[劳动法律研究]

通过裁决的社会控制：《工会法》第 50—56 条不当劳动行为行政救济机制的法律续造 *

徐志强 [1,2]

（1. 西南政法大学　经济法学院，重庆　401120；
2. 西南政法大学　劳动社会保障法制研究中心，重庆　401120）

［摘　要］《工会法》在“法律责任”部分确立了不当劳动行为的行政救济路径，但至今未明确此路径的性质及程序展开规则，严重制约着该法的实施。此类争议在域外立法中存在着民事诉讼主导、行政裁决主导、二元机制并存三种处置模式，但基于不当劳动行为争议的不可诉性、司法救济难以满足团结权保障的时效性和预防性要求、行政救济可覆射之权责主体更为宽泛诸原因，行政裁决始终占据域外代表立法国家核心机制之地位。我国应当汲取这一立法经验，在统筹好裁决机制设计多元价值诉求基础上，从不当劳动行为行政裁决机制之基本构造、不当劳动行为型违法解雇条款与一般违法解雇条款之协调、工会工作人员不当劳动行为行政裁决救济路径之拓补三方面推进法律续造，并带动相关立法的精进表达。未来，建议制定统摄性的“劳动争议处理法”来对包括不当劳动行为争议在内的集体劳动争议之处置进行系统重整，最终形成具有中国特色的劳动争议处置体系。

［关键词］不当劳动行为；行政裁决；工会法；法律续造
［中图分类号］DF476　　［文献标识码］A　　［文章编号］1673-2375（2023）06-0035-16

一、问题的提出

我国《工会法》在 2001 年修订时专门在“法律责任”部分确立了不当劳动行为制度，就用人单位对工会或职工从事的“差别对待、支配介入、拒绝协商”三类“不当劳动行为”① 作了部分列举规定，并对不当劳动行为的救济问题作了初步的明确。2021 年新修《工会法》承继了此制度，第 50 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。”可见，我国现行不当劳动行为救济的基本路径包括行政救济与司法

* ［收稿日期］2023-07-15
［基金项目］本文系国家社会科学基金一般项目“数字社会共同富裕的劳动法促进机制研究”（项目编号：22BFX121）的阶段性研究成果。
［作者简介］徐志强（1984—），男，云南麒麟人，法学博士，西南政法大学经济法学院讲师、硕士生导师，西南政法大学劳动社会保障法制研究中心研究员，研究方向为劳动法。

① 在国际劳动立法和劳工实践中，不当劳动行为（Unfair Labor Practices）主要指雇主侵害工会或劳动者团结权（广义）的三类具体行为：一是雇主因劳动者加入、组织工会或者参与工会的正当活动而对其解雇、降薪、调职等差别对待的歧视行为（简称“差别对待行为”或“不利益待遇行为”）；二是雇主通过各种手段不当介入、影响工会的成立和人事选举，或者干预工会的正当运行而将工会控制在雇主手中的行为（简称“支配介入行为”）；三是雇主无正当理由拒绝与劳方进行实质性集体协商（谈判）的行为（简称“拒绝协商行为”）。

救济两种。司法救济机制按现有立法纳入民事诉讼处置路径，自无机制缺漏问题，但纵览后续 51 条至 56 条对于各类不当劳动行为的具体救济规则，该法至今未对行政救济路径的具体内容作出设计。行政救济的性质为何？行政救济针对的行为类型包括哪些？行政救济的程序规则如何展开？行政救济与司法救济并存设计背后所蕴含的逻辑是什么？这些问题能否得以有效化解，极大制约着该法的实施效果。

具体而言，现行《工会法》关于不当劳动行为行政救济机制的设定，尚存在四方面缺憾：一是条文规定之“由劳动行政部门责令其改正；拒不改正的，由劳动行政部门提请县级以上人民政府处理”或者“由县级以上人民政府责令改正，依法处理”，虽然性质上倾向于一种行政裁决路径，但并未建立起域外立法中普遍具有独立性、中立性、专业性、准司法性的专门裁决机构。对于行政救济程序中的管辖、时效、运转、行政救济令的内容，拒不执行救济令的处置、行政救济与司法救济的衔接等，均未作出明确说明。二是现行法律责任之“责令改正、恢复原工作，造成损失的，给予赔偿”的规定，定位为一种“恢复原状主义”。但域外立法中，对于雇主存在恶意违法行为或者拒不执行行政裁决命令时，也会兼顾“科罚主义”而设置一定的惩罚性责任内容，从而提高雇主的违法成本、抑制其违法的动机。同时，鉴于团结权对于劳动者权益实现的“枢轴性”价值，不仅设置有挽救过去之损害的停止侵害、返还财产、依法作为、公开致歉的命令，还设置有预防未来损害发生的禁止再犯的命令，这些多元性的责任内容有效实现了不当劳动行为制度“快速恢复公平均衡劳资秩序”的法益目标，我国立法对此体现得还不够充分。三是《工会法》第 53 条规定的针对不当劳动行为的违法解雇规则与《劳动合同法》48 条规定的一般性违法解雇规则，还存在同一位阶适用上的冲突。对于雇主之不利益待遇行为存在原因竞合时，如何认定此时的行为性质，立法也有待明确。四是《工会法》第 56 条只设计了针对工会工作人员不当劳动行为的内部性自律救济机制，在逻辑上遗漏了更为重要的外部性行政救济方法。

针对以上问题，笔者在另文对于不当劳动行为认定问题作出阐释基础上 [1]，拟通过本研究对我国不当劳动行为法律救济机制的设计问题作出分析，并提出法律续造之思路，以期为我国搭建起完整系统的不当劳动行为制度框架、从实质上推进集体劳动关系法治建设并提供学理上的参考。

二、不当劳动行为救济的基本路径与模式

（一）不当劳动行为救济的基本路径

1. 行政裁决

一般认为，基于团结权的“劳动基本权”地位及对劳动者权益实现的“枢轴”作用，不当劳动行为制度的法益目标重在通过对雇主侵害团结权的各类行为及时加以排除，以恢复公平均衡的劳资秩序。为此，不当劳动行为在救济方法上特别强调时效性和灵活性。同时，考虑到不当劳动行为争议具有鲜明的不可诉特征，域外代表立法国家因此设计了专门的行政裁决机制，并设立具有独立性、专业性、中立性、准司法性的行政裁决机构来专司此类纠纷的处置，如美国的国家劳动关系委员会、日本的劳动委员会等。“基于行政权而对证据和事实的认定、法律的适用、自由裁量权的行使，如果由传统的行政机构去施行的话，容易滋生诸多弊端。由多数人基于法定权限，由各自承担责任，通过多数人对此进行集体审议和作出决定的合议制，作为规避这些弊端的有效机制，便应运而生，劳动委员会制度即是其典型。”[2]89 行政裁决机制的运行类似于诉讼程序，当事人不服行政裁决结果的，还可以提起行政撤销诉讼来对行政裁决予以监督，“行政裁决 + 行政诉讼”的制度设计，兼顾了裁决机制的时效性与公平性，有效实现了对于团结权之侵害采取及时发布多元灵活救济命令以快速恢复公平均衡劳资秩序的制度目标。

2. 民事诉讼

团结权的法律实现关系中，既有工会和劳动者相对于国家的公法关系，需要国家履行尊重、保护与给付义务[①]，也有赖于在其权利实现的主阵地——作为私法关系的劳动关系中获得雇主的尊重。对于国家的侵害行为，团结权之救济可以在确认国家相应义务可诉的前提下，对其侵害行为提起行政监督、行政诉讼以及违宪审查。对于雇主的侵害行为，鉴于团结权的多数权能在私法上尚无法找到权利根据，多数国家在宪法层面也未赋予团结权的“直接第三人效力”，不当劳动行为纠纷因此不具有可诉性。但是，团结权的“直接第三人效力”在有的国家也存在立法例外，且不利益待遇行为往往同时侵害到了劳动者的契约权利，此时，此类纠纷仍可获得一定程度的可诉性，在部分国家可向法院寻求民事诉讼救济。

（二）不当劳动行为救济的基本模式

1. 民事诉讼主导模式

德国《基本法》第 9 条第 3 款规定：“结社权利之目的在于保障和改善工作条件。各行各业中，每人的经济条件得予以保障。限制或导致妨碍行使此项权利的种种协议均属无效，据此协议而采取的措施均属违法。”此规定被看作德国在宪法层面确认了团结权的“直接第三人效力”，劳动者、工会与雇主之间的权利义务关系可受这一宪法基本权的直接约束，就雇主侵害劳动者或工会团结权的行为，可在民事诉讼中直接援引此条作为裁判根据。因此，德国并未建立行政裁决机制而是通过民事诉讼来处置此类纠纷。需要强调的是，德国并不承认“拒绝协商行为”的不法性，而认为集体协商属于当事人意思自治的范畴，且工会完全可以通过正当的集体行动来矫正雇主的这种行为，因此法律并未规定劳资双方尤其是雇主一方的强制协商义务。但是，在特定情况下，如果劳动者通过与雇主签订团体协约的方式，事先对雇主回应协商的义务做了约定，此时雇主的拒绝行为就是违法的，劳动法院则可以受理并审理[3]128-134。

2. 行政裁决主导模式

由于美国宪法并未对团结权作出直接规定，加之宪法的“贸易立法”理念和保障财产权、契约自由的基本精神，使得雇主与劳动者间的私权关系上，很难强制劳资双方开展集体协商。美国《国家劳资关系法》虽然明确了不当劳动行为，但相关立法并未在私权关系下赋予劳动者或雇主寻求民事诉讼救济的权利依据，“美国至今尚未达到确立直接使用私人间法律效力之理论地步”[4]198。该法虽然规定，与不当劳动行为救济相关的工会滥用罢工权而对雇主造成损失时雇主可以寻求司法救济[5]，但其本属民事侵权关系的范畴。除此之外，美国不当劳动行为的民事诉讼救济路径并不畅通，只确立了行政裁决单一救济的模式。

3. 行政裁决与民事诉讼并存模式

日本《宪法》第 28 条规定：“劳动者的结社权、集体谈判权和集体行动权受本法保障。”在日本部分司法裁判中，此一规定也被解释为不仅调整国家与私人间的公法关系，也调整雇主与劳动者间的私法关系，即认为日本具有类似德国的团结权的“直接第三人效力”。不过，目前日本的主流观点只承认此条规定可构成日本《民法》第 90 条规定的“公序良俗”范畴，雇主与劳动者或工会之间的关系可以援引“公序良俗”条款来予以适用，并不承认 28 条之“间接第三人效力”[6]。据此，日本不当劳动行为的救济设计了行政救济与司法救济并行的模式。需要指出的是，由于团结权的具体权能在很大程度上并不能获得“私权利”的肯认，日本虽然规定了民事诉讼救济，但救济的对象一般限于解雇、变更、工资返还等劳动契约权利的事项。对于雇主拒绝协商的行为能否通过民事诉讼而要求雇主应诺工会方的协商要约，学界还存有重大争论，有的认为集体协商权可作为私法上的请求权而获得法律的保障，有的则认为其不属于私法权利。有的认为由于协商义

① 一般认为，宪法权利的国家保障义务包括三个层次：尊重、保护和给付。

务的内容并不特定，“雇主给付义务的内容会受到劳方态度及其他具体状况的影响，而具有相对流动的性格”[7]，因此协商义务难以得到实际履行。还有的观点认为，由于协商主体和协商事项一般是特定的，故“要求其应诺集体谈判的临时处分应予否定，但请求确认雇主应诺集体谈判地位的临时处分应予肯定”[8]，即可以向法院请求确认自身具有协商的主体地位，并以此作为被保全的权利，向法院申请假处分，在争议得到最终解决之前，维持工会或劳动者的集体协商主体地位或资格。至于将《劳动组合法》第 7 条规定之不当劳动行为解释为属于对《宪法》第 28 条加以落实的强制性禁止规范，而可以依此主张侵权损害并要求民事赔偿的观点，理论和实务界也还存在迥异认识。

（三）行政裁决何以成为主导性救济机制？

以上 3 种模式，德国模式属于立法例外，从美日等不当劳动行为制度代表立法国家看，行政裁决机制始终占据着其救济体系中的绝对主导地位，这一态势的生成，主要基于如下方面。

第一，不当劳动行为纠纷具有鲜明的不可诉性。首先，为了避免随意扩充宪法基本权的效力而冲击民事法律体系，除德国外，多数国家对宪法权利的“直接第三人效力”持否定态度。日本《宪法》第 28 条“直接第三人效力”的规定，一直饱受学界的诟病。其次，团结权的私权属性或者在私法上的权利根据还存在不足，理论上还普遍存在争议。至为关键的是，立法上对于民事诉讼的受案范围限定为平等主体间的“人身权利”和“财产权利”，而劳动争议诉讼的受案范围一般又难以涵摄不当劳动行为争议，此类纠纷因此难以进入民事诉讼、行政诉讼和传统劳动争议的救济渠道。再次，雇主应否履行回应集体协商要约的义务，会受到劳方态度及其他具体状况的影响，且工会的协商权利包含着要求做到“诚实”“诚意”等不明确的主观要素，其权利内容本身不够具体，此时雇主履行协商义务的内容自然无法确定，故难以履行[7]142。对于支配介入行为，因构成不当劳动行为同时需要工会或劳动者正确行使其团结权，且此类行为的构成会随集体劳资关系的实际运行而变动，要求雇主履行相关义务时在给付内容上也较难确定。对于不利益待遇行为，虽然在违法解雇、违法变更等方面可以在劳动契约上找到私权根据，但对于在工会活动上、雇员私生活上以及雇员精神上的差别对待行为，其权利根据的确定依然存在一定的争议。相较而言，行政裁决救济并不存在上述困扰。

第二，司法救济无法满足团结权保障的时效性要求。基于团结权的生存权属性及对劳动者权益实现的枢轴性地位，需要具有针对性地适时发布诸如立即停止、马上执行等救济内容。公正在法律中的第二意义是指效率[9]，延误正义就是抹杀正义，这决定了行政裁决机制建立的必要性。司法救济在程序设计展开上的严苛性、复杂性，制约了团结权保障的时效性要求。

第三，司法救济不具有预防未来损害之功能。不当劳动行为制度旨在通过快速修复受损之团结权以恢复公平均衡的劳资秩序，这一目标的实现，不仅需要对既往损害的矫正，也需要对未来损害的预防。诉讼机制对影响劳资关系未来的走向的侵害行为，在救济效果上一般是无力的，通过司法救济来达到公平的劳资关系秩序的目标也是困难的[10]。在行政救济中，只要有团结权受侵害的现实危险，权利人就可以提请行政机构介入，并以多元灵活的裁决命令予以矫正和预防。就救济令的内容而言，既可以设置面向过去的挽救型作为或不作为义务，也可以设置面向未来的预防型不作为义务。

第四，行政裁决相较于民事诉讼，其可覆射的权责主体更为宽泛、充分。基于合同的相对性，民事诉讼机制下的权责主体只限于劳动契约的当事人双方，且在内涵解释上较为严格。行政裁决机制秉持快速恢复劳资秩序的宗旨，其权责主体则可作宽泛的解释，凡属于侵害团结权的“有关主体”，都可以被行政裁决机制所追责；凡属于通过集体协商制度来改善劳动条件的“有关主体”，都可以获得该机制的保障。

第五，二元救济机制并行易造成“同案异判”结果。将不利益待遇行为依照两种法律关系并行交由不同处置机构去处置，本身易造成“同案异判”的结果。而且，此种行为虽然形式上构成对劳动者契约权利的侵害，但实质上也属于一种对于工会团结权的支配介入行为，既妨害劳动者的个别团结权也侵蚀到了工会组织的集体团结权。“主张承认司法救济可能的想法，会使得原本不适合于司法上价值判断的不当劳动行为事件的处理，招致法院对于劳资关系的过度介入，而产生劳动委员会与法院之间机能的重复与混乱。”[11]

综上可见，行政裁决机制的生成，乃是为了“替代司法，补足司法在现时制度下的不足与限制”[12]，域外国家对于不当劳动行为的民事诉讼救济范围，一般只限于因具有劳动契约权利基础的不利益待遇行为。鉴于不当劳动行为民事诉讼救济与一般民事诉讼程序保持一致，下文将只聚焦于行政裁决这一核心机制的讨论。

三、域外不当劳动行为行政裁决机制的比较与借鉴

（一）美日代表立法国家不当劳动行为行政裁决机制之运作

1. 美国不当劳动行为行政裁决机制之运作

美国不当劳动行为的救济采取行政裁决专属管辖制，并辅之以行政撤销诉讼来予以监督，法院不能直接获得管辖和审理的权限。美国行政裁决的机构是为实施《国家劳资关系法》而设立的全国劳动关系委员会（National Labor Relations Board，以下简称“NLRB”），其由五人委员会和主任检察官办公室构成。前者负责不当劳动行为争议案件的审理和裁决，性质上属于准司法部门。后者负责不当劳动行为争议案件的调查和追诉，性质上属于准检察部门。五人委员会由法务室、咨议部门以及行政法官等组成，行政法官是 NLRB 专门聘任的具有审理不当劳动行为案件资格的法官，具有完全的审判权。主任检察官办公室下设有咨议部门、行政部门以及地区办公室等。

NLRB 具有如下典型特征：一是独立性。这体现在其权利不受美国总统的监督或干预，具有一定的准司法和准立法权限，裁决机制的运行参照刑事诉讼的程序推进等。二是中央集权式构造。美国在华盛顿设置统一性的裁决机构，在全国设置 51 个地区办公室作为其派出机构，而非独立的裁决单位。三是中立性。五人制委员会与主任检察官办公室分掌检察权与审判权，形成了裁决上的权力制衡和监督关系，五人委员会的成员一般由社会公正人士担任。四是专业性。五人制委员会与主任检察官办公室及其下设的幕僚都具有律师资格，且熟悉劳动事务。

美国不当劳动行为行政裁决程序按如下步骤推进。（1）申请。不当劳动行为发生后，雇主、雇员、工会任何一方均可以向不当劳动行为发生地的地区办公室提出救济申请，NLRB 不得主动开启救济程序。申请时效为不当劳动行为发生起的 6 个月内，性质属除斥期间。当事人申请后，整个程序转由 NLRB 依职权主导。（2）调查。地区办公室收到指控后，地区主任会指派地区检察员进行调查，目的在于确认管辖是否妥当、是否存在不当劳动行为的事实、是否在救济时效内等。（3）撤诉或提起控诉。根据调查情况，如果未能发现不当劳动行为的事实或者相关的证据不充分，地区主任会劝告申请人撤回控诉，当事人不撤回的，地区办公室可以驳回申请。此时，申请人还可以进一步向主任检察官提起上诉。如果调查发现确有不当劳动行为发生，地区办公室首先会促使双方当事人进行和解，不能和解时主任检察官会向五人委员会提起正式的控诉，委员会则会派遣行政法官赴该地区办公室就地进行审理。（4）听证。听证中主任检察官为原告，被控诉人成为本案的被告，其需要在受到控诉之日起 10 天内提出答辩意见。最初提出申请或申诉的主体一般不参加诉讼，只负责提供证据。（5）裁决及执行。行政法官在听证会的基础上作出裁决，裁决的内容主要涉及案件事实的认定、法律的适用以及裁决命令的确定。当事人在裁决决定作出后 28 天内未提出异议的，该决定自动成为 NLRB 的裁决意见。提出异议的，案件将被移送到华盛顿

劳动关系委员会进行审查。经审查，若劳动关系委员会采纳了行政法官的意见，认定不当劳动行为成立，就会发出相应的救济命令，若认为不构成不当劳动行为，则对控诉予以驳回。如果存在修正的可能性，劳动关系委员会也会作出变更的决定。基于不当劳动行为制度重在恢复公平均衡劳资秩序，救济令的内容不得具有惩罚性（Punitive），必须是救济性的（Remedial）[13]334。另外，虽然 NLRB 的裁决决定作出后即生效，但其性质上只属于一个“建议性的命令”（Recommended Order）[14]，NLRB 本身没有强制执行的权利，当事人不遵守时，劳动关系委员会必须向联邦上诉法院申请法院的判决支持，通过法院来赋予裁决强制执行力①。（6）司法审查。当事人对于 NLRB 的裁定不服，可以向上诉法院提起行政撤销诉讼以求修正或废止国家劳动委员会的裁决②。

2. 日本不当劳动行为行政裁决机制之运作

日本处理不当劳动行为争议的行政裁决机构是劳动委员会。日本劳动委员会的设置区别于美国的中央集权制而设置为二级，在东京设置中央劳动委员会，在地方按行政区划设置都道府县劳动委员会③。中央劳动委员会主要处理跨行政区域的不当劳动行为争议案件和对该类争议进行复审。都道府县劳动委员会则管辖各自行政区域内的不当劳动行为争议。劳动委员会由“公使劳”三方人员等额组成，政府官员不得成为委员会成员。劳方委员由工会组织推荐确定，公益委员则由大学教师、有过担任法官经历的人士和律师等组成，且需要经过劳使双方的同意。

日本劳动委员会具有如下典型特点：一是独立性。虽然设置于政府部门，且任命权被政府领导主导，但从委员会的三方性、委员的推选规则以及组织经费的保障层面看，其在具体行使职能时，并不会受到其他行政机关干扰。二是准司法性。虽然其属于行政机构，但行政裁决的程序运作与民事诉讼非常相似，且裁决本身具有强制执行力。三是三方性与合议制。其由代表社会公共利益、雇佣方利益和劳动者利益的三方主体等额组成，并遵循合议制以确定裁决内容。四是两级结构。在央地分别设置劳动委员会，二者为上下级关系。根据地方分权原则，地方劳动委员会只处置各自管辖和职能范围内的不当劳动行为案件[2]89-90。

日本不当劳动行为行政裁决程序依如下步骤展开：（1）申请。工会或者劳动者可以向劳资双方住所地、主要营业所在地以及不当劳动行为发生地的劳动委员会提出救济申请。在全国范围内具有重大影响力的争议案件，由中央劳动委员会直接管辖。申请救济的时效为 1 年④。（2）调查。劳动委员会收到申请后，委员会主任从公益委员中指定一人担任调查负责人，同时从劳资双方委员中各选出一人参与调查。调查是审问的准备行为，目的在于确认当事人双方的主张以及是否存在不当劳动行为事实，并整理当事人所提出的证据。（3）审问。如果调查发现存在申请书不具备法定要件且未予补正，工会不具有正当的资质，超过救济时效，申请的对象明显不属于不当劳动行为，申请请求不具有实现性，申请人死亡、失踪且没有继承人或者继承人未于特定期限提出申请等情形之一，裁决委员会会作出不予受理的决定，反之则予以受理，并进入审问程序[15]。审问一般参照民事诉讼程序进行，其目的在于对不当劳动行为案件的事实，法律适用进行充分质证、辩论。（4）合议。审问结束后，劳动委员会认为事实、法律问题已经清楚的，可以组织合议。合议的主要内容在于就构成不当劳动行为的法律事实、法律适用以及救济令的内容进行明确。劳资双方委员不具有审问或合议的权利，公益委员组织合议时，应当听取劳资双方委员的意见。（5）裁决。合议认为构成不当劳动行为的，劳动委员会会依申请人所提的请求作出给予全部或者部分

① 参见：National Labor Relations Act § 10(e), 29 U.S.C. Sec.10.[§ 160.](e)(2006).

② 参见：National Labor Relations Act § 10(f), 29 U.S.C. Sec.10.[§ 160.](f)(2006).

③ 参见：日本《劳动组合法》第 19 条之 1。

④ 此救济时效是否属于除斥期间，日本学界还有争议。参见：彭靖芳 . 日本企业人事考核与不当劳动行为不利益待遇之研究 [D]. 台北 : 台北大学 , 2012: 95-96.

救济的决定。行政裁决机构的裁决命令，应当明确、合法、具有可行性，尤其应当是必要且相当的措施，具体应从雇主行为之性质、态样、劳工及工会受影响之大小、系争案件中集体劳动关系后续之推移，以及今后可能发展等诸般情事进行综合之判断及评价[16]41。委员会的裁决命令包括恢复原职、支付解雇期间工资、矫正差别待遇、停止不当劳动行为、禁止从事不当劳动行为、公告致歉等多种形式，劳动委员会的裁决决定从交付当事人起即生效①。如果认为不构成不当劳动行为，则作出驳回申请的决定。劳资双方达成以支付一定的金钱、或者其他替代物为给付内容的和解协议的，劳动委员会可以制作“和解调解书”，该调解书生效时具有强制执行效力②。（6）复审。当事人收到都道府县劳动委员会裁决决定后，可以在 15 日内向中央劳动委员会申请复审，复审程序与初审相同，中央劳动委员会可以仅依初审记录及再审申请等文件不经审问而直接发布命令，针对地方劳动委员会的命令，可以发布取消、承认、变更的命令。应当注意的是，中央劳动委员会的复审范围限于当事人初审请求范围内之不服部分，而且在委复审期间，初审决定的效力并不停止，除非中央劳动委员会决定取消或变更该决定③。中央劳动委员会支持初审决定的，劳资双方不得再申请复审④。（7）司法审查。对于都道府县劳动委员会作出的不予受理决定、受理后作出的裁决决定、或者经过中央劳动委员会复审后所形成的决定，劳动者或工会可以在 3 个月内，雇主可以在 30 日内向行政法院提起行政诉讼以撤销该决定⑤。法院在审查中，对于委员会所作出的事实认定、不当劳动行为的构成以及救济令的合法性都有审查的权限。法院审查后认为不当而判决撤销的，应当返还劳动委员会进行重审。

（二）美日不当劳动行为行政裁决机制之比较

1. 相同之处

一是行政裁决机构的性质类似。基于行政裁决机制的比较优势，两国都设立了具有独立性、专业性、中立性和准司法性的行政裁决机构，通过灵活发布多元裁决命令，达到及时公正处理不当劳动行为争议、恢复公平均衡劳资秩序的目标。

二是都设置了类似诉讼的裁决程序。相对而言，美国行政裁决机制的运行类似于刑事诉讼，日本则近似于民事诉讼。两国裁决程序的展开、证据的提供、事实的辩论、和解制度的适用，总体上都与一般诉讼程序相似。

三是司法复审期间救济令的效力维持性相似。为了保证救济的时效性，美日两国行政裁决决定在司法复审期间并不失效，除非被法院撤销或者变更。

四是都设置有保全措施。美国在行政裁决机制中增加了“初步禁令”的保全制度，地区主任可以在行政裁决决定作出前，依照《国家劳资关系法》第 10 条（i）款和第 10 条（j）款在调查和控诉阶段向法院申请禁令，要求侵权主体停止或禁止从事相关的不当劳动行为[17]255。在日本，雇主对劳动委员会的裁决命令提起行政撤销诉讼之时，法院可以根据劳动委员会的申请向雇主发出“紧急命令”，以在自身作出判决之前要求当事人全部或部分执行劳动委员会的裁定⑥。

五是救济令的内容相似。美日两国都赋予裁决机构以任意裁决权，只要以促进公平均衡的劳资秩序为目标，都可根据案件的情况灵活发布多元、弹性的救济命令。总体可以归纳为两类：一是针对不当劳动行为之过去而作出的“恢复原状型”命令，比如停止侵害行为、复职、不当解雇

① 参见：日本《劳动组合法》第 27 条之 12。

② 参见：日本《劳动组合法》第 27 条之 14。

③ 参见：日本《劳动组合法》第 27 条之 15。

④ 参见：日本《劳动组合法》第 27 条之 16。

⑤ 参见：日本《劳动组合法》第 27 条之 19。

⑥ 参见：日本《劳动组合法》第 27 条之 20。

工资的恢复、惩戒处分的撤回、积极开展协商、为集体协商提供相应必要资料等；二是针对不当劳动行为之将来而设置的“防止再犯型”命令，比如禁止将来无正当理由拒绝协商、禁止干预工会、要求雇主提示公告来注意或保证不再发生类似行为等 [3]109。

六是责任模式类似。美国行政裁决命令没有设置惩罚性的责任内容，这是联邦最高法院于 1938 年 Edison Co.v. NLRB 一案中确立的基本原则 [18]1679，只有在法院赋予其强制执行力而当事人不履行时，才会构成藐视法庭罪而受到处罚。1949 年的日本《工会法》将行政裁决责任模式从原来的“科罚主义”改为了“恢复原状主义”，但并未完全废除科罚主义，即劳动委员会的裁决命令本身没有惩罚性内容，但雇主不遵守裁决命令时，则要承受惩罚性责任。两国实际上都采取“恢复原状主义”为主、“间接的科罚主义”为辅的责任模式。

2. 相异之处

一是救济模式不同。美国行政裁决机制对不当劳动行为具有专属管辖权，形成单一救济模式。日本对不当劳动行为则形成行政裁决与民事诉讼并行救济的模式，“如此司法救济与行政救济并存的双轨制救济制度，可以说是日本不当劳动行为制度最大的特征”[19]。不过，日本民事诉讼救济在范围和效果上都具有有限性，总体上仍以行政裁决为主轴。

二是救济机构的构造不同。美国为中央集权式构造，日本则为为央地两级制构造。美国国家劳动关系委员会由熟悉劳动事务的社会公正人士组成，日本劳动委员则由“公使劳”三方等额组成，其中公益委员主导整个裁决过程。

三是裁决程序的启动不同。因美国设计了劳资双方的不当劳动行为，故其救济主体为工会、劳动者、雇主，救济时效为行为发生日起 90 天内。日本只设计了雇主一方的不当劳动行为，其救济主体为工会或劳动者，救济时效为行为发生日起 1 年内。

四是裁决程序的运行模式不同。美国裁决程序按照“申请→调查→撤诉或控诉→听证→裁决→上诉至五人委员会→申请强制执行→司法审查”的步骤推进。日本裁决程序则按照“申请→调查→审问→合议→裁决→中央劳动委员会复审→司法审查”的步骤推进。美国在三权分立理念下设计了类似刑事诉讼的程序运行模式，且基本采取职权主义，当事人申请救济后由 NLRB 主导程序的运行。日本行政裁决的程序运行类似民事诉讼，总体采取当事人主义，当事人申请救济后可以参与质证、辩论、和解等。相对而言，美国行政裁决机构的职权干预较为突出。

五是行政裁决的强制执行力不同。NLRB 的裁决作出后即生效，但不具有强制执行力。当事人对 NLRB 的裁决提起司法复审且法院最终作出支持该命令判决后，该裁决仍不具有强制执行效力，而必须再向联邦上诉法院申请将该裁决转化为法院的判决后方可。而日本劳动委员会作出裁决并交付当事人时生效，当事人向中央劳动委员会提出复审或者司法审查并获支持时，该裁决即具有强制执行力。

（三）美日经验对我国不当劳动行为行政裁决机制完善之镜鉴

第一，应以行政裁决作为处置不当劳动行为争议的主导方式。基于不当劳动行为争议的不可诉性，司法救济无法满足团结权保障的时效性和预防性要求，行政裁决机制能以灵活、多元的救济命令充分实现对于公平均衡劳资秩序的维护以及可覆射的权责主体更宽泛等原因，宜将我国现行立法所设定之行政处置路径明晰为行政裁决，并确立为主导性的救济方法。尽管雇主不利益待遇行为同时也构成一种“支配介入行为”，且同时赋予当事人通过诉讼救济易造成“同案异判”的结果，但从保障当事人的诉权、尊重司法最终原则，并兼顾我国救济机制时效性的角度，应当赋予当事人就不利益待遇行为自主选择采取行政裁决或者民事诉讼救济的权利，即此类纠纷应采取“或裁或诉”模式，而支配介入行为和拒绝协商行为则只允许当事人通过行政裁决机制加以救济。

第二，裁决程序设计要兼顾公正性与时效性。考察发现，美日两国裁决机制尤其重视公正性

与时效性的兼顾，并以此达成快捷恢复公平均衡劳资秩序的制度目标。例如，裁决机构的独立性、中立性、三方性和专业性能够保障裁决的权威性，裁决程序参照刑事诉讼或民事诉讼程序能够保障裁决的公平性，行政裁决初审、复审、司法审查程序有机衔接能够促进裁决的时效性等。从实证层面看，日本于 2004 年专门对《劳动组合法》作出修改，通过改进劳委会的审查体制、新增审理计划制度、强化和解机制在裁决制度中的作用、强调证据收集中职权主义和当事人主义的并用等，有效化解了劳动委员会审理期限过长的问题 [20]。美国对 NLRB 所作裁决无强制执行力而导致雇主利用此点拒绝履行裁决命令、拖延救济及时性的问题也有反思 [13]337-338。

第三，救济责任的设计要兼顾恢复性与预防性。美日两国制度将不当劳动行为制度定位为恢复公平均衡的劳资秩序，蕴含着追求一种“和谐友好、劳资共生”的价值导向。从救济责任设置看，考虑到“惩罚性损害赔偿可能与集体谈判过程的有效运作背道而驰，因为它们可能会扰乱工会与管理层的关系”，且“惩罚性损害赔偿并不能有效阻止违反该法案的行为的产生”[18]1680。另外，如何核算惩罚性的金额本身也是一个难题。因此，两国行政裁决的内容一般限于停止侵害、返还损失、积极作为、禁止再犯等。当义务人违反这些命令时，才会进一步附加一定的科罚责任。不过，这种“间接的科罚主义”责任模式也使得雇主行为的违法性难以体现，且会因违法成本过低而导致雇主非法拖延甚至故意蔑视委员会命令现象的出现，“委员会的立场亦仅局限在‘恢复原状’，而不会有惩罚性的损害赔偿结果出现。例如在差别待遇的案例里解雇参与工会活动的受雇者是违法的，但能从国家劳工关系委员会获得的补偿通常只是薪资的补偿和复职，可以说过于轻微而不具任何威摄的效果”。就拒绝协商行为，“最多也只是要求劳资双方重回谈判桌，对于恶意的雇主来说是可以轻易的再次拖延团体协商的进行而仅获得轻微的处罚或完全不会受到处罚，这样的结果也将失去不当劳动行为制度的规范意义”[21]。针对这些制度缺憾，美日理论界和实务界均有所反思，认为对于“反复从事不当劳动行为而无动于衷的恶质雇主”，应当设置一定的惩罚内容以促进其未来谨慎行事 [16]61。虽然惩罚性的“度”本身难以测算，特别是针对非金钱损失，在其转化为金钱损失的任何尝试都有其固有的不精确性，过少补偿和过度补偿同样可能发生，但也不能因为存在过度补偿的推测可能性而剥夺受害方获得相应赔偿的权利 [18]1682。因此，“如果委员会对不公平劳动行为造成伤害裁定了合理相关的损害赔偿，且该种裁决能够阻止随后的违法行为并实施该法案的政策，那么轻微误判的风险应该被抵消，该裁决也应该得到维持”[18]1683。笔者赞成此修正观点，实际上，雇主破坏工会组织及活动的成本往往是很低的，只要对一个团结点或“挑头”的会员进行干扰和影响，就会动摇和破坏整个团结权实现的效果。在劳动从属性关系下，大多数职工很难以自己的生存利益与雇主进行对抗，只有通过强化救济责任，才能有效地抑制雇主的违法动机。况且，对于侵权人所造成之损害还存在根本无法恢复的情形。是故，未来我国对于裁决责任的设计，应当以恢复原状主义为基础，同时增加一定的科罚性内容。

四、我国不当劳动行为行政裁决机制的续造构想

承前所述，我国不当劳动行为争议的处置模式，应以行政裁决为主导，同时保留其对雇主不利益待遇行为之诉权。对于雇主之支配介入或者拒绝协商行为，则只允许当事人通过行政裁决机制加以救济。立足现有立法，笔者认为，应当将《工会法》50—56 条之行政救济路径定性为行政裁决，并从如下四方面推进该机制的法律续造及规范的精进表达。

（一）我国不当劳动行为行政裁决机制之基本构造

1. 建立专门性行政裁决机构

基于不当劳动行为争议的特殊性和行政裁决机制的制度优势，我国可以借鉴域外立法，建立一个类似的具有独立性、中立性、专业性、准司法性的行政裁决机构，来专司不当劳动行为争议

的处置。同时，考虑到域外行政裁决机构职能配置中还兼具对其他集体劳动争议进行综合性协调的职能，可以借完善不当劳动行为争议处置机制之机，将我国集体劳动争议的处置完善整合起来考量，并弥补集体劳动争议处置机制规范性不足的缺憾。

集体劳动争议，是指“劳工团体与雇主、或劳工团体与雇主团体之间因劳动条件或劳资关系相关事项所生之争议”[22]。笔者认为，由于不当劳动行为争议仍然发生在工会与雇主或雇主组织之间，即使是雇主对于雇员的不利益待遇行为，实际上也构成对于工会组织的“支配介入行为”，仍然侵害到工会组织本身的团结权。因此，不当劳动行为争议属于劳资双方就集体劳动权的履行实现所发生的争议，其与履行集体合同的争议、订立或变更集体合同引发的争议，都属于集体劳动争议的范畴①。考虑到“集体劳动争议的解决应是预防机制、调解机制、仲裁机制和行政处理等相关多元化机制的复合”[23]4，日本劳动委员会不仅负责不当劳动行为争议的裁决，还内设了斡旋员、调停委员会和仲裁委员会，来对劳动争议尤其是集体劳动争议进行斡旋、调停、调解和仲裁[24]。韩国劳动关系委员会也下设审判委员会、调解委员会、特别调解委员会、仲裁委员会等部门委员会，来对不当劳动行为争议和其他劳动争议进行调解和仲裁[25]。鉴于此，笔者建议，我国可以在各级人社部门下设一个职能机构——劳动关系委员会，并建立全国和地方各级的劳动关系委员会②。同时在这一机构下再设置负责不当劳动行为争议处置的裁决委员会、负责订立或变更集体合同争议处置的调停委员会或者调停员，以及负责对其他集体劳动争议和个别劳动争议进行仲裁处置的仲裁委员会。其中，仲裁委员会“可以设立仲裁一、二庭，分别处理个人劳动争议与集体劳动争议，同时制定相应的仲裁程序”[23]5，由此打造形成劳动行政机关领导下的具有对各类劳动争议进行调解、斡旋、调停、仲裁以及裁决的专业组织。这样不仅可以补足我国《工会法》《集体合同规定》关于不当劳动行为争议、订立或变更集体合同纠纷处置机构的缺漏，而且有助于提高我国劳动争议处置体系的系统性以及处置效果的公平性和效率性。考虑到既有劳动争议处置机构的设置现状，建议借鉴日本做法，设置央地两级制委员会，在保证组织相对独立性、三方性、中立性和专业性的基础上，将国家劳动关系委员会定位为行政裁决的复审机构和跨区域劳动争议处置机构。同时应保障当事人寻求行政诉讼来对行政裁决加以监督的权利。

2. 设置行政裁决的基本程序

鉴于组织结构的设置与日本类似，在行政裁决程序方面也可借鉴日本做法，以“申请、调查、审问、合议、裁决、复审、司法审查”的步骤来推进。参照现行劳动争议处置立法，救济时效可设置为一年，救济管辖地可以设置为不当劳动行为发生地或当事人住所地。为了促进裁决机制的时效性与公平性，建议汲取日本经验，从和解机制的适用、救济令的保全、救济时限的督导、裁决委员会的人员配置、裁决决定的表决程序等方面健全具体机制。未来，应当制定专门性的“不当劳动行为行政裁决办法”“劳动关系委员组织办法”，为裁决机制的运行提供充实且规范的保障。

3. 明确裁决决定的内容

对于裁决决定的内容，美日两国除设置有针对团结权损害之过去而要求停止侵害、积极作为、赔偿损失等命令，还设置有针对损害之未来而要求禁止作为的命令，目的在于预防未来损害之风险，实际上两类都属于“恢复原状主义”的表现。以日本为例，对于拒绝协商案件，裁决机构可以命令雇主就有关事项诚信地协商（包括提交相关必要之协商资料），或者禁止雇主以其提出的理由而拒绝协商，以及附加要求雇主就拒绝协商行为公告致歉；对于不利益待遇案件，可以命令雇主恢复被

① 实践中所提到的“群体性劳动争议”，实属个别劳动争议的集合。而“集体劳动争议”与“群体性事件”也并非同一概念，中共中央、国务院《关于构建和谐劳动关系的意见》将停工等“集体行动”与“群体性事件”并列描述，实际上从侧面肯定了集体行动权的正当性，为下一步强化集体行动权的权能内容与行使标准立法打下了基础，相对而言，“群体性事件”应属非法行为。

② 常凯教授认为，应当设立由政府、雇主和工会组成的中央、地方和产业三级劳动委员会。参见：常凯 . 论不当劳动行为立法 [J]. 中国社会科学 ,2000(5): 82.

解雇或被转岗的劳动者的职位，并补发被解雇起至恢复原职时的工资或者矫正差别待遇，或者禁止从事不利益待遇以及公告致歉等；对支配介入工会案件，可以命令雇主停止其干预或介入工会的行为，或者禁止雇主从事支配介入行为，或者强制雇主在特定的时间和地点，以特定的内容张贴告示声明保证不再从事类似事件或者就已经从事的行为表示道歉等[3]109。就日本特有的公告致歉命令（Post Notice）而言，目的是站在预防不当劳动行为再犯的角度，综合雇主侵害团结权的行为程度、团结权的受损程度以及事后有无悔意及程度等因素，而附带要求雇主在特定的时间、地点以特定方式和内容发布致歉文书，要求其就从事的不当劳动行为表示歉意并保证不再重犯。内容大体区分为“温和型”和“严格型”两类，前者侧重于要求雇主就发生的不当劳动行为表达遗憾并注意不犯；后者侧重于要求雇主就发生的不当劳动行为表达歉意，并发誓不犯[26]115。对此，我国立法值得借鉴。

同时，鉴于两国行政裁决机制责任设置对于“情节恶劣的雇主行为”约束不力的事实，我国宜在责任设置中，在以“恢复原状主义”促进“更为和缓”的劳资秩序基础上，引入一定的“直罚主义”内容，即在雇主“情节恶劣”时，作出加付赔偿金的裁决命令①。同时，可在雇主拒不执行裁决命令时，进一步加付赔偿金，以此来提示雇主的行为恶意以提高其违法成本并抑制其违法动机。

据此，针对我国关于不当劳动行为争议行政裁决的内容，笔者建议如下：对于雇主之不利益待遇行为，可以发布停止侵害、恢复原岗（职）、补足差别待遇或者返还解雇期间的工资收入、禁止再犯等命令。同时规定，“情节恶劣的，由裁决机构加付一定数额的赔偿金”。雇主限期不履行的，则进一步加付赔偿金。对于雇主支配介入或拒绝协商行为，由于较难核算对于团结权侵害所造成的损失，建议只设置如下裁决命令：停止侵害、限期与工会开展集体协商、禁止干预工会或者禁止无正当理由拒绝协商等。同时规定，“情节恶劣的，由裁决机构加付一定数额的赔偿金”。雇主限期不履行的，则进一步加付赔偿金。至于两个赔偿金的具体数额，可以参照《劳动合同法》第 85 条和一些地方立法的规定，设定一个比例范围，由裁决机构结合案情酌定。参考一些地方立法尺度，笔者建议就不利益待遇案件，设置“所欠雇员待遇或工资额度的 0.5—1 倍”的标准，限期不履行时，可以设置 2000 元以上至 5 万元以下的标准按次加付②。就支配介入或拒绝协商案件，设置“2000 元以上至 5 万元以下”的额度③，限期不履行时，继续依此额度按次加付。

4. 优化裁决初审与裁决复审、司法审查之间的衔接

从促进行政裁决时效性与公平性角度，未来的行政裁决机制应当着重优化裁决初审与裁决复审、司法审查之间的衔接关系。在复审阶段，可以借鉴日本经验，仅依照初审记录及再审申请等文件不经审问而直接发布命令，复审范围限于当事人初审救济范围内之不服部分。在司法审查阶段，美国的立法态度是，当事人在裁决程序中未曾提出的事实，不能在撤销诉讼中提起。对于新证据的提出，除非有正当的实质性理由，一般也不允许提出④。对此，联邦最高法院强调：要否定劳动委员会作为那种由处理专门知识领域的经验武装起来的、或拥有这种经验的、其对该领域的裁定带有法院所没有的专业权威性，是不妥当的[17]12。对于裁决决定，一般只要做到“公平且适当”，法院对此就应当予以尊重。与美国相较，日本司法审查实践中允许新证据的提出，且可以调查未提出之证据，在独立审查后可以推翻劳动委员会的事实认定。当然，这种权限并不是随意的，基于劳动委员会的专业性和中立性优势，日本理论界也呼吁司法审查对于事实和行为构成认定部分应当充分尊重劳动委员会的意见[26]92。日本劳动委员会认为，法官并无审查不当劳动行为事件的

① 此条借鉴《劳动合同法》第 85 条所涉赔偿金制度。

② 对于“限期不履行时按照一定标准按次加付”的规则，借鉴了我国台湾地区“工会法”和“团体协约法”的有关内容。

③ 此处参考了各地关于不当劳动行为救济法律责任的规定，如《深圳经济特区和谐劳动关系促进条例》（2008）第 65 条、《深圳经济特区集体协商条例（修改草案征求意见稿）》（2010）第 55 条及《云南省企业工资集体协商条例》（2012）第 39 条。

④ 参见：National Labor Relations Act § 10(e), 29 U.S.C. Sec.10.[§ 160.](e)(2006).

实务经验，所以对法院审查劳动委员会命令之不尊重经常抱有不满 [4]120。总体看，司法审查阶段，美日两国对于事实和不当劳动行为构成的认定，一般较为尊重行政裁决机构的意见，除非有实质性新的证据，才可以启动新的审查。对于法律适用和裁决决定的内容，承前所述，也更为尊重裁决机构的专业性。在未来的机制设计中，我国应当注重对此做法的吸收，以提高裁决的时效性。

（二）不当劳动行为型违法解雇条款与一般违法解雇条款之协调

现行《工会法》第 53 条 ① 关于不当劳动行为的违法解雇规则与《劳动合同法》第 48 条 ② 规定的一般性违法解雇规则，尚存在同一位阶适用上的鲜明冲突。为此，在对不利益待遇行为行政裁决机制进行塑造时，应当就此冲突从如下三方面加以协调完善。

第一，明确雇主不利益待遇行为在原因竞合时的定性标准。用人单位从事不利益待遇行为，可能基于侵害团结权的动机，也可能属于就员工违纪行为所作出的正当惩戒，在两种解雇原因同时存在时，是否可以评价为不当劳动行为？对此，日本学界存在四种代表学说 [26]62-63：一是“不当劳动行为否定说”。该说认为，雇主处分劳工行为若具备正当性，纵使雇主意图打压工会，亦否认成立不当劳动行为之可能。二是“因果关系说”。该说认为，雇主行为与不当劳动行为之间若存在因果关系，则不论其处分是否具备正当理由，都应当归责为不当劳动行为。三是“决定性原因说”。该说主张应当根据雇主“反工会的恶意是否为作出不利益待遇的关键性因素”来判断是否构成不当劳动行为。四是“相当因果关系说”。该说对“决定性原因说”提出修正而认为，无需确认雇主的反工会动机为不利益待遇的“决定性”原因，仅需肯定为“不可或缺”的原因，就可以证明存在相当的因果关系。以上各说，前两种认识易造成不当劳动行为认定过窄或过宽的后果，多被理论和实务界抛弃。第三种认识“因过于重视雇主主观的动机，对于劳工来说也被课予了过当的证明责任，即使以间接事实来证明也极为困难”，故不宜采纳 [27]。相对而言，“相当因果关系”说在确定不当劳动行为是非标准时更为适度，不至于过于泛化或过于狭隘。而且从团结权作为生存权的定位上看，对雇主之财产权进行一定的减损本身具有价值正当性，该说在日本实务中被广泛采纳。实务中有学者还提出认定“相当因果关系”中可以考虑的因素，比如雇主平常对于工会的态度、从事不利益行为的时机、该不利益行为的程度、雇员行为对其利益的重要性及过去雇主对于同种事例的处理方式等 [28]。对此，我国立法值得借鉴。

第二，设置雇主恶意行为时的惩罚性责任内容。《工会法》对于不当劳动行为型违法解雇的救济，规定了“恢复其工作，并补发被解除劳动合同期间应得的报酬，或者责令给予本人年收入二倍的赔偿”。其重大不足在于：如果雇主采取恢复原职的做法，就无需对其违法解雇的过错性承担任何责任。这一问题实际也是目前《劳动合同法》一般解雇规则存在的问题。然而，承前所述，虽然不当劳动行为制度重在实现一种“和缓的劳资秩序”，行政裁决之责任内容一般限于“恢复原状”。但考虑到对于“恶意雇主行为”进行预防性惩罚和提高其违法成本的制度诉求，吸收域外立法的反思经验，我国对于行政裁决惩罚性责任内容的设置，也宜限于“雇主情节恶劣时”与“未限期履行行政裁决命令时”较为妥当。

第三，界明“补发被解除劳动合同期间应得的报酬”之内涵。劳动者被解雇期间的应得报酬应否扣除劳动者被解雇至复职期间在他处就业所获之“中间收入”？日本学界对此存在迥异认识：赞成者认为，不扣除的观点实际上逃逸了不当劳动行为制度“恢复原状”的救济目的 [16]73。反对者

① 《工会法》第 53 条规定：“违反本法规定，有下列情形之一的，由劳动行政部门责令恢复其工作，并补发被解除劳动合同期间应得的报酬，或者责令给予本人年收入二倍的赔偿：（一）职工因参加工会活动而被解除劳动合同的；（二）工会工作人员因履行本法规定的职责而被解除劳动合同的。”

② 《劳动合同法》第 48 条规定：“用人单位违反本法规定解除或者终止劳动合同，劳动者要求继续履行劳动合同的，用人单位应当继续履行；劳动者不要求继续履行劳动合同或者劳动合同已经不能继续履行的，用人单位应当依照本法第八十七条规定支付赔偿金。”

则指出，不当解雇的事实后果以及劳动者就劳义务的不履行本属雇主恣意从事不当劳动行为所致，若采取扣除说，雇主的违法成本以及对行为恶意的处罚性、威慑性以及预防性都无从谈起[16]77-79。而且，劳动者在非法解雇期间是否必然获得他处工作以及相应的工资收益并不确定，劳动者获得收入与否与雇主因劳动过程中断所遭受损失之间并不存在必然的因果关系。况且，劳动者被解雇期间的损失并不完全等同于原工资之丧失，还包括寻找工作的成本、寻求救济的成本以及精神上的负担等，因此扣除该中间收入在法律关系上是不公正、不等价的，采取所谓原状恢复主义而对中间收入扣除的做法实际上只是恢复了形式上的工资，而非实质上对这一期间的对价性报酬的恢复。笔者赞同“不扣除说”之辩驳认识，“补发被解除劳动合同期间应得的报酬”应当涵盖劳动者被解雇至复职期间在他处就业所获得的“中间收入”。

根据上述完善思路，未来应当在《劳动合同法》第 48 条中增补如下“除外规定”：“用人单位违法解除或终止劳动合同同时构成不当劳动行为的，按照相关法律规定处置。”由此实现一般劳动合同违法解雇与不当劳动行为违法解雇在处置规则上的分流，走出目前《工会法》与《劳动合同法》适用上的迷途。应当强调的是，作为不当劳动行为的不利益待遇，不论其救济路径采取行政裁决还是民事诉讼，其处置规则都应当适用未来修订、增补的关于不当劳动行为制度的规范内容，而非《劳动合同法》的一般规则。

（三）工会工作人员不当劳动行为行政裁决救济路径之拓补

《工会法》第 56 条规定：“工会工作人员违反本法规定，损害职工或者工会权益的，由同级工会或者上级工会责令改正，或者予以处分；情节严重的，依照《中国工会章程》予以罢免；造成损失的，应当承担赔偿责任；构成犯罪的，依法追究刑事责任。”此条规定的三大疑点在于：工会工作人员侵害职工或工会权益的行为性质是什么？将追责对象限定为工会工作人员而非工会法人本身是否具有正当性？只设置了工会自律机制和民事赔偿责任，这能否满足职工或者工会的权益保障诉求？

从本质上看，“工会者，乃工人一种继续存在之团体，为维持或改善其劳动生活状况而设者也”[29]。劳动者选择加入工会，目的在于借团结权的法权机能未实现其劳动权益。保障劳动者的组织权、工会组织的合法存续以及正当开展团结活动的权利，属于团结权的应然权能和《工会法》的基本保障内容。当工会工作人员违反《工会法》规定而损害职工或者工会权益时，侵害的正是劳动者的团结权和工会组织的团结权①。因此，此种行为属于不当劳动行为的范畴，此种纠纷也应当纳入不当劳动行为纠纷的处置体系。同时，按照法人的一般原理，工会法人由会员和工会机关共同组成，会员与工会法人是成员与组织的利益一体关系。会员加入、组建工会的过程，本身就是授权工会代表自己并委托其维护自身合法权益的过程。工会经过会员授权而对外开展活动，与会员形成了“意思表示主体与意思形成主体”间的“一体性代表关系”，而并非两个主体[30]。工会机关只是工会法人开展具体活动的执行机关，其与工会法人均要受到意思形成主体的监督和制约。由此可以发现，工会机关及其工会工作人员侵害劳动者和工会团结权的行为，实际上属于工会法人的意思表示主体违背了其意思形成主体意志的行为。根据法人责任分配规则，在对外关系中，作为具体执行人的工会机关及其工作人员的行为应被法人人格所吸收，此时的追责主体属于法人本身；在对内相对于会员的关系中，此行为无法被法人人格吸收，追责对象只能是工会机关及其工作人员。因此，我国现有立法将工会机关及其工作人员设置为“工会从事不当劳动行为”的责

① 在德国立法上，团结权的权利内容可以涵盖劳动者的团结权和工会的团结权两方面，前者包括劳动者加入、组建工会以及会员保有工会身份的权利，后者既包括工会得以自主成立、组织存续，以及进行自治管理的权利，也包括工会组织开展集体协商活动、代表会员缔结集体合同、组织集体行动，以及其他对会员提供服务的权利。参见：林良荣，邱羽凡，张鑫隆 . 工会保护与不当劳动行为裁决制度 [M]. 新北：劳动视野工作室，2012: 116-118.

任主体，具有完全正当性。既然如此，需要追问的是，工会法通过自律机制来追责工会工作人员不当劳动行为的制度设计是否合理和周延？对此，笔者认为，由于工会组织有权就工会机关及其工作人员是否真实有效表征会员意思的行为进行自律性监督，此属于工会法人根据工会章程而对会员进行管理约束的“统制权”[①]，自律机制设置的作用，正在于利用工会法人对于会员的“统制权”，来达到对团结权加以救济的效果。不过，在一元制工会体制下，如果没有外部机制的压力，工会自律机制往往易在其专属性代表和维权地位下产生惰性。只有通过外部机制的实际追责，才能在我国一元制体制下对工会忠实、勤勉地履责形成反向激励，并对工会机关及其工作人员的不当劳动行为形成内外协同的追责效果。况且，工会自律机制也不能回应团结权侵害纠纷所追求的及时性、预防性诉求。未来我国针对工会工作人员的不当劳动行为，应当在内部性的自律机制之余，增补外部性的行政裁决机制，形成符合法理又内外协同的追责体系。

（四）《工会法》50—56 条规范表达之更新

针对第 50 条，作为不当劳动行为争议处置的总括条款，考虑到劳动者对雇主之不利益待遇行为还具有“或裁或诉”的救济主体资格，故此条款应当修改为：“工会或者职工对违反本法规定侵犯其合法权益的，有权向劳动关系委员会提起行政裁决，或者向人民法院提起诉讼”。

针对第 51 条，根据前述分析，建议与 54 条融合而修改为：“违反本法规定，有下列行为之一的，由劳动关系委员会责令停止违法行为，并禁止非法干预工会。情节恶劣的，加付 2000 元以上至 5 万元以下的赔偿金，并要求用人单位公开致歉。用人单位限期不履行的，依前述标准按次加付赔偿金。（1）阻挠职工依法参加和组织工会；（2）阻挠上级工会帮助、指导职工筹建工会；（3）妨碍工会或职工开展正当工会活动；（4）非法撤销、合并工会组织的。以暴力、威胁等手段阻挠造成严重后果，构成犯罪的，依法追究刑事责任。”

针对 52 条和 53 条，建议整合修改为新的第 52 条：“违反本法规定，对职工依法参加、组织工会或者开展工会活动无正当理由调整其工作岗位、给予差别对待或者违法解除劳动合同的，由劳动关系委员会责令其停止违法行为、恢复职工原岗位、补足差别待遇或者补发被解雇起至恢复原职时的工资收入，并禁止类似违法行为。情节恶劣的，按所欠职工待遇或工资额度的 50%—100% 倍的标准加付赔偿金，并要求用人单位公开致歉。限期不履行的，依 2000 元以上至 5 万元以下的标准按次加付赔偿金。职工针对前述行为，有权向人民依法提起诉讼。对依法履行职责的工会工作人员进行侮辱、诽谤或者进行人身伤害，构成犯罪的，依法追究刑事责任；尚未构成犯罪的，由公安机关依照治安管理处罚法的规定处罚。”

对于拒绝协商型纠纷，根据我国集体协商实践，建议只设置用人单位一方的拒绝协商型不当劳动行为。故新增第 53 条：“违反本法规定，无正当理由拒绝与工会开展集体协商的，由劳动关系委员会责令停止违法行为、与工会开展集体协商，并禁止类似违法行为。情节恶劣的，加付 2000 元以上至 5 万元以下的赔偿金，并要求用人单位公开致歉。雇主限期不履行的，依前述标准按次加付赔偿金。”

针对第 55 条，因性质上属于一般民事纠纷，故内容保持不变，条文可变更为第 54 条。

针对《工会法》第 56 条，承前所述，应当将工会工作人员不当劳动行为的救济纳入统一的行政裁决轨道。建议修改为新的第 55 条：“工会工作人员违反其法律义务的，会员可以要求同级工会或者上级工会责令改正，对直接负责的主管人员和其他直接责任人员予以处分；情节严重的，依照《中国工会章程》予以罢免。会员有权向劳动委员会提起行政裁决。工会工作人员的行为构

① 关于工会的“统制权”，我国也有立法规定。参见：《中国工会章程》第 7 条：“对不执行工会决议、违反工会章程的会员，给予批评教育。对严重违法犯罪并受到刑事处分的会员，开除会籍。开除会员会籍，须经工会小组讨论，提出意见，由工会基层委员会决定，报上一级工会备案。”

成犯罪的，依法追究刑事责任。”

五、以统摄型“劳动争议处理法”重整我国劳动争议处置体系：代结语

我国《工会法》“法律责任”部分关于不当劳动行为处置机制的法律续造问题，是制约该法能否得到切实落实的关键性问题。本研究在法理分析与经验借鉴基础上，将现有立法规定之行政救济机制设定为行政裁决，并提出一个总体性的制度续造构想。行政裁决机制将成为我国不当劳动行为制度得以全面运行的关键一环，“通过裁决的社会控制”也将成为规范包括不当劳动行为争议在内的集体劳动争议的核心方式。为了有效满足前述建构内容的包容性、体系性和规范性，未来我国应当站在系统性优化我国劳动争议处置体系角度，通过制定涵摄个别劳动争议与集体劳动争议的统一性“劳动争议处理法”，将包括不当劳动行为争议在内的集体劳动争议的处置规则加以有效规范，并辅之于配套性行政法规和部门规章，有力推动相关规范的精进表达，由此重整形成具有中国特色的劳动争议处置体系。

[参考文献]

[1] 徐志强 . 雇主“拒绝协商”型不当劳动行为的法律认定与规制路径 [J]. 法律科学 , 2020(3): 114-122.
[2] 丁明胜 . 日本劳动委员会劳资争议解决机制评析 [J]. 北京政法职业学院学报 , 2009(3).
[3] 林良荣 , 邱羽凡 , 张鑫隆 . 工会保护与不当劳动行为裁决制度 [M]. 新北 : 劳动视野工作室 , 2012.
[4] 丁嘉惠 . 不当劳动行为规范之研究 [D]. 台北 : 文化大学 , 1994.
[5] 林裕杰 . 不当劳动行为之救济研究——以美国国家劳工关系法为中心 [D]. 高雄 : 高雄大学 , 2012: 118-119.
[6] 菅野和夫 . 労働法 [M]. 東京 : 弘文堂 , 2007: 603.
[7] 洪明贤 . 论劳动法上之团体协商义务 [D]. 台北 : 台湾大学 , 2009.
[8] 田思路 . 日本劳动法研究 [M]. 北京 : 中国社会科学出版社 , 2013: 297.
[9] 波斯纳 . 法律的经济分析 [M]. 蒋兆康 , 译 . 北京 : 中国大百科全书出版社 , 1997: 31.
[10] 丁嘉惠 . 不当劳动行为规范概论 [J]. 劳工之友 , 1994(528): 20.
[11] 侯岳宏 . 不当劳动行为裁决机制的“行政”救济与“私法”救济决定之检讨——以日本制度为借镜 [J]. 台北大学法学论丛 , 2010(76): 117.
[12] 黄程贯 . 台湾地区不当劳动行为裁决制度 [M]// 邵建东 , 方小敏 . 中德法学论坛 . 北京 : 法律出版社 , 2012: 212.
[13] 侯岳宏 . 美国与日本不当劳动行为裁决机制之研究 [J]. 政大法学评论 , 2010(114).
[14] 周长征 . 劳动法原理 [M]. 北京 : 科学出版社 , 2004: 220.
[15] 熊琳 . 日本劳动争议解决制度及其最新发展 [D]. 北京 : 中国政法大学 , 2005: 74.
[16] 张智程 . 日本不当劳动行为救济制度研究——以劳动委员会救济命令为中心 [D]. 台北 : 政治大学 , 2011.
[17] 高尔曼 . 劳动法基本教程 [M]. 马静 , 王增生 , 李妍 , 译 . 北京 : 中国政法大学出版社 , 2003.
[18] VIOLATOR W. NLRB power to award damages in unfair labor practice cases [J]. Harvard Law Review, 1971, 84(7).
[19] 张义德 . 不当劳动行为制度之研究——以日本与我国之“不利益待遇”为中心 [D]. 台北 : 政治大学 , 2008: 11.
[20] 侯岳宏 . 概论 2004 年日本劳动组合法中关于不当劳动行为制度之修正 [J]. 政大法学评论 , 2009(107): 230-255.
[21] 黄元呈 . 美国最高法院对不当劳动行为裁决制度影响之研究 [D]. 台北 : 文化大学 , 2006: 189.
[22] 卫民 , 许继峰 . 劳资关系与争议问题 [M]. 台北 : 空中大学出版社 , 2011: 330.
[23] 薛长礼 , 李菁 . 集体劳动争议处理机制的反思与重构 [J]. 北京化工大学学报 (社会科学版), 2013(2).
[24] 劳动和社会保障部劳动科学研究所 . 外国劳动和社会保障法选 [M]. 北京 : 中国劳动出版社 ,1999: 315-324.
[25] 王益英 . 外国劳动法和社会保障法 [M]. 北京 : 中国人民大学出版社 , 2001: 571-573.
[26] 彭靖芳 . 日本企业人事考核与不当劳动行为不利益待遇之研究 [D]. 台北 : 台北大学 , 2012.
[27] 张义德 . 论日本劳动组合法第 7 条第 1 款之不当劳动行为意思 [J]. 东吴法律学报 , 2011(3): 19.
[28] 小宮文人 . 不当労働行為の認定基準 [M]// 講座 21 世紀の労働法：第 8 巻 . 東京 : 有斐閣 , 2000: 97.
[29] 韦伯夫妇 . 英国工会运动史 [M]. 陈建民 , 译 . 北京 : 商务印书馆 , 1959: 1.
[30] 孙德强 , 沈建峰 . 集体合同主体辨析 [J]. 政法论坛 , 2009(3): 181-185.

Social Control through Adjudication — A Study of Legal Continuation of the Administrative Relief Mechanism for Improper Labor Practices under Articles 50-56 of the Trade Union Law

XU Zhiqiang

(*1. School of Economic Law, Southwest University of Political Science & Law, Chongqing 401120;*
2. Research Centre for Labor and Social Security Law, Southwest University of Political Science & Law, Chongqing 4011220)

Abstract: The Trade Union Law sets up an administrative relief path for disputes over improper labor practices in the section of "Legal Liabilities". However, to date, the nature and rules of this path have not yet been clearly defined, seriously restricting the implementation of the law. Three disposal modes of this type of dispute exist in out-of-domain legislation: civil litigation domination, administrative adjudication domination, and dual mechanisms coexistence. However, due to the non-appealability of disputes over improper labor practices, difficulty of judicial relief to meet the timeliness and preventative requirements of the right of association protection, and the wider range of subjects who can participate in administrative relief, administrative adjudication has always taken up a core position in representing the legislative state mechanism. Based on the design of a multi-value appeal mechanism, China should draw on this legislative experience and promote the legal continuation in terms of the basic structure of administrative adjudication for disputes over improper labor practices, coordination between provisions of wrongful dismissal due to improper labor practices and general wrongful dismissal provisions, and the expansion of administrative relief paths for union staff's improper labor practices. Furthermore, this should also lead to the improvement of relevant legislation. In the future, it is suggested to formulate an overarching "Labor Dispute Processing Law" to systematically reorganize the handling of collective labor disputes, including disputes over improper labor practices, and ultimately form a labor dispute system with Chinese characteristics.

Key words: improper labor practices; administrative adjudication; Trade Union Law; legal continuation.

[责任编辑：杜心意]

（上接第 17 页）

On the System of Federation of Trade Unions in Guangdong-Hong Kong-Macao Greater Bay Area: Its Framework Construction, Promotion Path, and Rule Coordination

DU Xinxiu

(*Office of Educational Planning and Policy, Guangzhou Institute of Educational Research, Guangzhou, Guangdong 510300*)

Abstract: The tripartite cooperation of trade unions in Guangdong, Hong Kong and Macao is a pioneering attempt to overcome the differences in social systems and an important measure to promote the integration of Hong Kong and Macao into the national development strategy. Meanwhile it has a profound impact on the development of trade unions in China. The framework construction of this system aims to serve the "one country, two systems" principle, with a reasonable distribution of participating subjects and continuous improvement of working mechanisms. Its diversified promotion path includes the construction of hierarchical and coordinated hardware and software facilities, the worker cultural exchange guided by the spirit of loving the Party, loving the country and the craftsmanship, and collaborative enhancement of cross-sector social responsibilities and benefits. The rule coordination in the context of trade unions cooperation in the Greater Bay Area includes "seeking common ground while reserving differences" type of coordination that bridges social system differences, "equality for all" type of coordination that weakens identity differences, and "heart-to-heart communication" type of coordination that cultivates a sense of patriotism. The cooperation provides valuable insights for the integrated development of the Greater Bay Area, trade unions work, united front work, and international trade unions cooperation in the new era.

Key words: trade union joint meeting; cross-regional cooperation model; institutional differences; the Guangdong-Hongkong-Macao Greater Bay Area

[责任编辑：杜心意]