

工会代表诉讼权研究

刘 诚

(上海师范大学 法政学院,上海 200234)

摘 要:工会代表诉讼权是工会代表权的重要内容,是工会基本职责的最后保障。工会代表诉讼权的主要理论依据是社会契约理论和社会法理论。明确工会代表诉讼权的必要性在于,确认工会代表诉讼权是提高人权保障水平、保障劳动者合法权益、维护社会稳定和促进经济持续发展的需要,也是维护工会地位、稳定和发展劳动法律队伍问题的需要。明确工会代表诉讼权的可行性在于,工会代表诉讼权立法国外已经有先例,我国目前的法律法规不仅留有余地,而且已经为明确工会代表诉讼权开辟了道路,并且工会有足够的经费支付诉讼费用,各地工会免费代理职工诉讼的活动也为工会代表诉讼积累了丰富的经验。因此,我国目前应该、也完全可以通过司法解释等方式,明确工会代表诉讼权。

关键词:工会法;代表诉讼权;必要性;可行性

中图分类号:D922.56

文献标识码:A

文章编号:1671-4970(2011)02-0053-05

工会代表诉讼权是工会代表会员起诉和应诉的权利和义务。工会的代表诉讼权是工会代表权的重要内容,是工会基本职能的最后保障。工会出现和持续存在的意义就在于,工会是平衡劳资关系的工具,工会使处于弱势地位的劳动者(雇员)有能力与处于强势地位的用人单位(雇主)平等谈判,从而维持劳资关系的公平、维系劳资合作的持续,进而保证生产过程的进行,劳动权利和义务出现争议时,任何工会会员都有权通过自己的工会来维护自己的权益。工会作为劳动者(雇员)的组织,基本权利和义务是代表权——代表劳动者(雇员)行使集体劳权,基本职能是维护劳动者(雇员)的合法权益。其中,工会代表权是其维护职能得以实现的前提,而工会代表诉讼权又是工会代表权的重要内容、是工会基本职能的最后保障。因此,工会代表诉讼权的确认和保障,对于维护劳动者(雇员)合法权益、维持劳资关系和谐,具有重要意义。

一、工会代表诉讼权的理论根据

工会代表诉讼权的理论根据首先是社会契约^①理论。此外,社会法理论也为其奠定了理论基础^②。

1. 社会契约理论

(1)传统社会契约理论(政治契约理论)

“社会契约思想首先由古希腊的伊壁鸠鲁提出,而后经霍布斯、洛克发展,最后由卢梭在《社会契约论》一书中推向顶峰。^[1]伊壁鸠鲁认为:“人生的目的就是追求幸福……为达到这个目的,甚至不惜违反正义。这样一来,人们之间必然形成彼此妨害以致达到危险的局面,这是同人们追求享乐目的背道而驰的。而唯一摆脱困境的方式则是互相妥协。通过契约的方式建立国家,成立政府,制定法律,调整人们之间的利益。^[1]社会上的利益是多元化的,不同个人之间、各利益集团之间、利益集团与公共利益之间始终存在着利益冲突,要在冲突中保存和发展各自的利益,唯一的办法就是各集团就各自的利益定义和定位进行一种多层次、多方位和连续不停的

收稿日期:2010-11-25

作者简介:刘诚(1962—),男,山东诸城人,教授,博士,从事社会法研究。

①为区别起见,我们不妨将契约分为3类:政治契约(传统意义上的社会契约)、社会契约(狭义社会契约)及民事契约。

②需要指出的是,卢梭的《社会契约论》用社会契约的概念分析了不平等的国家与市民(包括自然人、法人等)之间的关系,讨论的是政治契约、属于公法理论。民法的契约概念,分析的是平等的市民之间的关系,讨论的是民事契约、属于私法理论。麦克尼尔的《新社会契约论》,在民事契约理论和传统社会契约理论的基础上,用新社会契约的概念分析了兼具平等性与不平等性的市民之间的关系,讨论的是狭义的社会契约、属于社会法理论。尽管麦克尼尔申明他所提到的新社会契约并非具有卢梭意义上的社会性,也没有包含浓厚的政治色彩,不过他同时承认,他所分析的现代契约关系虽然具有新的特点,但的确在某种程度上类似于卢梭的“社会契约”。

“谈判”,即不同的政治力量依据共同认可的规则,在政治层面上进行的一种协商,避免任何一方的全赢或全输。这种“谈判”实质上就是政治组织代表其成员达成契约的过程,由此产生了代表权问题,包括代表诉讼权。

(2) 新社会契约理论(狭义社会契约理论)

麦克尼尔进一步发展了社会契约理论,其新社会契约思想指的是一种社会观、团体观,即人们为了共同利益、基于合意,把原本属于自己的公民权利的一部分让渡出来(权利的二次让渡),建立社会团体,从而保障自己的权利。麦克尼尔认为,所谓契约,不过是有关规划将来交换的过程的当事人之间的各种关系^[2]。麦克尼尔将契约分为个别性契约和关系性契约:个别性契约是即时性契约,并且当事人之间除了单纯的物品交换外不存在任何关系的契约;关系性契约是持续性契约,当事人之间存在复杂关系。麦克尼尔的契约理论强调契约当事人之间的各种社会关系对契约具有决定性的作用;契约之所以越来越具有关系色彩,是由于劳动分工和专业化生产及交换的发展使人们彼此之间的依赖性增强,个人的独立地位被不断削弱。在这样的社会条件下,个人的契约自由和意思自治势必受到限制,个人的契约活动也势必受到各类关系的制约和影响。契约理论的基准也不再是个人本位而逐渐转向社会本位;社会本位的契约观不再以个人利益和自由为基本出发点,而是强调社会整体利益和契约当事人的团体利益,强调合作和协商。可见,工会组织是典型的基于社会契约(不同于民事契约或个别性契约)建立起来的社会团体——劳动者为了获得更多权利和利益,组成工会并让渡部分公民权利。因此,工会就有了代表权,包括代表诉讼权。但这种代表权不同于民事契约权利——代理权,是社会本位的、强调合作和协商的一种特殊权利,是一种个人的契约自由和意思自治受到限制的权利。

2. 社会法理论

社会法理论认为,随着市民社会与政治国家的相互渗透,某些私人利益受到普遍的公共利益的限制而形成社会利益。私法与公法的相互交错,出现了作为中间领域的、兼具私法和公法因素的社会法。如果我们将以国家本位为特征的公法看做是第一法域;以个人本位为特征的私法看做是第二法域,那么私法与公法相融合而产生的,以社会本位为特征的

社会法则是第三法域。经济生活的变化,给公、私法起止界限和范围带来了变化,而不是抹杀了两者的区别。在公法、私法之间出现了兼具两者特征的第三法域——社会法。社会法所体现的是社会利益;调整对象往往是传统的私法主体,当事人双方的关系是在表面平等掩盖下,存在着实质的不平等³¹。而工会的产生与持续存在,有助于平衡劳资关系、实现实质平等;工会代表权是工会的基本权利,是实现工会基本职能的前提。因此,工会代表权的确认、行使和保障,是实现公平正义所需要的。工会代表诉讼权作为工会代表权的重要组成部分,是实现工会基本职能、维护职工合法权益的最后保障。此外,根据社会法原理,工会代表诉讼权是限制性权利与限制性义务的统一。首先,作为工会代表权的重要组成部分,工会代表诉讼权既是工会的权利,也是工会的义务^①。其次,这种权利和义务是社会法意义上的权利和义务,而不是民法或行政法上的权利和义务,是一种社会权。换句话说,这种权利和义务是有限权利和义务,或有条件的权利和义务,是介乎公权力和私权利之间的一种特殊权利和义务,是有限权利和有限义务的统一^②。

二、确认工会代表诉讼权的必要性

确认工会代表诉讼权,首先是提高人权保障水平的需要、保障劳动者合法权益的需要、维护社会稳定的需要和促进经济持续发展的需要;其次,也是维护工会地位的需要、稳定和发展劳动法律师队伍问题的需要。

1. 提高人权保障水平的需要

根据自然法的原则和国际人权公约,每个雇员都应该享有加入工会并通过工会来实施“集体代表权”的权利,这是公民的基本人权之一。作为工会代表权的组成部分,工会代表诉讼权是人权的重要内容,确认和保障工会代表诉讼权,是提高人权保障水平的需要。

2. 保障劳动者权益的需要

在社会主义市场经济条件下,企业和职工之间的利益矛盾和职工在劳动关系中的弱势地位决定了工会代表权、特别是工会代表诉讼权存在的必要性。只有确认和保障工会代表诉讼权,才能发挥工会的作用,从而平衡劳资关系,切实维护劳动者的合法权益。近年来,劳动争议案件不断增多。并且,越来越

① 关于工会代表权的这一特点,有学者在总结工会权利义务的特征时进行过论述,认为工会权利义务的特征包括工会权利义务的一致性、相对性、不可转让和不可放弃性,从另外一个侧面反映了工会代表权的特点(见:常凯,张德荣,《工会法通论》[M],北京:中共中央党校出版社,1993:290-293.)。

② 公权力是权利义务的统一体(权责统一),私权利与义务完全分立,但社会权是有限权利和有限义务的统一(笔者注)。

多的劳动争议案件进入诉讼程序。实际上,这仅仅是应该进入诉讼程序的劳动争议的一部分。由于许多劳动者缺乏必要的财力,并且担心受到报复,实际上许多劳动者被迫忍受不公平待遇、特别是农民工。解决这一问题最有效的办法就是工会代表他们诉讼。

3. 维护社会稳定与和谐的需要

没有和谐的劳动关系,就没有社会稳定与和谐。维护和实现公平和正义是构建社会主义和谐社会的主要环节,只有切实维护和实现社会公平和正义,人们的心情才能舒畅,各方面的社会关系才能协调,人们的积极性、主动性、创造性才能发挥出来。工会通过行使工会代表诉讼权,理性地维护广大职工的合法权益,可以避免矛盾激化,维持劳资合作关系,从而有利于社会稳定与和谐。“在现代市场制度和民主制度下,工会可以充当一种弥合性和平衡性的社会力量。”^[4]因此,解决工会代表诉讼权问题也是维护社会稳定与和谐的需要。

目前,劳资矛盾不断加剧,如果不及时解决,社会动乱将不可避免。而解决劳资矛盾的关键是保证维护劳动者合法权益得到有效保护、企业侵权行为得到及时制止,包括劳动行政管理部门加强执法和职工诉讼权利得到有效实现。然而,由于诉讼费用的限制,目前劳动者的诉讼权利难以保障;有限的法律援助无异于杯水车薪,无法解决问题。因此,工人的诉讼权利目前只是法律上的权利,严格说来不属于实际权利。长此下去,矛盾必然激化。如果矛盾在体制内得不到解决,工人必然寻求体制外的解决途径。关于这一点,工人运动的历史就是充分的说明。发达国家的工人运动通过不断的抗争,以集体谈判权、罢工权、诉讼权等形式立法,使矛盾在体制内得到解决,而许多发展中国家由于法律禁止工人的抗争,堵塞了体制内解决矛盾的可能性,导致工人寻求体制外解决办法——武装斗争。我国现代工人运动史也充分证明了这一点。由于工人利益在体制内得不到保障,其合理诉求在体制内得不到表达,最后不得不采取暴力反抗的形式解决问题。由此可见,工人的利益需要体制内的保护办法,工人的诉求需要有体制内的表达方式,劳资矛盾需要体制内的解决途径。目前,现实可行的方法就是保障工人的诉讼权利得到有效实现,而达到这一目标的最佳途径之一就是在法律上赋予工会组织代表职工诉讼权。

4. 促进经济持续发展的需要

如果没有工会,长期缺乏利益表达和权益维护的渠道和载体,职工在权益受到侵害时不能借助于组织力量协调解决,那么将会大大影响这一部分职工群众的生产积极性和队伍的稳定性。长远来看,

企业发展就难免缺乏充裕的劳动力资源,缺乏企业发展最起码的生产要素的支撑。而有了工会组织,如果不能充分发挥其职能作用,同样不可能成为实现劳资双方公正平等和谐关系的平台。事实上,如果缺乏工会组织的依法维权,缺乏工会在劳资双方的监督制约和调节的作用,如果放任企业长期漠视职工群众的利益保障,就不仅会损害公正的企业信誉和良好社会形象,而且最终会被劳动者所抛弃。一些地方目前出现的“民工荒”、“招工难”,从深层次分析,除了结构性的技工荒,还与长达10多年工薪水平未见增长,职工权利长期受到漠视有直接的关系^[5]。可见,工会充分行使代表权、切实维护职工合法权益,对于经济发展也是有利的。因此,作为代表权的重要内容、维护职工合法权益的最后保障,工会代表诉讼权的充分行使和切实保障,有利于企业利益从而促进经济持续发展。

5. 维护工会地位的需要

目前,解决工会代表诉讼权不仅是保持工会地位的可行措施,而且是最有效措施。一般来说,工会的作用体现在6个方面:①集体谈判权;②罢工权;③民主管理权;④监督权;⑤代表仲裁权和代表诉讼权;⑥立法权。但集体谈判和罢工权联系在一起,罢工权是实现集体谈判的必要手段,没有罢工权,集体谈判必然流于形式。但目前我国法律没有对罢工权作出规定,近期也不可能、也不应该作出规定。从可能性来讲,传统观念强调稳定。尽管从理论上讲,罢工权的解决有利于社会稳定,它使矛盾及时解决、避免矛盾激化,以小的代价解决矛盾。但观念的转变需要时间和理论准备,否则得不到支持。从合理性来讲,目前劳资关系严重对立,需要逐步缓和。否则,一旦暴发,有可能导致社会动乱。从劳动法的历史发展过程来看,也是先有劳动基准法,后有工会法及其相关的集体谈判权和罢工权。我国目前劳动基准问题还基本没有得到解决,讨论集体谈判是奢侈的、也是不现实的(即使通过立法,执法问题也无法解决)。比如,拖欠农民工工资问题,国务院承诺3年解决。关于民主管理权和监督权,由于制度设计本身存在问题,没有多少实际意义,也得不到职工认同,因此也就不能体现工会的代表性。关于立法权问题,尽管工会组织在保护职工利益方面做了大量工作,立法层面上对职工利益保护很多,但由于缺乏落实、职工没有得到实际利益,并且职工更关心工会在日常生活和具体问题上的代表性(职工对工会在立法层面上的代表性并不关心——立法上的代表性离他们太遥远)。

由于集体协商流于形式、集体合同基本上是重

复法律法规条文,而罢工无权进行,工会目前从事的维护劳动者权益的工作实际上只有福利分配(少量的法律援助只具有象征性、呼吁和宣传不能解决实际问题)。但会费只有一部分转化成福利,这种福利分配方式对工人来说是不利的,所以部分外资企业采用的俱乐部等方式更受工人欢迎,因为他们得到更多实惠。当然,我国工会有参与立法权,但立法权离普通劳动者太远。长此以往,工人将不可避免地会“另起炉灶”,参加“俱乐部”或组织“自由工会”而拒绝参加统一工会。因此,工会组织需要为工人提供新的服务,否则,工会组织的地位将受到挑战。而目前可行的服务,只有代表工人仲裁和诉讼,这在目前工会法框架下也是可以做到的。可以说,解决工会组织代表工人诉讼问题是目前维护工会组织地位的最重要选择。

6. 稳定和发展劳动法律队伍问题的需要

解决工会代表诉讼权问题,也是解决劳动法律队伍问题的重要手段。目前,由于代表劳动者诉讼无利可图,律师一般不愿从事劳动法业务。解决这一问题的根本办法是赋予工会代表劳动者诉讼的权利,从而保障劳动法律师的收入。

三、确认工会代表诉讼权的可行性

关于确认工会代表诉讼权的可行性,主要表现在,工会代表诉讼权立法国外已经有先例,许多国家的劳动立法已经确认了工会代表诉讼权,我国目前的法律法规不仅留有余地、而且已经为明确工会代表诉讼权开辟了道路。另外,工会有足够的经费支付诉讼费用,实践中,各地工会免费代理职工诉讼的活动,也为工会代表诉讼积累了丰富的经验。

1. 国外工会代表诉讼权的实践

工会代表诉讼权问题不仅是个理论存在,也是个现实存在,已经为许多国家劳动立法的实践所认可。德国和瑞典是典型代表。

(1) 德国工会的代表诉讼权

德国地方劳动法院受理的劳资纠纷案件,初审诉讼的当事人可以请律师或指定其他人出庭代理诉讼,也可以亲自出庭诉讼(案件到了州劳动法院的上诉审和联邦劳动法院的复审阶段,当事人必须聘请作为诉讼全权代表的律师或者工会或雇主协会的代表出庭代理诉讼);代理诉讼的代理人须有诉讼代理资格,即必须是律师或者工会或雇主协会的法律顾问。实践中,在雇员参加了工会的情况下,大部分雇员都是请工会的法律顾问代理诉讼。根据《劳动法

院法》第十一条规定,工会可以代理会员诉讼,代替出庭(联邦法院的复审除外)。工会为会员提供法律咨询和代理诉讼均是免费服务,代理诉讼时会员如果败诉,工会还为会员承担败诉的费用⁶¹。

(2) 瑞典的代表诉讼权

瑞典劳动法规定,工会有权代表工会会员提起诉讼,个别劳动争议也必须由工会代表劳动者诉讼,否则劳动法院不予受理(瑞典劳动法院的原告必须是工会,不能是个人,由工会代表自己的会员提起诉讼)。工会是否代理会员由工会的法律顾问进行评估,如果觉得能胜诉则去。工会如果起诉,自己承担诉讼费用,靠会费解决。有时候工会并不支持自己的会员,此时,即使是工会会员也只能去地区普通法院。在地区法院作出判决之后,可以就判决上诉到劳动法院。工会不支持会员的情况下,会员可以告工会失职,工会要证明不支持其的原因是合理的,一般是通过仲裁来解决的。因为这是涉及工会及其会员的内部纠纷,在内部章程中就规定好了。由于对一个工会不满意可以去另一个工会,所以工会会努力兑现自己的承诺;由于工会章程中规定了仲裁条款,所以会员起诉工会很困难。

2. 我国现行法律法规规定

我国目前的法律法规不仅留有余地、而且已经为明确工会代表诉讼权开辟了道路。一是《工会法》二是司法解释。

(1) 工会法规定

现行《工会法》关于工会诉讼权利的规定有四处,其中第二十条规定:“企业违反集体合同,侵犯职工劳动权益的,工会可以依法要求企业承担责任;因履行集体合同发生争议,经协商不能解决的,工会可以向劳动争议仲裁机构提请仲裁,仲裁机构不予受理或者对仲裁裁决不服的,可以向人民法院提起诉讼。”这一条规定,明确了工会在集体争议中的代表诉讼权。第二十一条规定:“职工认为企业侵犯其劳动权益而申请劳动争议仲裁或者向人民法院提起诉讼的,工会应当给予支持和帮助。”这一条规定,暗含着工会应资助劳动者诉讼、亦可代理劳动者诉讼。这就是说,当劳动者权利受到侵犯时,工会应出面帮助劳动者诉讼。第四十九条规定:“工会对违反本法规定侵犯其合法权益的,有权提请人民政府或者有关部门予以处理,或者向人民法院提起诉讼。”第五十四条规定:“违反本法第四十六条规定,侵占工会经费和财产拒不返还的,工会可以向人民法院提起诉讼,要求返还,并赔偿损失。”⁶¹这两条都涉及两种

⁶¹ 《工会法》第四十六条规定:“工会的财产、经费和国家拨给工会使用的不动产,任何组织和个人不得侵占、挪用和任意调拨。”

诉讼,即民事诉讼和行政诉讼。当侵权行为人是国家机关时,工会可以提起行政诉讼;当侵权行为人不是国家机关时,工会可以提起民事诉讼。

(2) 司法解释规定

最高人民法院关于在民事审判工作中适用《中华人民共和国工会法》若干问题的解释^①规定,人民法院审理涉及工会组织的有关案件时,应当认定依照工会法建立的工会组织的社团法人资格。具有法人资格的工会组织依法独立享有民事权利,承担民事义务。建立工会的企业、事业单位、机关与所建工会以及工会投资兴办的企业,根据法律和司法解释的规定,应当分别承担各自的民事责任。

3. 诉讼费用与实践经验

除了现行法律法规为工会代表诉讼奠定了基础之外,从诉讼费用和实践经验的角度,明确工会代表诉讼权也是可行的。首先,工会会费是职工工资总额的2%,有足够的经费来源,可以保证诉讼活动的顺利进行。其次,目前多数地方工会都在以法律援助的形式从事着免费代理诉讼工作,已经积累了丰富的经验。据《工人日报》报道,从2000年初开始,义乌市总工会大胆探索,初步建立起以工资协商、组织调解、参与仲裁、诉讼代理为基本手段的维权新机制^[7]。义乌经验突出表现在构建法律援助机制和诉讼机制——为工会法律援助争取最大的政策空间和资金、人才等方面的支持,并且挑选一批专门的劳动争议诉讼代理人,对他们进行有针对性的培训、培养^[7]。除了义乌市总工会,许多地方工会也在以法律援助的形式,免费代理职工诉讼。例如,上海市总工会每年免费代理职工诉讼数百起。

总之,工会代表诉讼权问题不仅有外国先例和本国立法依据,而且有经验基础和经费保证,目前完全可以通过法律修改或司法解释等途径解决。

四、关于确认工会代表诉讼权的几点建议

关于工会代表诉讼权问题,长远来看,应该在集体劳动关系立法(《工会法》或专门的《集体劳动关系法》)和劳动争议处理立法中作出规定,即制定《集体劳动关系法》或修改《工会法》和制定《劳动争议处理法》以《劳动争议处理法》取代目前的《劳动争议调解仲裁法》时作出规定。目前,则可以通过司法解释和部门规章加以解决。

1. 关于最高法院司法解释的建议

建议最高法院作出如下司法解释:根据工会法第二条和民事诉讼法的有关规定,工会有代表劳动

者参加劳动争议诉讼的权利和义务。工会代表职工参加诉讼的,人民法院应当受理;基层工会拒绝代表职工参加诉讼的,上级工会有权直接代表职工参加诉讼,人民法院应准许其作为原告或被告参加诉讼。

2. 关于中华全国总工会与人力资源和社会保障部联合发布规范性文件的建议

建议中华全国总工会与人力资源和社会保障部联合发布如下规定:劳动者请求工会代表诉讼的,基层工会应该进行审查,如果要求合理,基层工会有权利和义务代表职工参加诉讼。基层工会拒绝履行诉讼义务的,劳动者可以向上级工会申诉;上级工会认为要求合理的,有权责令基层工会履行义务,或直接代表职工诉讼,诉讼费用由基层工会承担。上级工会和各级劳动行政部门,应就工会代表职工诉讼问题进行检查,对拒绝履行诉讼义务的基层工会作出处理处罚。

参考文献:

- [1] 秦前红,张萍.浅析社会契约思想与宪政[J].湖北大学学报,2004(1):70-76.
- [2] 麦克尼尔.新社会契约论[M].雷喜宁,潘勤,译.北京:中国政法大学出版社,2004:4.
- [3] 董保华,郑少华.社会法:对第三法域的探索[J].华东政法学院学报,1999(1):30-37.
- [4] 邓聿文.构筑和谐社会需要发挥工会的力量[N].学习时报,2004-12-13.
- [5] 刘效仁.工会建设也是投资环境[N].工人日报,2004-09-03.
- [6] 周贤奇.德国劳动、社会保障制度及有关争议案件的处理[J].中外法学,1998(4):108-117.
- [7] 浙江省义乌市总工会创建维权新机制的实践[N].工人日报,2005-01-19.



① 2003年1月9日由最高人民法院审判委员会第1263次会议通过,2003年7月9日起施行。