强对集体劳动关系的干预。

## （二）不同所有制视野下的集体劳动关系

劳动关系的发展与社会经济制度的变迁是密不可分的。由于集体劳动关系的调制发端于现代西方市场经济国家，<sup>〔30〕</sup>因而其天然带有资本主义私有制的制度特点。但是，我国实行的是以公有制为主体、多种所有制经济共同发展的基本经济制度，这就使我国在调整集体劳动关系时不能一概而论，而应当基于不同的所有制背景，对相应的集体劳动关系进行具体分析。<sup>〔31〕</sup>如此，才能厘清我国的集体劳动关系的调整制式。

严格说来，我国的所有制结构由五种类型的所有制构成：一是全民所有制，二是集体所有制，三是个体经济，四是私营经济，五是外资经济。在此五种所有制经济中，个

〔27〕 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91页。

〔28〕 参见前注〔26〕，王全兴、谢天长文，第124页。

〔29〕 在相当一段时期内，工人发起的集体行动争议被当成“群体性事件”和“突发性事件”，作为政治性质的“维稳事件”来处理，有些地方甚至动用警力、法院等国家机器，对工人的行动进行强力压制。参见曹绪红：“集体劳动关系协调机制的构建”，《东岳论丛》2014年第10期，第191页。

〔30〕 [美] 托马斯·寇肯、哈瑞·卡兹、罗伯特·麦克西：《美国产业关系的转型》，朱飞、王侃译，中国劳动社会保障出版社2008年版。

〔31〕 遗憾的是，学界对多种所有制经济结构下集体劳动关系的具体探讨十分有限。

体经济因其具有规模小、工具简单、经营灵活等特点，一般不存在集体劳动关系，<sup>〔32〕</sup>可暂且不论。余下四种所有制经济依财产权的归属可划归为公有制经济与私有制经济，集体劳动关系在所有制视野下的区别化正是源于此种“公私二分”。

首先是公有制经济。依据前面的归纳，这里需要先提及集体所有制与全民所有制之间的关系，学界有观点认为集体所有制是一种必然要向全民所有制过渡的低级公有制形式。<sup>〔33〕</sup>但从国家法治的发展历程看来，集体企业至今依旧具备其独立的法律地位，<sup>〔34〕</sup>而全民所有制企业亦有相关的法律进行调整。<sup>〔35〕</sup>笔者以为二者在公有制经济的范畴内应当处于并列的态势。虽并列，但其财产权属性<sup>〔36〕</sup>和主要任务<sup>〔37〕</sup>上的相似性却有助于从公有制视阈下提炼集体劳动关系之特征。由于公有制企业的企业财产具备公共性，而企业任务又具备公益性，主观上使公有制企业受到了更多的政策保护。但即便如此，公有制企业的集体劳动关系却并不乐观。从理论上讲，公有制企业的运转中介入了国家的支配力，<sup>〔38〕</sup>国家信用的担保使公有制企业即使在亏损的情况下依旧能够维持对职工的工资供给和福利保障，此种情境下看似难以生发集体劳动争议。（排除重大的生产责任事件，笔者在北大法宝中分别以“集体劳动”“集体争议”为关键词进行了案例检索，结果显示：仅有一件集体劳动争议纠纷与公有制企业有关，且案由是个人诉集体劳动合同。<sup>〔39〕</sup>其余案件均为私营企业中发生的集体性劳动争议。值得一提的是，两类案件的总数才7件。）但从笔者收集的其他资料看来，经济较为落后地区的公有制企业，因其管理方面的腐败和失职、工会行政化等因素，也出现了劳动者集体罢工和上访的现象。<sup>〔40〕</sup>其原因在于，公有制企业中，工会受所有制制度的影响，也沾染了“公”的气息，具体表现为工会的行政化，一些国企的工会存在和行政体制挂钩的状况，有的职工

〔32〕 个体经济有两个明显的特征：一是生产资料和劳动成果归个人所有；二是劳动者以自己的劳动为基础。

〔33〕 参见刘瑞复：《企业法学通论》，北京大学出版社2005年版，第124页。

〔34〕 我国于2011年修订了《乡村集体所有制企业条例》与《城镇集体所有制企业条例》。

〔35〕 我国于2009年修订了《全民所有制工业企业法》。

〔36〕 《乡村集体所有制企业条例》第十八条规定：“企业财产属于举办该企业的乡或者村范围内的全体农民集体所有，由乡或者村的农民大会（农民代表会议）或者代表全体农民的集体经济组织行使企业财产的所有权。”《城镇集体所有制企业条例》第四条规定：“城镇集体所有制企业……财产属于劳动群众集体所有……”《全民所有制工业企业法》第二条规定：“全民所有制工业企业……的财产属于全民所有。”从中可以看出，集体所有制企业与公有制企业的财产均具备公共所有的特性。

〔37〕 《乡村集体所有制企业条例》第四条规定：“乡村集体所有制企业的主要任务是：发展商品生产和服务业，满足社会日益增长的物质和文化生活的需要；调整农村产业结构，合理利用农村劳动力；支援农业生产和农村建设，增加国家财政和农民的收入；积极发展出口创汇生产；为大工业配套和服务。”《全民所有制工业企业法》第七条规定：“集体企业的任务是：根据市场和社会需求，在国家计划指导下，发展商品生产，扩大商品经营，开展社会服务，创造财富，增加积累，不断提高经济效益和社会效益，繁荣社会主义经济。”《全民所有制工业企业法》第三条规定：“企业的根本任务是：根据国家计划 and 市场需求，发展商品生产，创造财富，增加积累，满足社会日益增长的物质和文化生活需要。”从中可以看出，集体所有制企业与公有制企业在任务上均具备公益性。

〔38〕 《宪法》第七条规定：“……国家保障国有经济的巩固和发展……”第八条规定：“国家保护城乡集体经济组织的合法的权利和利益，鼓励、指导和帮助集体经济的发展。”

〔39〕 具体参见：（2013）济民再字第108号，“李守君诉东风汽车济南总公司集体劳动合同纠纷再审案”。

〔40〕 参见前注〔5〕，郑尚元书，第32页。

代表和负责人重视“职务晋升”，而不重视其职务工作，至于代表集体进行协商，那也基本只是“走过场”罢了。

其次是私有制经济。有的学者指出：“目前各种所有制形式的内容较之于市场经济建设初期发生了很大变化”〔41〕，其中一个很明显的特征便是私有制经济的发展和壮大。这主要源于私有制经济调动了社会生产的积极性，将社会主义市场经济引入了诱致性社会变迁〔42〕的道路。如此，私有制经济的逐利性被暴露出来，使私有制企业不仅注重从企业外部获利，即营利，还伺机从企业内部获利，即侵害劳动者权益的行为，如拖欠工资等。根据笔者在北大法宝、中国裁判文书网的案例检索结果显示，〔43〕我国的集体劳动争议案件多半发生在私有制企业内部。

无论何种所有制经济，集体劳动者关心的并不是企业的运行模式和经营目的，甚至可以说集体劳动者受制于文化水平与思想觉悟，少有对经济制度的深刻认识，他们更关心自身经济利益能否得以满足。换言之，劳动报酬和福利保障是集体劳动者最关心，大多时候是唯一关心的核心问题。〔44〕而一旦这种利益难以得到满足，纠纷便随之产生。近些年来的集体劳动者的讨薪事件和罢工事件无一不体现集体劳动者对工资待遇过差的愤懑。因此，集体劳动者自身经济利益的满足程度决定了集体劳动关系的优差状况，这一点在私有制经济中反映得更加明显。

### （三）分配不均视野下的集体劳动关系

一般来讲，法律都担负着维护社会公平、实现社会正义的职能。劳动关系法律制度在这方面的功能和作用表现尤为突出，特别是在矫正市场调节分配、实现分配正义方面，从不同的侧面发挥重要作用。〔45〕从我国的制度安排来看，《劳动和社会保障部、中华全国总工会等关于进一步推进工资集体协商工作的通知》《工资集体协商试行办法》等部门规章体现了相关部门对集体劳动关系中分配行为的重视。但是，就中国目前的情况看，社会收入差距、贫富差距依旧在不断扩张，“勤劳者未必致富，致富者未必勤劳”〔46〕的现象还比较严重。虽然分配不均的原因大可以一言论之的归责于国家分配制度的乏力，但如果不分析其间的具体问题，我们很难找到改善分配制度的着力点。〔47〕

前面谈到，劳动报酬和福利保障是集体劳动者最关心的问题。而这恰好对应着初次

〔41〕 参见李建伟：“集体所有制企业条例废止考——兼论集体企业法制的改革与完善”，《南京社会科学》2014年第3期，第112页。

〔42〕 诱致性制度变迁是指人们为争取获利机会自发倡导和组织实施对现行制度安排的变更或替代，创造新的制度安排，是人们在追求由制度不均衡引致的获利机会时所进行的自发性制度变迁。参见林毅夫：“诱致性制度变迁与强制性制度变迁”，载《现代制度经济学》（下卷），北京大学出版社2004年版，第253~279页。

〔43〕 笔者在北大法宝检索的基础上，继续以“集体争议”“集体劳动”为关键词在中国裁判文书网进行了检索，结果显示从2007年至今，一共有382项结果，除去公有制中的个人诉讼案件，其余全是私营企业中集体劳动者与雇主之间的争议纠纷，而其无一例外都与工资、生活费、抚恤金等经济问题有关。

〔44〕 不排除有的劳动者也关心劳动环境、劳动时间等，但从笔者于2015年8月在福建省龙海市开展的实践调研来看，集体劳动者对工资的敏感度远远高于对劳动环境、劳动时间的关心。

〔45〕 参见周永平：《当代劳动关系法律制度研究》，中国方正出版社2010年版，第103页。

〔46〕 参见朱锦清：《国有企业改革的法律调整》，清华大学出版社2013年版，第273页。

〔47〕 笔者以为劳动者的工资和福利保障是社会分配制度的重要组成部分，因此改善劳动法律制度，也可在客观上优化分配制度。

分配与再分配所调整的分配关系。解构之：

一是初次分配中企业与集体劳动者在发展成果分享上的差异。随着经济技术的进步，不少企业近年来在劳动生产率和利润率方面都有显著提升，但普通职工的收入水平却增长缓慢。企业与劳动者之间利益分配不合理，存在利润侵蚀工资、劳动者干多得少的问题。这是劳动报酬在初次分配中的比重难以提高的症结所在，也是普通劳动者在收入分配中缺乏话语权的直接体现。<sup>[48]</sup>

此外，从企业内部看来，管理者的年收入一般是普通职工的10~15倍，这更加剧了劳动者对工资条件的不满。<sup>[49]</sup> 尽管我国现行《工资集体协商试行办法》对工资的水平、协商程序等做了一定安排，但其并未对工资的保障起到有效作用，无论劳资双方将工资水平设定得多么美好，资方一旦不发放工资，劳动者除了依靠工会协商之外只能个体申诉，而协商往往是无用的，申诉又不能保证行政机关和司法机关的处理效率。如此看来，初次分配中的集体劳动关系状况确实堪忧。而鉴于集体谈判制度的构建需要配以完善的《工资集体谈判试行办法》或《工资谈判试行条例》。笔者以为初次分配的现实状况可视为初次分配体系对集体谈判制度的吁求。笔者在后文中将回应这种吁求。

二是再分配中国家与集体劳动者在发展成果分享上的差异。虽然《劳动法》十分重视职工的福利保障。<sup>[50]</sup> 但从笔者的实证调研情况看来，<sup>[51]</sup> 国家对集体劳动者的保障并没有达到预期效果。现实生活中，普通劳动者面临的教育、医疗、住房等领域的压力较组织管理者和行政单位人员明显更重。然而保障机制的平衡木却并没有向普通劳动者倾斜，以《中央国家机关行政单位离退休经费管理办法》和《劳动法》为例，前者在保障力度上规定：“保证离退休人员个人待遇经费，兼顾其他支出”，而后者则规定：“用人单位应当创造条件，改善集体福利，提高劳动者的福利待遇。”

由此观之，普通劳动者与行政单位的劳动者之间在再分配环节能享受到的分配成果是存在差异的。这种不公平的待遇，是集体劳动关系和谐化发展的阻碍。鉴于集体谈判制度的构建还需要《社会保险法》的优化衔接。笔者以为再分配的现实状况又可视为再分配体系对集体谈判制度的吁求。笔者在后文中亦将回应此种吁求。

#### 四、思维突破：“协商”到“谈判”的制度跨越

在透视集体劳动关系的现实特征之后，我们还须回到制度本身进行探讨，毕竟正是由于现行制度的局限，我们才需要改革制度。从前文的论述中不难发现，从制度设计到绩效考核，均证明了集体协商制度存在形式化，而本部分要提出的集体谈判制度则不

[48] 参见李永成：《社会分配法研究》，法律出版社2014年版，第111页。

[49] 参见王天义：“提高劳动报酬是深化收入分配改革的关键”，《工会博览》2011年第6期，第40~42页。

[50] 《劳动法》第九章专门规定了劳动者的“社会保险和福利”。

[51] 笔者曾走访了湖北省武汉市、鄂州市的一些企业职工，甚至包括一些教职工，得到的一致结论是社会保障的力度并不够，“钱太多了”。

然。某种意义上，二者存在形式至上和实质为王的差异。这里通过“形式民主与实质民主”<sup>[52]</sup>的维度进行论证，以期引申集体谈判制度的立法构建。

### （一）集体协商制度的发展桎梏——民主的形式维度

其一是合同上的形式民主。前文提到，集体协商制度的初衷是为了保证集体合同的签订，立法者认为集体合同的约束力可以规制劳资双方的集体劳动关系，调和劳资矛盾。但制度运行的结果证明此种想法并没有被社会所见证，反而出现了更多的劳动争议与纠纷。无论是在公有制企业中，还是在私有制企业中，相比于“人民权利”能否得到尊重，集体劳动者似乎更在乎“人民币”能否挣得更多，如此，很少有集体劳动者在加入企业前会首先关注集体合同的订立，所以即便集体合同被设计成无懈可击的模板，其效果也未必能够达到理想主义的高度。<sup>[53]</sup>合同的形式化造就了协商的形式化。正如笔者调研时，有的受访职工所述：“商不商量都一样，合同是个形式，签了留个底。”

其二是形式民主没有发生效力。一旦工会与企业经过集体协商后，依据《劳动合同法》和《集体合同规定》之规定签订了集体合同。在法律层面上，至少是形式层面上可视为完成了集体协商的任务，这种任务在西方的一些观点看来是为了促进集体劳动者与雇主之间的合作。<sup>[54]</sup>殊不知这种合作关系在利益冲突之时会变得十分脆弱。我国的劳动者长期受困于“廉价”和“过剩”的制约，一直是社会的弱势群体，而企业和雇主在普通劳动力替代性强和“唯利是图”的情况下，并不重视职工利益的保障，一味强调企业的效益。（虽然公有制企业在效益追求上表现得不如私有制企业那么明显，但是也未能见得公有制企业在职工保障上的优待。）此外，工会代表在自身利益受到优先保障的情况下，也未必真的能够代表职工的利益。这就是近年以来一些劳动密集型产业出现集体罢工和集体讨薪的现实原因。

其三是形式民主“无路可走”。遍观《集体合同规定》的条文规则，从原则确立到实体规定，无一不反应保障集体劳动者权益的初衷。这就使集体协商制度进入发展桎梏：《集体合同规定》是集体合同制度与集体协商制度一体化的产物，二者难以拆分，但不拆分又无法解决形式化的问题，特别是无法保障制度调整的全面性，例如不同所有制企业的区别对待和分配格局的现实考虑等方面。究其缘由，笔者认为集体协商制度期望依靠劳资双方的自觉和自律来遵守集体合同，从而确立制度运行的范式。这在我国企业与劳动者的法治意识和自律意识尚且羸弱的情境中，实难发挥有效作用。

### （二）“协商”不同于“谈判”

虽然集体协商制度在实际运行中形式化现象严重，但也不应该否认其与集体合同制度的统一所产生的正面效果，至少它使一些职工产生了集体行动和权利维护的意识，对调整和维护计划经济向市场经济转轨时期的集体劳动关系发挥了一定的作用。但正如韦伯所言，形式法律追求“最高度的形式上的法律精确性，会使得正确预测法律后果和程

[52] 笔者在此处所论及的民主需要首先被限定。它并不是指政治学和哲学范畴所争论的民主，而是一种劳动者可以获得平等和保障的状态。这种民主类似于参与式民主的提法，即个人主动加入到争取权利的团体中，从而实现自己的权利。参见[美]乔万尼·萨托利：《民主新论》，冯克利、闫克文译，上海人民出版社2010年版，第128页。

[53] 同上，乔万尼·萨托利书，第266页。

[54] 参见[英]凯瑟琳·巴纳德：《欧盟劳动法》（第二版），付欣译，中国法制出版社2005年版，第596页。

序理性系统化的机会最大化”；而实质法律则反之，其目标在于“发现一种最适合当局通达权变和道德目标的法律类型”。<sup>[55]</sup>为了找寻“通达权变”与“道德目标”的进路，不妨将视野扩展至一些劳动法制较为健全的国家，其中至为重要的便是能从实质上保障集体劳动者权利的集体谈判制度。这里先比照“协商”与“谈判”的相邻关系，有关集体谈判制度为何能反映实质民主的问题，后文中将一一道来。

有观点认为，集体谈判制度是当代劳动关系法律制度的核心。需要注意的是，我国现行的集体协商制度与此处的集体谈判制度并非相同概念。二者既有区别，又相互联系。虽然很多学者在论述集体协商制度的有关问题时，意图规避论述“协商”与“谈判”的区别，将二者视为同一进行讨论，但是为了印证现行集体协商制度的局限，从而引申集体谈判制度立法构建的必要性，集体协商和集体谈判的差异分析便成为前提条件。<sup>[56]</sup>

笔者以为，集体协商与集体谈判的区别主要包括三点。其一，词义表征不同。这是由于集体谈判与集体协商都属于作为协调集体劳动关系的制度，又因前文所述集体劳动关系的调制发端于现代西方市场经济国家。为了更好地在词义层面上进行理解，不妨探本溯源，回归西方的语境。笔者首先查阅了《牛津高阶英汉双解词典》<sup>[57]</sup>，该词典中未见对“集体谈判”和“集体协商”的直接英译，那么我们就对“协商”和“谈判”二词进行比较。在该词典中，“谈判”一词的英译为“bargaining”，而“协商”一词英译为“consultation”。前者的语境中出现了“hard”（艰难）、“wage”（工资）等词汇；后者的语境中出现了“document”（文件）、“advice”（建议）等词汇。<sup>[58]</sup>随后，笔者又查阅了《元照英美法词典》<sup>[59]</sup>，该词典中，“集体谈判”一词被直译为“bargain collectively”，与此同时却未见“集体协商”一词的直接英译，同前理，探查“协商”一词。“协商”一词被译为“consultation”，还包含“咨询、商量”之意。<sup>[60]</sup>由此观之，在词义表征上，“集体谈判”与“集体协商”是存在区别的。其二，制度目的不同。根据我国《集体合同规定》的制定目的，<sup>[61]</sup>也如前文所述，不难发现我国的集体协商与集体合同的签订是一体化的，换言之，集体协商的目的在于保障集体合同的顺利签订和履行，侧重集体劳动者权益的形式保障。<sup>[62]</sup>而集体谈判的目的则在于集体劳动者的利益需求能得

[55] 参见[德] 马克斯·韦伯：《经济与社会》第2卷上册，阎克文译，上海世纪出版集团2010年版，第945页。

[56] 在聚讼不已的争论中，也有学者破除传统的研究范式，专门论述了集体协商与集体谈判的区别，这种分析方式十分值得借鉴。具体可以参见张杨：《集体谈判的“中国特色”及其反思》，《行政与法》2015年第11期，第98~105页；翟玉娟：《论集体谈判和集体协商》，《当代法学》2003年第7期等。

[57] [英] 霍恩比：《牛津高阶英汉双解词典》（第六版），石孝殊等译，商务印书馆2004年版。

[58] 同上，第119、358页。

[59] 薛波主编：《元照英美法词典（缩印版）》，潘汉典总审订，北京大学出版社2013年版。

[60] 同上，第135、306页。

[61] 《集体合同规定》第一条规定：“为规范集体协商和签订集体合同行为，依法维护劳动者和用人单位的合法权益，根据《中华人民共和国劳动法》和《中华人民共和国工会法》，制定本规定。”

[62] 即集体协商的目的在于使集体劳动者拿到一份满意的集体合同。虽然人社部2010年发布了《关于深入推进集体合同制度实施彩虹计划的通知》（人社部发[2010]32号），强调加强集体协商和集体合同制度建设，目的在于有利于生产经营正常的企业改善劳动条件，保障职工共享经济发展成果。但依据这样的宽泛理解，我们所有关于调整劳动关系的法律规范都可以被扩大理解为改善劳动条件和保障经济发展成果的共享。因此，浅层的目的探讨有利于捕捉到问题的重点。

以实质满足。<sup>[63]</sup>这一点，笔者在后文中会具体分析。其三，交涉强度不同。“协商”措辞稍显温和，而“谈判”则传递出一种更加“强势”的对抗性。集体协商讲求双方为了取得一致意见而共同商量，而集体谈判则一般指双方或数方为维护自己的利益对有待解决的重大问题进行会谈。从劳动法领域法律法规的条文表达看来，我国基于主张构建和谐有序劳资关系的施政理念，期望用温和与中性的条文设定使各类劳动争议能在不影响社会秩序的情况下得以处理。这也即我国采用“协商”制度，而非“谈判”制度的立法动因。<sup>[64]</sup>

坦言之，集体协商制度与集体谈判制度在对策选择上存在共性。二者均主张劳动者通过集体行动的方式进行维权。此注重集体参与性的观念十分符合参与民主理论的内涵。<sup>[65]</sup>其出发点自身是良性的，但是如果这种参与式民主仅是流于形式，而没有让劳动者产生一种新的保障感和独立感，此集体制度便是失败的。<sup>[66]</sup>也因如此，我们需要追求实质上的民主。

### （三）集体谈判制度的法治逻辑——民主的实质维度

何为实质民主？在此处，笔者以为归根结底是劳动者的权利能够得到保障、合法需求能够得以满足。由于集体谈判制度在我国还没有制度实践的先例，无从找寻相关数据进行分析。但既然是市场经济制度的背景，强调的是劳动者的权利保障，调整的是集体劳动关系，我们不妨从比较法视野切入，至少在私有制层面，可以寻觅一些智识。

首先是集体谈判制度设计的实用性。域外一些主要国家基本都建立了集体谈判制度，虽然其具备各自不同的特点。从整体上看，大都确保了制度设计与现实相挂钩。例如英国的集体谈判制度具备多种划分方式，包括行业范围谈判（industry-wide bargaining）、地区或地域谈判（regional or district bargaining）以及企业或工作场所的谈判（plant or workplace bargaining）等划分方式。<sup>[67]</sup>又如德国的集体谈判制度不仅包含集体协商，还包括劳动斗争，而劳工在斗争中可以行使集体留置权、罢工权、拒绝返回权、占领和封锁权等<sup>[68]</sup>，同时为了保证劳资双方的力量平衡，雇主也可采用停工、闭厂、破坏罢工奖金等手段。<sup>[69]</sup>再如日本的《宪法》确立了劳动者集体交涉的权利，而且与欧洲的国家相比，日本的集体协议规定的不是最低标准，而是实际工作条件。其分散性的谈判制度，能够使企业工会与雇主快速灵活地适应不断变化的社会经济环境。<sup>[70]</sup>由

[63] 参见程延园：《集体谈判制度研究》，中国人民大学出版社2004年版，第38页。

[64] 我国一贯讲求社会秩序的稳定。

[65] 参与民主理论认为，每个公民需要做什么事情而没有与其他人或大多数人进行合作，将会变得软弱无力。参见[美]卡罗尔·佩特曼：《参与和民主理论》，陈尧译，上海世纪出版集团2006年版，第23页。

[66] See Mills, C. W (1963), The Unity of Work and Leisure, in Horowitz, I. L. (ed.) Power Politics and People, Oxford University Press, P32.

[67] 参见[英]斯蒂芬·哈迪：《英国劳动法与劳资关系》，陈融译，商务印书馆2012年版，第319页。

[68] 虽然德国的立法者在劳工斗争的定义和法律制度方面保持了沉默，但劳工斗争的个别后果问题被规范之处却成了劳工斗争定义和劳工斗争合法的可能性的前提条件。具体参见[德]W. 杜茨：《劳动法》，张国文译，法律出版社2003年版，第228页。

[69] 同上，W. 杜茨书，第237页。

[70] 参见[日]荒木尚志：《日本劳动法》，李坤刚、牛志奎译，北京大学出版社2010年版，第131页。

此观之，英国、德国、日本的集体谈判制度都十分重视制度的实用价值，而不拘泥于集体合同的效力。<sup>〔71〕</sup>

其次是集体谈判制度运行上的保障性。域外的典型制度构建还体现在行之有效的工会制度上，这也是集体谈判制度得以良性运行的保障。依旧从英、德、日这三国的制度进行考量。例如英国对工会定义中明确工会的组织必须直接涉及与雇主的谈判，一个仅仅意在支持罢工或施加政治影响的机构不算工会。<sup>〔72〕</sup>与此同时，在以前的大部分时间里，工会享有“促成或激化劳资争议”的豁免权。<sup>〔73〕</sup>又如德国的工会联盟（DGB），德国工会联盟在参与调整劳资关系之时强调“伙伴关系”的建设，在增强互信的基础上又注意有条件地与资方合作，具备友好协商和决策民主的特点。<sup>〔74〕</sup>再如日本的《宪法》中强调劳动者团结权、集体谈判权和集体行动权均受到保护，而正当的工会活动可以免除刑事和民事责任。在这样的基础上，笔者查阅了欧美一些其他国家的工会制度，得出的结论是，这些工会大体上都具备政治、经济上的独立性，除了工会结构上有些许区别外，工会的权利都足以和资方甚至是政府抗衡。能够为集体谈判制度的运行提供良好条件。表2是英、德、日三国与中国在工会权利设定方面的对比，由此观之，中国的工会对集体谈判制度能起到的保障作用是很弱的，后文也将对此制度优化的问题进行探讨。

表 2 德、日、英三国与中国法律中有关工会权利的比照

	工会权利	集体谈判制度
德国	劳动斗争权、罢工权、谈判权、申诉权	是
日本	正当行为的责任豁免权、罢工权、谈判权、申诉权	是
英国	“促成或激化劳资争议”的豁免权、罢工权、谈判权、申诉权	是
中国	协商权、申诉权	否，集体协商制度

最后是集体谈判制度效果上的有益性。从近些年域外一些国家劳动争议的情况看，集体谈判制度确实发挥了十分有效的作用，具体反映在用工成本的不断提升，工人的生活保障水平也在不断提高。不可否认，近年来，有的国家爆发了行业性的罢工和停业，<sup>〔75〕</sup>但这些罢工行为大体受到了政府的保护，工人对其利益诉求能较好地“发声”，在此基础上开展谈判，更能维护劳动者的合法权益。这也恰好证明其集体谈判制

〔71〕 这并不意味着这些国家不重视集体合同，相反，它们都具备严格的集体合同制度，由于在这些国家中，集体合同仅是谈判的一部分，而此处论述的是集体谈判制度的实质民主，笔者意欲探求合同之外的制度亮点。

〔72〕 参见前注〔67〕，斯蒂芬·哈迪书，第291页。

〔73〕 之所以要提以前，是因为英国在长期重视通过工会保障集体劳工权益的过程中，工会的权力日益膨胀，有的时候出现了对企业的侵权行为。故1906年的《劳资纠纷法》和1971年的《劳资关系法》中有关工会豁免权的条文被相继废止。

〔74〕 参见孟钟捷：“试析二战后德国工会联盟的构建”，载《华东师范大学学报（哲学社会科学版）》2009年第6期，第32页。

〔75〕 例如一些新闻报道：“苹果飞船新总部外工人罢工：还我血汗钱”，载 <http://it.21cn.com/mobile/guide/a/2016/0330/07/30840699.shtml>，最后访问时间：2016年3月27日；“美国230城罢工要求涨工资”，载 <http://finance.qq.com/a/20150427/008950.htm>，最后访问时间：2016年3月27日；“工作时间超长 英国医生40年来首次举行大罢工”，载 [http://www.guancha.cn/europe/2016\\_01\\_14\\_348038.shtml](http://www.guancha.cn/europe/2016_01_14_348038.shtml)，最后访问时间：2016年3月27日。

度能产生有益的制度效果，而不是摆设。申言之，在许多市场经济发达的国家，由于工会的地位十分突出，其与雇主和政府之间能够形成“三足鼎立”的态势，集体谈判制度在其漫长的制度变迁中能得以保留，正是因为集体谈判的制度效果能够让三方利益得到调和，这也是该制度有益性的历史印证。

从制度设计、制度保障和制度效果来看，集体谈判制度在域外实践中的最大特点就是实用性。其一切制度设计和集体行动，无论如何都要落到为工人维权的实处，特别是一些具体的安排，例如豁免权的设定、罢工行为的容忍等都是在实际层面能够让集体劳动者用法律允许的方式参与到维权行为之中，同时还给予了其巨大的制度保障。这正符合实质民主的要件，即劳动者的权利能够得到保障、合法需求能够得以满足。

## 五、进路取向：立体化法律体系之构建

前文的分析中，笔者用“形式民主—实质民主”的框架论述了集体协商制度的局限和集体谈判制度的智识。在此基础上，结合第三部分对我国所有制和分配制度下集体劳动关系现状的拨梳，可以提炼我国集体谈判制度立法构建的谱系。这里意欲通过如下三个层次的分析，尝试探索集体谈判制度构建的整体框架和基本进路。

### （一）核心制度

在笔者看来，我国《工会法》《集体合同规定》的规定中，部分条文倾向于“喊口号”，而不是“处实事”。<sup>[76]</sup>而集体谈判制度的核心就在于将制度做实。首先需要明确，集体谈判制度是集体协商制度的进阶，将协商改为谈判旨在扩充制度的实际效能，令其目的不局限于集体合同的签订，这并不妨碍集体合同的重要性。故此，笔者认为除却将《集体合同规定》中的“协商”替换为“谈判”外，对于《集体合同规定》关于合同内容的规定还当整体保留。在此之外，择机出台《集体谈判法》或《集体谈判条例》

[76] 例如《工会法》第五条至第七条的规定：“第五条 工会组织和教育职工依照宪法和法律的规定行使民主权利，发挥国家主人翁的作用，通过各种途径和形式，参与管理国家事务、管理经济和文化事业、管理社会事务；协助人民政府开展工作，维护工人阶级领导的、以工农联盟为基础的人民民主专政的社会主义国家政权。第六条 维护职工合法权益是工会的基本职责。工会在维护全国人民总体利益的同时，代表和维护职工的合法权益。工会通过平等协商和集体合同制度，协调劳动关系，维护企业职工劳动权益。工会依照法律规定通过职工代表大会或者其他形式，组织职工参与本单位的民主决策、民主管理和民主监督。工会必须密切联系职工，听取和反映职工的意见和要求，关心职工的生活，帮助职工解决困难，全心全意为职工服务。第七条 工会动员和组织职工积极参加经济建设，努力完成生产任务和工作任务。教育职工不断提高思想道德、技术业务和科学文化素质，建设有理想、有道德、有文化、有纪律的职工队伍。”《集体合同规定》第二十五条至第二十七条的规定：“第二十五条 协商代表应履行下列职责：（一）参加集体协商；（二）接受本方人员质询，及时向本方人员公布协商情况并征求意见；（三）提供与集体协商有关的情况和资料；（四）代表本方参加集体协商争议的处理；（五）监督集体合同或专项集体合同的履行；（六）法律、法规和规章规定的其他职责。第二十六条 协商代表应当维护本单位正常的生产、工作秩序，不得采取威胁、收买、欺骗等行为。协商代表应当保守在集体协商过程中知悉的用人单位的商业秘密。第二十七条 企业内部的协商代表参加集体协商视为提供了正常劳动。”前列的这些条文在笔者看来，对于保障集体劳动者的权益并没有十分现实紧迫的意义，劳动者并不会关心工会如何体现自己的“主人翁”地位，也不会在意工会通过何种形式参与经济文化事业管理。此外，如若劳动者在自身权益受到侵害之时，还要求其不影响正常的生产、工作秩序，这极大限制了工会的维权力度。

等法律规范。这里对于核心制度的探讨便是围绕《集体谈判法》或《集体谈判条例》的结构设计进行展开。具体包含实体制度和程序制度。

其一，实体制度。集体谈判制度的实体制度应当遵循一般的立法规则，规定集体谈判的主体、主体权利、主体义务、违反主体义务的情形及其法律责任。主体方面，应当依照惯例还是以工会为中心。主体权利方面应当加入“团结权、集体罢工权和集体谈判权”，团结权旨在保障工会的完整性，集体罢工权与集体谈判权旨在赋予集体劳动者维权的现实手段。主体义务方面，须规定集体劳动者应当合理有序进行谈判行为，除了维护正当权益的必要手段外，不得进行违法犯罪行为。需要强调的是必须对“正当权益和必要手段进行限制”，正当权益应当是适应社会现实标准的劳动报酬、福利保障、合理环境等，而必要手段不能超出罢工的限度。此外，应当赋予雇主一定的权利，例如公司自卫权等以维持劳资之间的平衡。违反义务的情形应当是“谋求超出正当性的利益和超出必要手段进行的侵权行为”。法律责任则应当适度严谨，包括行政部门的介入、司法部门的介入等都应当存在相应设计。

其二，程序制度。集体谈判制度的程序是集体谈判制度得以落实的关键。笔者以为，集体谈判制度应当是贯穿于劳动者进入劳动单位至离开劳动单位的始终。具体分为签订集体合同的谈判程序（类似于普通调整）和维权的谈判程序（类似于情势变更）。签订集体合同的谈判行为与集体协商制度类似，可在调整《集体合同规定》有关集体协商程序的内容下，对其加以吸收。必须强调的是，需要修改“应当维护本单位正常的生产、工作秩序”的规定，可以考虑将其调整为“在职工权利得到正当维护的条件下，不得影响单位正常的生产和工作秩序”。维权的谈判程序则包括对罢工行为的一些具体安排，集体留置权<sup>[77]</sup>的行使、静坐抗议等方面。

另外，还需要特别注意的是根据所有制的不同和地方经济的发展水平来设定工会的权利范围。从发生群体性事件的频次看来，沿海一带的劳动密集型产业是重点区域，因此这部分地区工会的权利可以考虑适当扩大，这也是基于沿海地区经济比内陆地区发达的实际情况。再有值得关注的是，由于国有企事业单位的特殊性，<sup>[78]</sup>甚至会牵扯国民经济的稳定，如何具体适用集体谈判制度还需要斟酌。可以考虑在此类企业中，设立谈判委员会来消减工会权力扩大后的负面影响。

制度进阶旨在确保制度实用、有效。依循前述的制度构建，我们便能确保，至少有可能确保集体谈判制度在实体和程序上都具备实用性，究其效果，还需在实践中进行检验。

## （二）配套协同

一项制度的有效推行，需要法体系内部相邻制度的配合，集体谈判制度也不例外。劳动法律体系中，无论是针对公有制还是私有制企业，至少有下面这些相关制度，需要适时建立，以使集体谈判制度能够发挥的作用最大化。

第一，《罢工法》或其他法律中的罢工条款。正如有的学者指出：“由于没有具体的法律规范罢工行为，罢工行为在中国处于法律上的‘灰色’状态。”<sup>[79]</sup>在罢工权成为集体谈判制度中集体劳动者维权手段之一的情况下，这种状态对于雇员、雇主，甚至是社

[77] 参见前注〔68〕，W. 杜茨书，第228页。

[78] 不排除国有企业会出现侵害职工权益的情况，但由于国有企业涉及的是事关国民经济建设命脉的事项，其体制机制的变革应当慎重。

[79] 参见周永坤：“‘集体返航’呼唤罢工法”，《法学》2008年第5期，第3页。

会、法律权威都是十分不利的。从社会治理的范式看来，“罢工”一词的视听效应与“群体性事件”趋同，都似乎传递出不和谐的要素，而这与“构建社会主义和谐社会”的理念相矛盾。因此，罢工行为至今未得到法律的认可和保护。

但这种模糊的状态，也并没有让社会“和谐”多少。基于我国罢工发生次数逐年增加的现实情况，<sup>〔80〕</sup>我们愈加需要清醒地认识到集体劳动者的权利保障并不是在搞雷声大、雨点小的“计划”，而是必须通过制度实施而解决的“问题”。手段的有效性和目的的明确性是至关重要的。制定规范罢工的具体法律，例如制定单行的《罢工法》，或在《劳动法》中增加罢工条款等作为手段，其目的在于两个方面：其一，认可集体劳动者的罢工权，将其作为谈判权的有益补充，促进谈判的有效开展；其二，直接规范集体劳动者的罢工行为，进而规范集体的谈判行为，控制集体谈判制度的风险。<sup>〔81〕</sup>

第二，《工资集体谈判试行办法》或《工资谈判试行条例》。工资作为初次分配体系中至关重要的部分是劳动者最重视也是最先考虑的问题。随着我国用工成本缓慢提升（至少是在提升），企业拖欠劳动者工资的情况愈加严重。现行《工资集体协商试行办法》的有关规定过于形式化，导致其在实际中产生的作用极小。例如，《工资集体协商试行办法》中有关程序和审查的规定缺少对应的违反规定应当承担的责任设计。这就容易让此规定作用有限，毕竟遵守的成本可能还略高于违反的成本。在责任难以限定的情况下，可以考虑将集体谈判制度融入工资的设定，如双方经过谈判确定工资水平，特别是在雇主拖欠工资时，集体劳动者可行使集体留置权或罢工权，以此更好地保障集体劳动者的劳动报酬。不仅可以避免“跳楼讨薪”<sup>〔82〕</sup>的悲剧，也能客观上促进初次分配体系的结构优化。这即是对本文第三部分所述的初次分配体系之吁求的回应。

第三，《工厂组织法》。为了确保谈判制度构建以后，企业内部工会的权力不会无边界扩张，我们还需要类似《工厂组织法》的法律法规来调整工会权力增强与企业权力受限之间的平衡。由于暴力在劳动关系中占据了重要位置，<sup>〔83〕</sup>为了防止这种暴力对企业的正常经营造成损害，或者由一部分劳动者侵害另一部分劳动者的权利，《工厂组织法》中需要设计诸多协调机制，来调和劳动者之间、劳动者与企业之间的利益关系。这也是集体谈判制度在制度目标上需要完成的任务。

### （三）制度衔接

据前文可得，集体协商和集体谈判“名相近、实相远”，我国现行制度主要是集体协商制度。这样一来，如果要在立法中规定集体谈判制度，自然就会遇到和现行集体协商制度的衔接和协调的问题。需要强调的是，“配套协同”部分则重在建立相关的制度，是“从无到有”；而“制度衔接”重在对现有制度的更新与优化，是“从有到优”。前面论述集体谈判的核心制度与配套制度之时不可避免地论及了制度的衔接问题，这里还须做几点系统的梳理。

〔80〕 有学者研究了我国20世纪90年代以来罢工（含集体上访）的次数，并介绍了相关的上升趋势。由于所引事件属于敏感范围，这里不具体展开。参见前注〔5〕，郑尚元书，第29页。

〔81〕 做到罢工权既有个性又不任性，既不弃私又不偏私，既自由又不放任。参见邱本：《自由竞争与秩序调控》，中国政法大学出版社2001年版，第67页。

〔82〕 参见 [http://www.guancha.cn/broken-news/2015\\_08\\_11\\_330160.shtml](http://www.guancha.cn/broken-news/2015_08_11_330160.shtml)，最后访问时间：2016年3月26日。

〔83〕 See Edward H. Chamberlin, Can Union Power Be Curbed? Atlantic Monthly (June 1959), p. 49.

首先，是与《集体合同规定》的衔接。根据笔者前述观点，在集体谈判制度的集体合同谈判程序中，应当吸收《集体合同规定》中有关集体协商部分的规定，如此看来，《集体合同规定》在《集体谈判法》或《集体谈判条例》出台以后，应更加注重对集体合同实体内容的规定，切合“集体合同”的名称。至于集体谈判关系中双方甚至多方主体的法律地位，在笔者看来，应当是《集体谈判法》或《集体谈判条例》的任务。须注意，在目前我国劳动者群体还处于弱势群体的现实情况下，《集体合同规定》的修正若能体现集体合同内容和订立程序之集体性和对抗性可能较为妥当。如此处理，一来，能壮大集体劳动者的维权队伍和力量；二来，也能以此来促使用人单位规范用工行为。

其次，是与《劳动法》的衔接。集体谈判制度与《劳动法》的立法目的<sup>[84]</sup>是同根同源的。将集体谈判制度在《劳动法》中进行体现，符合同类法律共同调整同一领域的逻辑范式。具体可以考虑将集体谈判制度中保障集体劳动者权益的可能方式进行规定等。例如，可以赋予集体劳动者参与权与异议权。<sup>[85]</sup>不仅如此，这两项权利应当贯穿劳动者进入劳动单位直至离开劳动单位的始终，所以由《劳动法》予以规定更为妥当。另一方面，《劳动法》是全面协调和统筹我国劳动法法律规范的部门法，因此《劳动法》的修改还应注意与一些不再适合当下社会主义市场经济发展的法条的摒弃，以此为集体谈判制度创造良好的制度环境。

再次，是与《社会保险法》的衔接。集体谈判制度的“谈判”，可能面临谈判失败的风险。在此情况下，如果工人选择放弃工作，转而会面临失业的难题。而在劳动者失业的状态下，对其进行失业的保障和就业引导就显得尤为重要。现行的《社会保险法》中仅规定了领取失业保险金的三种情形<sup>[86]</sup>，可以考虑增加“工人因其合理权益受损所进行集体谈判未能达成有效协议的”，以协调集体谈判制度中谈判失败的情形。与此同时，《社会保险法》还可考虑设置劳动者与劳动单位之间具体的“福利谈判权”，并适当给予福利待遇较好的企业若干补贴等，这也是从分配制度中的再分配体系入手，进行劳动者权利的保障。此为第三部分论述的再分配体系之吁求的回应。

复次，是与《乡村集体所有制企业条例》《全民所有制工业企业法》《公司法》的衔接。这也即要求在不同所有制的企业中，应当增加工人谈判的协调规则，例如赋予公司合理“闭厂权”等，来防范一些企业中因某些不法职工的煽动引起的集体劳动者对公司侵权的行为。此外，在增设企业与集体劳动者进行谈判的规定时，应当作一定区分：公有制企业因其公有的性质，应当规定以“稳定”优先，从而保障公共的权益。而私有制企业因其私有的性质，应当以“福利”优先，从而保障集体劳动者的利益。

最后，是与《工会法》的衔接。有的学者调查了我国工会法实施的情况。<sup>[87]</sup>得出

[84] 《劳动法》第一条规定：“为了保护劳动者的合法权益，调整劳动关系，建立和维护适应社会主义市场经济的劳动制度，促进经济发展和社会进步，根据宪法，制定本法。”

[85] 参与权与异议权是德国《工厂组织法》中规定的两大权利。能够有效保障其集体谈判制度的运行。参见[德]雷蒙德·瓦尔特曼：《德国劳动法》，沈建锋译，法律出版社2014年版，第532页。

[86] 《社会保险法》第四十五条规定：“失业人员符合下列条件的，从失业保险基金中领取失业保险金：（一）失业前用人单位和本人已经缴纳失业保险费满一年的；（二）非因本人意愿中断就业的；（三）已经进行失业登记，并有求职要求的。”

[87] 参见孙德强：“我国工会制度的困境与出路——关于工会法实施情况的调查报告”，《中国劳动关系学院学报》2012年第1期，第18~24页。

了职工工会法基本知识知晓度低、工会组建率低、职工入会率低等情况。这在客观上使工会居于“架空”的状态。而强大的工会是劳动者对抗侵权行为的必要条件。有学者比较了我国与美国、英国、日本、韩国等国的工会制度，提出了我国工会制度存在的三点问题：一是立法不完善，二是权力弱化和结构行政化，三是“集体劳权”的概念缺失。<sup>〔88〕</sup>笔者以为，集体谈判制度的确立是建立在至少形式和权能健全的工会上的。工会的职能失位会衍生集体谈判制度的混乱。对《工会法》进行合适的调整，特别是注重消减公有制企业工会的行政化、区域性工会的层级化，加强工会自治等，旨在为集体谈判提供主体保障。此外，还应当结合不同所有制来设定相应的工会职能，以及解决不同所有制工会的合作问题等。

## 六、结论

本文探究了当下我国集体协商制度现实困境的成因，从所有制和分配体制等独特视角分析了我国集体劳动关系的发展瓶颈。在此基础上，通过比较集体协商制度和集体谈判制度的区别，并借鉴域外相关劳动立法的经验，提出了一系列集体谈判制度立法构建的框架和思路。在此过程中，不仅依据民主的内涵解构分析了“协商”到“谈判”的跨越宗旨，还在相应的制度建构中展示了集体谈判制度的域外风貌。总的来说，达到了笔者论述的预期效果。

从本质上看，集体谈判制度的构建是为了维护集体劳动者的合法权益，让广大劳动者能切身感受到国家对其个体权利的有力保障，从而让广大劳动者获得改善工作环境和生活条件的更大可能性。而从立法角度对集体谈判制度进行阐发也符合依法治国的基本理念，更是通过法律制度为人民创造美好生活的实践革新。

不可否认，理论构想和制度实践之间是存在不小差距的。正因如此，在进行理论探索时，“胆子可以更大一点”，本文的论述也希望能作为对劳动法治的有益探索。囿于研力所限，有部分问题未展开论述，将在日后的研究中作进一步探讨。

马克思认为劳动者是生产力三个基本要素之一，是生产力诸要素中最为活跃和最富有创造性的要素，是人民群众的主体部分，推动着历史的前进。我们有理由相信，国家的制度建设会逐渐摆脱形式化的困扰，让广大劳动者的权利能得到更加充分的保障，而一旦发生纠纷，其维权之路也可以走得更加顺畅，在和谐的劳动关系中成为真正的主人翁。

## 参考文献

- 〔1〕 郑尚元．劳动法与社会法理论探索〔M〕．北京：中国政法大学出版社，2008．
- 〔2〕 韩桂君，彭博．劳动者权利及其保护〔M〕．北京：北京大学出版社，2014．
- 〔3〕 董保华．劳动合同研究〔M〕．北京：中国劳动社会保障出版社，2005．
- 〔4〕 程延园．集体谈判制度研究〔M〕．北京：中国人民大学出版社，2004．

（责任编辑：郭维真 张安平）

〔88〕 参见李英、王棣、瞿彬彬：《中外工会法比较研究》，知识产权出版社2011年版，第53～59页。