

【专题研讨】

用人单位惩戒权的法理基础与法律规制

谢增毅*

摘要: 实践中,许多用人单位都规定了对雇员的惩戒规则,以对违规之雇员实施惩戒。雇主惩戒权既是雇主的一种固有权力,又建立在契约基础之上。在法律上有必要对雇主惩戒权实行必要的规制。惩戒事由必须与工作有关,且是违反劳动者义务的行为。在法律上应认可警告、扣薪、调岗、解雇等惩戒措施,不宜认可“赔偿损失”、“停职”作为惩戒措施。惩戒还应遵循规则明确、公平合理、程序正当等原则。未来我国在劳动法修改中应增加有关惩戒制度的条款,规定惩戒制度的一般原则,将具体惩戒事由和措施规则交由用人单位依法制定和实施,并接受裁判机构的审查。

关键词: 用人单位 惩戒 惩戒事由 惩戒措施

一、问题的提出

随着1982年《企业职工奖惩条例》的废止,我国在立法上就没有关于用人单位对劳动者奖惩的规定。但在实践中,许多用人单位都制定了规章制度,规章制度通常都包含劳动者的行为守则,以及劳动者违反行为守则时雇主可以采取的惩戒措施。例如,“罚款”、“扣工资”、“调岗调薪”、“赔偿单位的经济损失”、“解除合同”等经常见于用人单位的规章制度并在实践中被广泛使用。这些惩戒措施对于维护企业的经营秩序发挥了积极作用,但由于缺乏立法规范,加上用人单位和劳动者在实力和地位上的差异,用人单位惩戒措施的合法性和合理性常常受到质疑。我国各地对惩戒手段、惩戒事由以及如何对惩戒进行限制等方面都缺乏统一的指导。在审判实践方面,出现了法院轻易认可企业制订的劳动纪律的倾向。⁽¹⁾因此,我国很有必要对雇主的惩戒行为进行规范。虽然雇主的惩戒行为在实践中随处可见,但目前学界对这一问题的研究严重不足,相关文献屈指可数,难以满足实践需要。因此,有必要从理论上深入研究用人单位惩戒权的法理依据,劳动者的哪些行为可构成惩戒对象,用人单位可以采取哪些惩戒手段(措施),惩戒应当遵循怎样的程序,惩戒权与劳动法其他制度,例如劳动合同变更、劳动合同解除制度之间的关系等诸问题。本文拟就上述问题进行论述,以期推动对该问题的理论研究和立法完善。

* 中国社会科学院法学研究所研究员,法学博士。

(1) 黎建飞、董泽华“企业惩戒制度研究——以德、法、日三国为借鉴”,载《天津师范大学学报》(社会科学版)2014年第3期,第32页。

二、雇主惩戒权的依据和性质

关于惩戒权的依据和性质,日本和我国台湾地区学者有过较多探讨。影响较大的主要有三种学说,即“固有权说”、“契约说”和“维护企业秩序说”。“固有权说”认为,惩戒权限系雇主基于维持工作规律、经营秩序之实际需要所当然拥有之权限。故雇主即使无任何明文规定,亦得对劳工施以适当制裁。“劳动契约说”则认为,雇主对劳工之惩戒,仅于劳工在劳动契约上存有具体同意之限度内始为可能。亦即雇主需取得劳工明示或默示同意,才能取得惩戒权。“维护企业秩序说”认为,雇主系企业所有者,享有将构成企业之人的要素及物的设施两者加以统合,作合理配置组织的权限,故其得就维持企业秩序之必要事项订定一般性规则,进而依其所定规则对违犯者施加惩戒以为制裁。劳工既因缔结劳动契约而被纳入企业组织服务,其即负有遵守该企业所需维持之企业秩序的劳动契约上附随义务。⁽²⁾

上述学说中,“固有权说”过分突出了雇主的权力,忽略了劳动关系的契约属性,容易造成雇主的恣意,损害劳动者的权益,故存在较多弊端。“契约说”突出了劳动关系的契约属性,有利于限制雇主的权力,保护劳动者的利益。但从现实考察,一些国家和地区的立法认可雇主的惩戒权,例如日本和我国台湾,⁽³⁾因此,雇主的惩戒权并非只能建立在契约基础之上。从企业运作实际情况看,规定惩戒权的规章制度的具体内容未必都要经过劳动者同意,因此,“契约说”虽然有利于体现劳资双方的平等地位,但无法完全反映立法和现实情况。“维护企业秩序说”融合了固有权说和契约说的合理因素,并将劳动者遵守秩序以及有关惩戒规则作为劳动者的附随义务,具有较强的合理性。我国有学者主张以“定型化契约”作为惩戒处分的法律依据,认为,定型化契约作为惩戒处分的法律依据既满足了用人单位对生产经营活动的实际控制,又保障了劳动者的利益,实现了利益平衡。⁽⁴⁾该说具有一定的合理性,但定型化契约毕竟是契约之一种,因此,该种学说仍无法克服上述“契约说”存在的缺陷。除此之外,关于惩戒权的性质,还有“集体合意说”、“法规范说”、“否定说”等各种学说,⁽⁵⁾因其影响较小,此处不一一赘述。

探讨雇主惩戒权,应从劳动关系的本质属性入手。众所周知,劳动合同的基本属性在于其“从属性”,雇员必须接受雇主的指挥和管理。例如,在德国,“按照劳动合同,劳动者承担在雇主领导和指挥下给付约定劳动的义务;雇主承担支付约定劳动报酬的义务”。⁽⁶⁾在英国,“遵守雇主的指示是雇员最基本的义务”。⁽⁷⁾从企业运作的实践看,雇主的“领导和指挥”、“指示”可通过多种方式实现,既可以通过劳动合同和集体合同的规定,还可以通过个别、临时的指示,也可以通过稳定的、长期的、普遍的规章制度(工作规则)加以实现。⁽⁸⁾实践中,大多数雇主都通过规章制度对雇员进行领导和指挥。

(2) 焦兴铠等《“劳动基准法”释义——施行二十年之回顾与展望》,新学林出版股份有限公司2009年版,第418-419页。

(3) 例如,日本《劳动基准法》(2012年)第91条、我国台湾地区“劳动基准法”(2011年)第70条就包含“奖惩”的规定。

(4) 董文军“我国惩戒处分法律规制问题研究”,载《当代法学》2010年第3期,第118-120页。

(5) 黄越钦《劳动法新论》(修订三版),翰芦图书出版公司2006年版,第254-255页。

(6) [德]雷蒙德·瓦尔特曼《德国劳动法》,沈建峰译,法律出版社2014年版,第43-44页。

(7) Deborah J. Lockton, *Employment Law* 103 (Palgrave Macmillan 2006).

(8) 我国《劳动合同法》第4条规定了规章制度的内容和程序的内容,日本一般使用“工作规则”的概念。

因为规章制度相比劳动合同的内容可以更加明确具体,且因其对同一雇主的劳动者具有普遍效力,往往具有更强的约束力。而且,通常规章制度都会伴随惩戒内容,否则规章制度的效力就会大打折扣。因此,惩戒权是雇主实现其领导、指挥、管理雇员的重要手段和重要内容,也是劳动合同得以顺利履行的组成部分。例如,在德国,企业内制裁制度早在工业化过程之初期阶段即已存在,历来之一般见解均认为企业惩戒制度的制定与施行系源于雇主之指示权,依其法律性质,多认为属于形成权之一种。⁽⁹⁾因此,惩戒权是从劳动关系和劳动合同本身引申出来的雇主应有的权力,既是雇主“固有”的权力,同时,这种权力也是建立在“契约”基础之上的,因此,上述“固有说”和“契约说”各有缺陷,综合两说的合理因素,则可以较圆满地解释惩戒权的法理基础和法律性质。

从上可知,雇主惩戒权来自于劳动合同的本质,并由劳动合同所派生。由于雇主的惩戒内容大多通过雇主和雇员的集体协议或者规章制度(工作规则)体现出来,而不是体现于雇主和单个劳动者所订立的劳动合同中,而集体(团体)协议或规章制度往往具有适用于超出单个劳动者的“法规”的普遍效力,⁽¹⁰⁾加上集体(团体)协议和规章制度的制定往往需要较高的民主参与度,惩戒权也被视为企业团体自治权力。例如,二战以后德国学说已否认企业惩戒为契约合意约定的处罚,而认为企业惩戒制度系团体之组织内部惩戒权力,将企业惩戒作为社会自治之内容。德国劳工法院也采用这一立场。⁽¹¹⁾将雇主的惩戒权视为企业团体自治权力,与惩戒权源于劳动合同并不冲突。惩戒权源于劳动合同,主要说明惩戒权的权力来源;而自治权力主要描述了惩戒权的表现形式和实施方式,后者和前者为表里关系,并不矛盾。

惩戒权除了具备上述法源外,在实务中亦有积极意义和必要性。一是惩戒权的存在使工作规则更加清晰、更为权威。惩戒作为规则违反的后果,通常伴随在规则之后,因此,通过惩戒规则,雇员更清楚各类行为的重要性以及违反后果,可以提高规则的严肃性和权威性,促使规则得到雇员的自觉遵守。二是惩戒权的存在可以预防和减少解雇。通常,解雇是雇主享有的法定的最严厉的惩戒措施。惩戒制度一般针对雇员的行为性质和违反程度,制定程度不同的惩戒措施,诸如警告、扣薪、调岗,而将解雇作为最终也是最严厉的惩戒措施,从而可以有效预防和减少解雇的发生。三是通过惩戒制度,可以维持企业良好秩序,促进劳动合同的履行。通过惩戒制度,可以促进劳动者自觉履行劳动合同义务,促进团体协作和团队工作的完成,提高工作质量和效益。四是通过惩戒制度可以减少劳动争议。通过惩戒制度,雇员的违纪行为可以得到及时制裁,防止雇员发生更加严重的违纪行为;而且雇员的行为可以在雇主内部得到解决,预防和减少诉诸于国家裁判机构的劳动争议案件,减轻国家裁判机构的负担。因此,在德国,依联邦劳工法院之见解,企业惩戒制度,对企业本身及所属员工之合理利益的保障而言,均属有利。⁽¹²⁾

当然,雇主惩戒权是一把双刃剑。由于雇主对规章制度以及相应的惩戒规则制定和实施的主动权,加上雇主实力和地位的优势,如果不对雇主的惩戒权加以规范,则雇主极易利用其惩戒权,对雇员

(9) 黄程贵:“企业惩罚权”,载《台湾社会研究季刊》1989年第三、四期(1989秋/冬季号),第13页。

(10) 例如,德国《集体合同法》第1条就明文规定集体合同规范具有法规性效力。参见吴文芳:“德国集体合同‘法规性效力’与‘债权性效力’之研究”,载《法商研究》2010年第2期,第135页。

(11) 同注9引文,第16-17页。

(12) 同注9引文,第19页。

施加不合理之规则,恣意损害雇员利益。因此,在法律上需要慎重对待雇主的惩戒权。例如,德国雇主的惩戒权最早被1891年修订的《工商营业法》所确认,1920年《经营协议会法》和1934年《劳动秩序法》都有惩戒权的制定法基础。二战后,联邦德国制定法一反过去之情形,立法者对此问题均未有明文规定而默认企业惩戒制度之事实上存在。⁽¹³⁾足见德国立法者对这一问题的慎重态度。在我国目前的实践中,企业的惩戒行为广泛存在,因此,我国有必要从立法上对惩戒权的行使作出规范,以发挥惩戒制度的积极作用,平衡协调雇主和雇员的利益。

需要指出的是,惩戒依照其权力来源的不同,可分为一般惩戒权与特别惩戒权,前者指依据法律规定在具备法定要件时,雇主即可以对劳动者实施的惩戒,例如惩戒解雇,以及依照民法规定,雇主对破坏生产设备的劳动者主张损害赔偿等;后者的惩戒权的基础在法律规定之外,由用人单位的规章制度或工作规则所规定,诸如针对雇员的行为分别规定“罚款”、“扣薪”等,后者有时被称为“秩序罚”。⁽¹⁴⁾从法理上讲,因两类惩戒的法源和形式不同,有必要加以区分。但在实践中,两者往往交织在一起,无法截然分开,下文将作进一步的分析。

三、惩戒事由

惩戒事由,即雇主可以对劳动者的哪些行为实施惩戒,是惩戒制度的首要内容。该问题涉及两个层面:一是雇员的哪些类型的行为可以作为惩戒对象,明确该问题,可以为用人单位提供范本,也可以使劳动者引以为戒;二是作为惩戒事由的行为从法理上如何确立其性质和标准。

关于惩戒事由,虽然《企业职工奖惩条例》已被废止,但其规定的几类行为仍具有一定的参考价值。根据该《条例》第11条规定,可给予“行政处分或经济处罚”的行为,概括起来,主要包括以下几类:(1)违反出勤纪律(经常迟到、早退、旷工);(2)消极怠工,没有完成生产任务或者工作任务的;(3)无正当理由不服从工作分配和调动、指挥;(4)影响生产秩序、工作秩序和社会秩序的(无理取闹、聚众闹事、打架斗殴);(5)玩忽职守,违反技术操作规程和安全规程,或者违章指挥,造成事故的;(6)工作不负责任,使雇主遭受经济损失的(经常产生废品,损坏设备工具,浪费原材料、能源);(7)违反国家财经纪律或涉及经济犯罪的;等等。⁽¹⁵⁾在日本,就业规则所确定的成为惩戒对象的劳动者行为类型主要包括:(1)关于劳动力提供的义务履行行为,比如不接受雇主的管理等违反工作指令的行为,以及擅自迟到、早退、欠勤等对工作的懈怠行为;(2)关于企业设施和资材等的保管行为,例如企业物品等的擅自利用和处分行为;(3)关于预防灾害发生和保持卫生的行为,比如无视安全生产规则、危险场所

(13) 同注9引文,第14页。

(14) 同注5引书,第255页。

(15) 《企业职工奖惩条例》(1982年颁布,现已废止)第11条规定:“对于有下列行为之一的职工,经批评教育不改的,应当分别情况给予行政处分或者经济处罚:(一)违反劳动纪律,经常迟到、早退、旷工,消极怠工,没有完成生产任务或者工作任务的;(二)无正当理由不服从工作分配和调动、指挥,或者无理取闹,聚众闹事,打架斗殴,影响生产秩序、工作秩序和社会秩序的;(三)玩忽职守,违反技术操作规程和安全规程,或者违章指挥,造成事故,使人民生命、财产遭受损失的;(四)工作不负责任,经常产生废品,损坏设备工具,浪费原材料、能源,造成经济损失的;(五)滥用职权,违反政策法令,违反财经纪律,偷税漏税,截留上缴利润,滥发奖金,挥霍浪费国家资财,损公肥私,使国家和企业在经济上遭受损失的;(六)有贪污盗窃、投机倒把、走私贩私、行贿受贿、敲诈勒索以及其他违法乱纪行为的;(七)犯有其他严重错误的。职工有上述行为,情节严重,触犯刑律的,由司法机关依法惩处。”该条例的内容虽然较为周延,但在类型化上还不完善,将一些性质不一的行为划入同一类,并不妥当。

吸烟行为; (4) 关于在工作场所和工作时间内保持秩序的行为, 比如在企业内擅自集会、张贴标语、任意着装、暴力等行为; (5) 关于保护企业信誉的行为, 比如泄露企业秘密、对企业的指责和批判、在企业外有不良行为等。⁽¹⁶⁾ 可见, 日本除了第 5 类行为外, 其他可惩戒的行为类型和我国类似, 主要涉及劳动者拒绝服从雇主指示、违反出勤纪律、消极怠工、违反安全卫生规则、未妥善处理雇主财物、扰乱正常秩序等行为。

雇主的业务和规模千差万别, 规章制度各式各样, 立法显然无法一一列举可以作为惩戒对象的各种行为。从法理上讲, 根据惩戒的性质, 作为惩戒对象的行为应符合两个条件。

第一, 行为必须与工作相关。前文已表明, 雇主的惩戒权源于劳动关系和劳动合同的属性, 因此, 雇主惩戒的雇员行为必须与劳动合同有关, 即与工作相关。我国台湾地区的案例曾指出, “在工作时间外之劳工业务外行为, 属劳工之私生活范围, 非雇主所得任意支配, 惟有劳工之行为与事业活动有直接关联, 且损害事业之社会评价, 为维持企业秩序必要, 方足成为惩戒之对象”。⁽¹⁷⁾ 通常劳动者工作场所之外的行为不受雇主约束, 但这并不绝对。在日本, 劳动者负有诚信规则上不损毁雇主的业务利益和信誉的义务, 所以, 劳动者在企业外的活动如果侵害了这些利益, 扰乱了企业秩序, 就可成为惩戒对象。比如, 劳动者反对本公司建设原子能发电所而在住宅附近散发传单, 使公司的社会信誉受到严重损害, 对该劳动者实行的休职处分和减薪处分被认定有效。⁽¹⁸⁾ 近年来, 雇员在社交网站上的行为是否应受规制成为一个新鲜话题。例如, 在澳大利亚, 随着社交网络的普及, 雇员因在社交网站上公开批评雇主而被解雇的案件时有发生。近年来, 澳大利亚法院通过一系列案件确立了雇主的“政策制定义务”, 即若要使此类解雇具有“正当性”, 雇主必须事先制定足够明确、细致、有强调性的规章制度, 规制雇员对社交网络的使用, 否则被解雇的雇员有权得到重新雇佣或金钱赔偿等方式的补救。⁽¹⁹⁾ 换言之, 如果雇主事先制定了规章制度, 规制雇员对社交网络的使用, 雇员在社交网络上的行为可成为惩戒对象。有趣的是, 在我国新近的案例中, 也有法院认可雇主对在社交网络上发表言论的劳动者实施的惩戒。例如, 在“赵某与北京某电力市政工程有限责任公司劳动争议案”中, 劳动者在微信朋友圈发布了信息, 公司认为该信息有损于公司, 并根据《员工奖惩管理办法》中有关“未经核准或授权擅自对外发表言论损害公司形象者”的规定, 对员工实施了记小过和降薪的处分, 法院认可了雇主的惩戒行为。⁽²⁰⁾ 尽管法院对该案的判决是否合理值得进一步探讨, 但法院认可雇主对雇员业外(社交网络)言论的限制并加以惩戒的判决本身, 无疑对雇主和雇员都具有警示意义。因此, 如果雇主有明确的规章制度和惩戒规则, 且劳动者在业外的言论损害了雇主声誉或利益, 则劳动者的行为可成为惩戒的对象。

当前, 较有现实意义的是“内部举报”应否受到惩戒。内部举报是指以公益保护为目的, 将企业内

(16) 田思路、贾秀芬:《日本劳动法研究》, 中国社会科学出版社 2013 年版, 第 134 页。

(17) 同注 2 引书, 第 420 页。

(18) 同注 16 引书, 第 140 - 141 页。

(19) 参见 2015 年 5 月 14 日晚, 西澳大利亚大学前法学院院长、荣誉退休教授 William James Ford 在中国人民大学法学院所做的题为“劳动者保护的扩张之辩——澳大利亚劳动法的新近发展”的主题演讲。参见 <http://www.law.ruc.edu.cn/article/?49252.html>, 访问时间 2015 年 8 月 7 日。

(20) 参见“赵某与北京某电力市政工程有限责任公司劳动争议一审民事判决书”(2015 西民初字第 06054 号), 北京法院审判信息网。

的不正行为向企业外的第三者公开的行为。原则上,如果内部举报具有真实性,行为是正当的,举报受到保护,不应受到惩戒,否则有违公序良俗。但如果是显著歪曲和扩大事实造成公司信誉损害的行为,则属于惩戒对象。⁽²¹⁾

第二,行为必须是违反劳动者义务的行为。惩戒作为一种对雇员的否定评价,往往给雇员带来不利益,因此,雇主不得随时设置惩戒对象。劳动者只有在违反劳动者义务时,才应受到惩戒。因为,企业惩戒制度的目的在于“监督劳工履行劳动契约义务、维持企业运作所需之客观秩序”。⁽²²⁾如果劳动者没有违反契约义务,自然不应受到惩戒。笔者也赞同惩戒事由的确定应遵循“义务—纪律—惩戒”的逻辑顺序;⁽²³⁾虽然,义务和纪律往往难以截然分开。只有违反劳动者义务的行为才构成惩戒对象,意味着那些合法行为,例如,因集体协商而罢工的行为、劳动者一般的兼职行为等,不应成为惩戒对象。此处面临一个重大课题,即“劳动者的义务”如何确定?大部分国家和地区的成文法中,并没有全面规定劳动者的义务或基本义务。笔者在总结一些国家和地区有关雇员义务的基础上曾指出,雇员的主要义务可以概括为忠实义务和勤勉义务。忠实义务是指雇员应当以善意的方式履行工作职责,维护雇主的利益,不牺牲雇主的利益以谋求个人利益,具体包括:合作的义务、不接受贿赂或秘密佣金、不泄露秘密信息、竞业限制等义务。勤勉义务是指雇员应当以适当的方式履行工作,具体包括:遵守雇主合理合法指示和规章制度的义务、运用合理注意和技能的义务。⁽²⁴⁾有趣的是,《意大利民法典》第5编“劳动”罕见地规定了劳动者的义务。《意大利民法典》第2104条和第2105条的名称为“劳务提供者的勤谨注意”、“忠诚义务”,其规定劳动者的“勤谨”和“忠诚”两项基本义务,似印证了笔者概括的劳动者基本义务,即“忠实义务”和“勤勉义务”。⁽²⁵⁾同样重要的是,《意大利民法典》紧随其后在第2106条规定了“纪律处分”,该条规定“违反第2104条和2105条规定的,可以根据违反纪律的程度给予纪律处分”。⁽²⁶⁾其明确指明了纪律处分的对象只能是违反劳动者义务的行为,具有重要的理论和实践意义。可见,惩戒对象只能是违反义务的行为,不仅是法理的推导,也有制定法作为依据。

四、惩戒手段

惩戒手段(措施)或惩戒处分的种类也是惩戒制度的重要内容。原《企业职工奖惩条例》第12条规定:“对职工的行政处分分为:警告,记过,记大过,降级,撤职,留用察看,开除。在给予上述行政处分的同时,可以给予一次性罚款。”因该条例制定时,我国尚未实行市场经济体制,且大部分企业为国有企业,因此,处分带有明显的行政色彩,和国家机关对公务员的处分类似。不过,从劳动法法理看,“警告,记过,记大过”相当于警告和训诫;“降级、撤职”相当于调岗,“留用察看”相当于停薪,“开除”

(21) 同注16引书,第139页。

(22) 同注2引书,第420页。

(23) 丁建安“企业惩戒权的法律规制”,载《社会科学战线》2013年第10期,第191页。

(24) 谢增毅《劳动法的改革与完善》,社科文献出版社2015年版,第52页。

(25) 《意大利民法典》第2104条规定,根据职务性质、企业和国民生产利益的要求,劳务提供者应当尽其勤谨注意义务。劳务提供者还应当遵守与执行职务有关的规定和由企业主及其各级合作者制定的劳动规则。第2105条规定,劳务提供者不得为自己或者第三人利益从事与企业主竞争的业务,也不得泄露企业管理或者生产方法的信息,不得允许第三人利用上述信息而使企业蒙受损害。参见《意大利民法典》,费安玲等译,中国政法大学出版社2004年版,第492页。

(26) 参见《意大利民法典》,费安玲等译,中国政法大学出版社2004年版,第492页。

则为解雇。此外,该条例还允许企业对职工进行“罚款”。从劳动法角度来看条例规定的处分类型对完善惩戒手段仍有积极意义。目前,我国《劳动法》和《劳动合同法》等未对惩戒的具体手段和类型作出规定,惩戒手段或处分种类主要由企业自行规定。因此,我国有必要根据现有法律的相关规定以及实践做法,对各类惩戒手段加以规范。

(一) 警告

虽然《企业职工奖惩条例》已被废止,“警告”、“严重警告”的处分类型还被广泛使用,例如,“李某与某保险有限公司上海分公司案”中,企业规定了“警告”、“严重警告”处分。⁽²⁷⁾“记过”、“记大过”也被企业使用,例如,“王某与重庆某照明公司劳动争议案”中,企业对劳动者实施了“记过”和“记大过”的处分。⁽²⁸⁾“警告”、“记过”等警示性的处分措施,属于程度较轻的处分,没有对劳动者造成现实的、直接的不利益,但属于对劳动者的否定性评价,且对劳动者日后的职业前景以及用人单位进一步的惩戒措施有影响,因此,警告等处分措施也不得随意设定和实施。

值得关注的是,现实中,许多用人单位公开批评劳动者或将处分公开,甚至在网站上公布处分结果,是否妥当?公开批评劳动者或将处分公开从性质看属于“名誉惩罚”,典型的方式是将劳工在大庭广众之前加以训斥、羞辱或将劳工警告或申戒等事件公开宣布或公告令他人知悉。我国台湾学者指出,“凡带有此种名誉惩罚性质之企业制裁措施均绝对不得为之”,“在劳动关系中自亦不得限制或任意支配、处分人类之尊严”。⁽²⁹⁾笔者认为,除了名誉惩罚有损劳动者的尊严外,雇主不得以公开方式处分劳动者的理由还在于,劳动合同是劳动者和雇主之间的私人合同,虽然雇员加入了雇主,成为雇主一员,但个别劳动者和雇主之间的合同是独立的,劳动者和雇主在地位上是平等的,且劳动合同具有相对性,仅于双方之间发生关系,雇主不能超出双方关系对雇员实施惩戒。例如,德国法非常强调劳动合同是基于私人合同(private)而建立,将依据私法合同,而非受迫或者根据公法建立的关系(如职业公务员或法官),作为判断劳动合同和雇员身份的两大要素之一。⁽³⁰⁾因此,纵使劳动者有过错,雇主也不得凌驾于劳动者之上,损害劳动者的尊严。除了不得使用名誉惩罚外,雇主在实施其他惩戒措施时,也应当尽量避免对劳动者的尊严和名誉造成损害,否则要承担相应的法律责任。

(二) “罚款”(扣薪)

《企业职工奖惩条例》认可罚款。该条例被废止后,企业的“罚款”行为常常不被法院认可。例如,在“北京某科技股份有限公司与郑某劳动争议案”中,用人单位根据规章制度中有关“罚款”的规定对劳动者实施了“罚款”,劳动者不服,法院最后支持了劳动者的主张。法官指出,“就罚款行为本身,通常系司法、行政等部门依法进行的一项惩戒行为。用人单位对劳动者具备用工自主管理权,但应限于合法合理的范畴内,现行法律法规并未赋予用人单位对劳动者的罚款权……”。⁽³¹⁾在某些案件中,也有法官并没有直接否认“罚款”的合法性。在上述“王某与重庆某照明公司劳动争议案”中,法官指出,“在1982年国务院颁布的《企业职工奖惩条例》中曾经规定用人单位享有给予职工经济处

(27) 参见“李某与某保险有限公司上海分公司劳动争议民事判决书”,(2013)二中民终字第07324号,北京法院审判信息网。

(28) 参见“王某与重庆某照明公司劳动争议案”判决书,(2015)万法民初字第01265号。

(29) 同注9引文,第31页。

(30) Manfred Weiss & Marlene Schmidt, *Labor Law and Industrial Relations in Germany* 45 (Kluwer Law International 2008).

(31) 参见“北京某科技股份有限公司与郑某劳动争议二审民事判决书”,(2015)一中民终字第4723号,北京法院审判信息网。

罚的权利,但是在该条例废止后《劳动法》和《劳动合同法》并没有明确用人单位能否对劳动者进行“罚款”。该判决似乎并不直接禁止用人单位对劳动者实施“罚款”。

由于“罚款”在实践中被广泛采用,因此,其是否可以作为惩戒措施值得研究。如果单从字面理解“罚款”,即将之等同于我国《行政处罚法》所规定的作为行政处罚种类的“罚款”,则企业自然不是“罚款”的实施机关,也无权实施“罚款”。⁽³²⁾但撇开字面的理解,许多用人单位虽然制定了名为“罚款”的处分措施,但其实质是“扣薪”处分。因为,实务上,大部分所谓“罚款”都是从工资中加以扣除,并不是要求劳动者另行支付所谓的“罚款”,因此,企业所谓的“罚款”实为“扣薪”行为,不必完全拘泥于其表面的用语而一概加以禁止。“扣薪”作为惩戒措施有其合理性和便利性。理由在于:第一,扣薪符合合同法原理。用人单位的主要义务是支付工资,当劳动者违反纪律,而有违反劳动者义务的行为时,从合同法角度,用人单位自然可以根据劳动者履行义务的情况,减少其对价,而履行其相应的义务,因此,扣薪具有合同法上的依据。第二,扣薪是一种比较柔性而务实的惩戒措施。扣薪因其实质地减少了雇员的收入,相比“警告”等行为,使雇员遭受了直接的物质的不利益,有利于督促劳动者履行相关规则和义务,减少对纪律的违反,因此是一种务实的惩戒手段。同时,扣薪也是比较柔性的惩戒措施,相比调岗、解雇,扣薪对劳动者的影响较小,容易被雇员接受。第三,扣薪通常规则明确,容易实施,不易引起纠纷。因此,扣薪对于那些轻微和中度的违反工作规则的行为是一种较简便的惩戒手段,可以平衡雇员和雇主的利益。正因如此,扣薪被我国台湾、日本和意大利等国家和地区广泛认可。因此,我国对于用人单位规定的“罚款”不应简单地给予否定,如果名为“罚款”实为“扣薪”,则不应一概否定。特别是由于《企业职工奖惩条例》认可“罚款”,许多单位一直沿用,完全禁止“罚款”,对企业和员工未必有利。

由于工资属于劳动者的基本权利,各国劳动法一般都对工资提供了特殊保障,加上“扣薪”主要由雇主单方面制定规则加以实施,因此,有必要对扣薪的数额进行限制。比如,日本《劳动基准法》第91条规定了减薪的限度,即进行减薪制裁时,一次减薪的数额不能超过日平均工资的半额,减薪的总额不能超过一个工资支付周期的工资总额的1/10。⁽³³⁾意大利法律的规定更加严格,雇主对雇员的罚款不得超过4小时的工资。⁽³⁴⁾原《企业职工奖惩条例》(第16条)则规定:“对职工罚款的金额由企业决定,一般不要超过本人月标准工资的20%。”相比之下,日本的规定较为合理可行,可资借鉴。

(三) 调岗

“调岗”也称“调职”,是我国台湾地区认可的惩戒手段之一,⁽³⁵⁾也是日本允许的雇主对劳动者的一种惩戒手段。⁽³⁶⁾在我国司法实践中,法官也在一些案例中认可用人单位对劳动者进行调岗,诸如上文提及的“赵某与北京某电力市政工程有限责任公司劳动争议案”。从法理看,调岗应否作为雇主的惩戒手段?我国《劳动合同法》第40条规定了用人单位可以单方面调整劳动者工作岗位的两种情形,即“劳动者患病或者非因工负伤,在规定的医疗期后不能从事原工作”,以及“劳动者不能胜任工

(32) 参见我国《行政处罚法》(2009年修订)第2、3章。

(33) 日本《劳动基准法》(2012年)第91条。

(34) [意]T.特雷乌:《意大利劳动法与劳资关系》,刘艺工、刘吉明译,商务印书馆2012年版,第74页。

(35) 同注2引书,第425页。

(36) Takashi Araki, *Labor and Employment Law in Japan* 154 (the Japan Institute of Labor 2002).

作”,用人单位可以单方面调整工作岗位;除此之外,《劳动合同法》没有关于调岗的其他规定。由于调岗涉及工作内容的变动,一般被认为是劳动合同的变更;而劳动合同变更根据《劳动合同法》第35条的规定,必须经用人单位与劳动者协商一致,因此,除法定情形下,用人单位是否可以单方面调岗,包括实施惩戒性的调岗成为理论和实务的一个重要课题。

包括调岗在内的劳动合同变更一直是理论界和实务界的一个难题。原因在于,由于劳动合同的长期性以及内容的不确定性,雇主需要根据市场环境、企业业务和人员状况对劳动者的工作岗位和工作内容作适当调整,以适应形势变化的需要,而工作岗位等变动往往涉及工作内容、工资、岗位级别、所需技能等的变化,对劳动者影响巨大。因此,在劳动合同的变更上,雇主的用工自主权和劳动者的就业安定权形成一定的张力,较难平衡。有关工作岗位变动和劳动合同变更的学说和判例更是五花八门,难以统一。⁽³⁷⁾ 目前,较易被接受的观点和实务做法是,雇主单方调岗必须满足两个条件:一是雇主通过和雇员明示或默示的合意,取得单方面的调职权;二是雇主必须遵循诚实信用原则,对劳动者进行合理的调岗,不得滥用调岗权利。⁽³⁸⁾ 简言之,一是双方达成合意,二是调岗必须合理。在我国司法实践中,一些地方法院的指导意见给予用人单位更大的自主权,只要调岗合理或者合同变更合理,双方是否达成合意,似乎并不是必备条件。⁽³⁹⁾ 法院判决中,也有支持用人单位单方面调岗的行为。从上述学说和判例看,只要符合一定条件,雇主有权实施调岗行为。

根据上文有关雇主调岗的理论和实践,我国应允许雇主实施惩戒性调岗。主要理由包括:第一,惩戒性调岗基本符合雇主单方调岗所需的“合意”和“合理”两个条件。在惩戒场合,因雇员违反义务和纪律,对“合意”的要求可以适当降低,如果规章制度有明文规定,可以构成“合意”的表现,只要雇主满足了“合理”调岗另一要件,应当允许雇主实施惩戒性调岗。从我国大陆和台湾地区的案例实践看,许多法官并没有将雇员的同意作为雇主单方调岗的前提条件,因此,只要惩戒性调岗措施明确记载于规章制度,即便没有劳动者的具体同意,也应不妨碍惩戒性调岗的实施。第二,调岗是一种宽严适当的惩戒措施,并可以减少解雇的发生。常用且被普遍接受的惩戒措施一般只包括“扣薪”、“调岗”、“解雇”等类型。“扣薪”因法律对扣薪数额有严格的限制,对雇员的惩戒力度有限,如果没有“调岗”作为“扣薪”和“解雇”的中间措施,会使解雇增多,这对雇主和雇员均不利。第三,我国实务中许多用人单位规定了“调岗”的惩戒措施,与其禁止“调岗”,不如认可并对其加以规范。⁽⁴⁰⁾ 需要说明的是,因调岗,劳动者的义务发生重大变更,对劳动者的影响较大,惩戒性调岗应适用于劳动者严重或者比较严重违反规章制度或严重违纪的场合,一般的违纪行为不应适用。

(四) 赔偿损失

“赔偿损失”经常被用人单位作为惩戒的手段,规定于用人单位的规章制度之中,例如上文提及的

(37) 同注2引书,第146-173页。

(38) 参见丁建安“论企业单方调岗法律效力的判断”,载《当代法学》2015年第3期,第134页。

(39) 例如,浙江省高院《关于审理劳动争议案件若干问题的意见(试行)》(浙法民一[2009]3号)第42条规定,企业对劳动者工作岗位的调整,如果没有变更劳动合同的主要内容,或“虽有变更但属生产经营所必需,且对劳动报酬、其他劳动条件未作不利变更的”,劳动者有服从安排的义务;后者则如广东省高院、劳动人事争议仲裁委员会2012年《关于审理人事争议案件若干问题的座谈会纪要》第22条规定,企业对劳动者工作岗位的调整,只要该调整为企业生产经营所必需,而且调整后劳动者的工资水平与原岗位基本相当、不具有侮辱性与惩罚性、无其他违反法律法规的情形,劳动者就有服从的义务。

(40) 参见“赵某与北京某电力市政工程有限责任公司劳动争议一审民事判决书”,(2015)西民初字第06054号;“侯某与北京市某速递物流有限公司劳动争议一审民事判决书”,(2014)西民初字第23754号。

“北京某科技股份有限公司与郑某劳动争议案”该公司《行政管理制度汇编》中有关条款规定,“有下列事由之员工,经调查核实,将根据情节除了按相应的制度规定给予考核扣分外还要给予记大过处分,造成经济损失的,赔偿相应经济损失”。⁽⁴¹⁾在“侯某与北京市某速递物流有限公司劳动争议”案中,公司《员工奖惩细则》也包含有“被惩处员工给公司或用户造成经济损失的,责令其赔偿经济损失”的内容。在“某名表城诉徐某案”中,该用人单位《关于手表丢失及手表损坏之规定》规定,“手表丢失……失职责任人承担零售价的10%”。⁽⁴²⁾

我国《劳动合同法》第90条、第91条规定,劳动者违反该法规定解除劳动合同、违反约定保密义务或者竞业限制约定,给用人单位造成损失的,应当承担赔偿责任;用人单位招用与其他用人单位尚未解除或者终止劳动合同的劳动者,给其他用人单位造成损失的,劳动者与用人单位应当承担连带赔偿责任。可见,《劳动合同法》关于劳动者赔偿责任的规定主要限于劳动者违法解除劳动合同以及双方存在保密协议或竞业限制等特别约定的情形,《劳动合同法》及《劳动法》并未规定劳动者在劳动合同履行中的赔偿责任。虽然如此,实践中有不少案例,用人单位要求劳动者承担在劳动合同履行中给用人单位造成损害的赔偿责任。在大多数案件中,仲裁机构或法院多以用人单位无法举证证明损失是由劳动者造成的,拒绝用人单位的请求,例如,“北京某建筑有限公司与腺某劳动争议案”。⁽⁴³⁾但也有些案例,仲裁机构或法院支持用人单位的主张,判决劳动者承担赔偿责任。例如,在“某印刷公司与郭某劳动争议案中”,一审和二审法院认定,郭某作为公司财务经理对丢失现金244855元具有重大过失,应赔偿印刷公司丢失现金80%的损失,即195884元。⁽⁴⁴⁾在上述“某名表城诉徐某案”中,仲裁机构支持了用人单位的赔偿主张,但一审和二审法院以用人单位不能证明劳动者工作中存在不符合工作流程或存在重大过失为由,拒绝用人单位的赔偿请求。

根据上述立法和实践案例,我国应否承认用人单位对劳动者实施“赔偿损失”的惩戒手段?答案是否定的。理由在于:第一,“赔偿损失”问题可由法律规则解决,不应通过雇主的惩戒规则实施。雇主的规章制度和惩戒措施主要属于雇主自治权的范畴,更多突出雇主的意志,如果雇员的义务及其责任可以通过法律规则解决,则应当通过法律规则解决。赔偿损失除了可依据劳动法的相关规定,民法规则(包括判例规则)也有适用余地。例如,在德国,关于雇员对雇主的赔偿责任,《民法典》原则上是适用的,但法院通过判例确立了不完全等同于民法规则的特殊规则,即雇员不对自己的轻微过失承担责任,对于中度过失只承担部分责任,只有故意或重大过失才承担全部责任。⁽⁴⁵⁾通过成文法和法院的判例规则可以解决雇员赔偿雇主损失的问题。更为重要的是,损失赔偿是一个极为复杂的问题,涉及对劳动者是否故意或过失,重大过失、中度过失、轻度过失,损失的因果关系,以及损失金额的确定,这些复杂问题必须依靠专业的裁判机构才能作出认定,仅凭雇主和劳动者是无法解决此类问题的。第二,雇主的规章制度和惩戒规则难以对“赔偿损失”作出有效规定。因雇员的行为给雇主造成的损失的计算十分复杂,因此,通常雇主无法就雇员应承担的损失赔偿额作出有效的规定。例如,上文提

(41) 参见“北京某科技股份有限公司与郑某劳动争议二审民事判决书”,(2015)一中民终字第4723号。

(42) 北京市劳动和社会保障法学会《劳动与社会保障》2012年第4期,第45页。

(43) “北京某建筑有限公司与腺某劳动争议一审民事判决书”,(2015)怀民初字第01881号。

(44) 北京市劳动和社会保障法学会《劳动与社会保障》2015年第2期,第71-73页。

(45) Weiss & Schmidt, *supra* note 30, at 117-118.

及的“北京某科技股份有限公司与郑某劳动争议案”和“侯某与北京市某速递物流有限公司劳动争议案”的规章制度,大致只有“造成经济损失的,赔偿相应经济损失”的笼统规定。即使在“某名表城诉徐某案”中,该单位规定了“手表丢失……失职责任人承担零售价的10%”的内容,虽然该规定具体、明确,但其合法性、合理性和可操作性,仍存在很大疑问。第三,由于赔偿金数额可能巨大,如果可由雇主制定,可能对雇员造成严重不公。第四,从比较法角度看,日本、意大利和我国台湾地区这些对惩戒有法律明文规定的国家和地区,都不包含“赔偿损失”的惩戒手段。概言之,“赔偿损失”应由当事人通过法律规定或判例,经由裁判机构处理,不应由雇主的惩戒规则加以解决。

(五) 惩戒解雇

解雇是被普遍认可的一种惩戒措施,特别是当雇员严重违反工作纪律或工作义务时,唯有解雇才能实现维护雇主秩序、惩戒雇员的目的。当然,解雇涉及劳动者就业的基本权利,是劳动法上的重要制度,通常解雇事由由法律规定,当事人不得自由约定,雇主也不能随意设定解雇事由。但法律或判例通常只规定了雇主可以解雇的事由类型,不可能将所有具体解雇事由一一列举穷尽,因此,用人单位的规章制度和惩戒规则就有进一步具体化的空间。例如,我国《劳动合同法》第39条规定了因劳动者的原因,用人单位可以解除劳动合同的情形,^[46]其中“严重违反用人单位的规章制度的”、“严重失职、营私舞弊、给用人单位造成重大损害的”,既是法定的解雇事由,同时也为雇主实施惩戒性解雇提供了空间,雇主可以在其规章制度及惩戒规则中具体列举何为“严重违反规章制度”,“严重失职、营私舞弊”等等。因此,惩戒解雇一方面不得违背法律的规定,另一方面又是落实法定解雇的重要方式,法定解雇和惩戒解雇往往交织在一起。实践中,许多雇主的规章制度或惩戒规则都包括惩戒解雇的内容。而且,在许多案件中,裁判机构也根据雇主的规章制度,认定雇员的行为属于“严重违纪”,支持雇主对雇员实施的惩戒解雇,例如上述“侯某与北京市某速递物流有限公司劳动争议案”和“李某与某保险有限公司上海分公司劳动争议案”。

因法律明文规定雇主可以解雇雇员的一般事由,因此,解雇作为惩戒手段不存在法律障碍,问题是如果任由雇主自行细化或规定解雇的具体事由,将违背解雇制度设置的初衷,并损害雇员的基本权利。因此,适用惩戒解雇的违纪行为必须是性质和情节最为严重的情形。例如,我国台湾地区台北地方法院在2002年的一个案例中指出,“以解雇作为惩戒手段终止,将使劳工丧失既有的工作,所导致之后果最为严重,故须有‘劳基法’第12条各款规定之情形,足认劳动关系受严重之干扰而难期继续,而有立即终结之必要,且雇主采取其他惩戒方法,如记过、扣薪、调职均已无法维护其经营秩序,使得以解雇作为惩戒手段”。^[47]因此,作为适用惩戒解雇的行为的严重性必须超出其他惩戒措施适用的行为,而且,惩戒解雇应当作为最严厉也是最终的惩戒手段。

由于我国《劳动合同法》将“严重违反”规章制度的具体情形交由用人单位规定,裁判机构除了审查规章制度的合法性,亦应对规章制度以及惩戒规则的合理性进行审查,特别是对适用惩戒解雇的“严重违反规章制度”的情形,应从用人单位的业务性质、劳动者违纪的情形以及给单位可能造成的损害或影响、同行业其他用人单位的规则、适用其他惩戒措施的行为、员工和社会的一般评价标准和可

[46] 我国《劳动合同法》第39条的具体内容。

[47] 同注2引书,第425页。

接受的程度等方面对规章制度以及惩戒规则的合理性进行审查。如果规章制度和惩戒规则不合法或者明显不合理,裁判机构应否定雇主的惩戒性解雇。当然规章制度包括惩戒规则的“合理性”是一个复杂的问题,需要在个案中综合各方面因素进行判定,既不能对雇主的规章制度放任不管,又不能越俎代庖,损害用工单位的自主权。由于惩戒解雇和法定解雇融为一体,因此,有关惩戒解雇规则和实践的完善,更依赖于劳动合同解除制度特别是解雇制度法理和实践的完善。

(六) 停职

日本、意大利和我国台湾地区将“停职”作为雇主惩戒的一种手段。在日本,停职又称“停止出勤”,是指即使劳动契约关系仍然持续,劳动者有提供劳动力的意愿,但雇主在一定期限拒绝劳动者提供劳动的处分方式。通常,停止出勤期间不支付工资,工龄也不合并计算,劳动者丧失了对工资的请求权,是比较严厉的处分。⁽⁴⁸⁾ 意大利的立法则规定,停职或停薪不得超过10天。⁽⁴⁹⁾ 我国原《企业职工奖惩条例》规定了“留用察看”和“停职”类似,但也有明显不同。⁽⁵⁰⁾ 目前实践中,几乎没有见到用人单位将“停职”作为惩戒手段的做法。笔者不赞同将“停职”引入我国。一是我国缺乏相应的实践和理论,盲目引进,可能水土不服。二是雇员“停职”期间,劳动关系存在,但雇主不支付工资,该期间双方的权利义务如何确定,比如,劳动者是否有报告的义务,劳动者是否得以自行安排作息,等等,都是难题,不必支付的“工资”数额如何计算也是实际问题。三是“停职”是否能起到惩戒的效果值得怀疑。如果“停职”的期限过短,如上述意大利的规定,难以达到惩戒效果,如果期限过长则可能影响雇主的业务。而且,根据我国目前工资支付的有关规定,雇员因个人原因请假(事假),雇主可以不支付工资。雇员“停职”期间的待遇和雇员请事假的效果是一样的(雇员不必上班,雇主不支付工资),因此,“停职”究竟是一种惩戒还是一种有利于雇员的待遇值得怀疑。因此,笔者不赞同将停职作为惩戒手段引入我国。

五、惩戒制度的一般规则

除了上述有关惩戒事由和惩戒措施的主体内容之外,由于惩戒赋予雇主较大权力,且雇员将承受惩戒的不利后果,对雇员影响较大,因此,为保护雇员利益,惩戒规则以及惩戒实施还必须遵守如下一般规则。

(一) 规则明确

惩戒一般体现于雇主的规章制度之中,且一旦实施,雇员可能蒙受不利益,因此,有关惩戒的事由和措施必须明确。“规则明确”包含三项要求:首先,有关惩戒规则应制定于规章制度或工作规则的明文当中。例如,日本《劳动基准法》明确规定,关于奖惩办法、惩戒种类和程度的相关事项应作为就业

(48) 同注16引书,第141页。

(49) 同注34引书,第74页。

(50) 《企业职工奖惩条例》第14条。根据该条例,对职工给予留用察看处分,察看期限为一至二年,留用察看期间停发工资,发给生活费。留用察看期满后,表现好的,恢复为正式职工,重新评定工资;表现不好的,给予开除。“留用察看”和“停职”的不同之处在于:一是期限较长,二是察看期间单位还发给生活费,三是察看期间职工还有义务上班。

规则的事项制定于就业规则中。⁽⁵¹⁾ 我国台湾地区也有类似的规定。⁽⁵²⁾ 据此要求,原则上规章制度或工作规则未加以规定的惩戒事由,不得对其实施惩戒。其二,规则必须为雇员所知晓。规则必须通过适当方式让雇员所知悉。其三,规则必须“具体”、“明确”。我国台湾有关机构指出,“工作规则规定劳工应遵守之纪律、考勤及奖惩事项,其条文应具体、合理、明确,不应以不确定之‘其他情节’一词概括”。“惩处处分之构成要件,法律以抽象概念表示者,其意义须非难以理解,且为一般受规范者所得预见,并可经由司法审查加以确认,方符合法律明确性原则。”⁽⁵³⁾ 我国台湾地区有关部门的解释值得借鉴。

(二) 公平合理

由于法律对惩戒制度仅有最原则的规定,惩戒事由和惩戒措施往往留给雇主和雇员确定,而现实中,各类企业的业务和相应规则,包括惩戒规则亦纷繁复杂、各式各样,因此,对惩戒规则不仅应进行合法性审查,也应进行合理性审查。我国台湾著名劳动法学者黄越钦先生明确指出,法院对惩戒“不仅可审查其合法性,并得对其妥当性加以审查”。⁽⁵⁴⁾ 由此看出,不管是惩戒事由还是惩戒措施都必须具备合理性,换言之,惩戒事由和措施都必须符合“比例原则”,不畸轻畸重。合理原则要求惩戒处分必须与不当行为的程度成比例,在同一公司中和以前类似的先例相比,惩戒处分不能过分。⁽⁵⁵⁾ 关于惩戒的合理性原则,日本已经将之成文化。日本2007年《劳动契约法》规定:“雇主对劳动者惩戒时,该惩戒对照与其相关的劳动者行为的性质以及形态等其他事项,欠缺客观的合理的理由,不被认为相当于社会通常理念时,作为该权利的滥用,该惩戒无效。”可见,惩戒应当合理,并被社会通常理念所接受,否则构成权利滥用。因此,由于惩戒规则的复杂性和灵活性,一方面给裁判机构较大的自由裁量权,另外,裁判机关如何合理行使裁量权,“合理”判断雇主惩戒规则及其实施的“合理性”仍是一个有待深入研究的问题。

(三) 程序正当

由于惩戒是对雇员的一种不利益,借鉴其他类型的惩戒规则,雇主的惩戒也应当遵循正当程序原则。程序正当不仅包括惩戒规则制定的正当程序,也包括惩戒措施实施的正当程序。对于后者,雇主在实施惩戒时,应告诉雇员惩戒的事由和理由,应给予雇员陈述和申辩的机会,同时,也可以考虑借鉴我国《劳动合同法》第43条有关雇主单方面解除劳动合同时,将理由事先通知工会的规定,要求雇主在存在工会时,将惩戒事由和理由事先通知工会。

除了以上原则,雇主的惩戒也应遵循惩戒的其他规则,比如一事不再罚、及时处理、平等对待等原则。

六、结语

以上分析表明,雇主的惩戒行为应当受到法律规制。但同时需要注意的是,惩戒事由和惩戒措施

(51) 日本《劳动基准法》第89条第1款第(9)项。

(52) 我国台湾“劳动基准法”(2011年)第70条。

(53) 同注16引书,第423页。

(54) 同注5引书,第255页。

(55) Takashi Araki, *supra* note 36, at 157-158.

主要由也应当由雇主通过规章制度的形式制定,是雇主用工自主权的一种体现。由于惩戒事由和惩戒措施具有很大的自主性和灵活性,加上惩戒可能对雇员带来不利益,在立法上详细规定惩戒制度未必对劳动者有利。德国战后一改过去的做法,在立法中对惩戒制度保持沉默,也说明了在立法中对惩戒制度应当非常审慎。

由于我国判例制度不发达,遵循我国立法传统并且借鉴境外的立法和判例,未来我国在劳动法修改中可增加有关惩戒制度的条款,规定惩戒制度的一般原则,诸如,惩戒规则公开,惩戒事由和措施合理,程序正当,等等;对惩戒事由和措施仅作原则性规定,而不作具体规定,将惩戒事由和措施的具体规则交由用人单位依法规定,并接受裁判机构的审查。惩戒规则及其实践,有赖于立法的原则规定,雇主合法合理的工作规则,更有赖于裁判机构对规则合法性和合理性的审查,各方的正确定位以及合理的分工合作,才能确保惩戒制度发挥积极作用,降低其负面影响,平衡雇主和雇员的利益。

The Legal Basis and Regulation of the Employer's Power to Discipline the Employee

Xie Zengyi

Abstract: Most employers incorporate disciplinary grounds and measures into their internal rules and regulations. Although the disciplinary power is an inherent power of the employer and is based on contract, the discipline of employees by employers should be subject to the restriction by law. The grounds for disciplinary measures should be work-related acts in breach of the duties of the employee. The law may recognize such disciplinary measures as warning, wages decrease, demotion and discharge, but not “damages” and “suspension”. The disciplinary system should also follow the principles of clearness of rules, fairness and reasonableness, due process, etc. In the future revision of labor laws, China should provide for general rules on discipline and allow the employer to adopt and implement, in accordance with law, their own detailed rules on grounds for and types of disciplinary measures, which should however be subject to the review of the labor arbitration authorities and courts.

Keywords: employer; discipline; disciplinary grounds; disciplinary measures

(责任编辑:丁洁琳)