

论用人单位内部调职的法律规制

程隽怡

(苏州大学 王健法学院, 江苏 苏州 215000)

[摘要] 用人单位内部调职是指在同一用人单位内,长期性变更劳动者的工作场所、工作内容的行为。一方面,这一措施实现了以稳定为基础的劳动力流动;另一方面,用人单位任意变更劳动者工作的现象层出不穷,因此引发的劳动纠纷也越来越多。现阶段此领域的法律制度仍存在着不足,应该从明确法律对“平等自愿、协商一致”的要求、设置用人单位在劳动合同中预设调职情形的条件、细化用人单位单方调职的条件等方面予以完善。

[关键词] 用人单位;内部调职;法律规制

[中图分类号] D922.5

[文献标识码] A

[文章编号] 1674-117X(2014)05-0052-05

Discussion on Legal Regulations of Internal Transfer of Employers

CHEN Junyi

(Kenneth Wang School of Law, Soochow University, Suzhou, Jiangsu 215000 China)

Abstract: Internal transfer here refers to the change of employees' working locations or contents on a long-term basis within the enterprises. On the one hand, it leads to the mobility of labor without causing much instability in the relationship between employers and employees. On the other hand, arbitrary transfers keep cropping up, leading to an increasing number of disputes. At present, the legal system concerning this area is still not perfect enough, and some measures should be taken to improve it, including: to define more clearly the meaning of "equality, free will and negotiated consensus"; to establish criteria for pre-set conditions of internal transfers in the labor contracts; to set out more specific conditions of transfers caused by employers.

Key words: employer; internal transfer; legal regulation

一种健康的劳动关系应当是和谐稳定的,这对劳资双方都有益。然而,劳动关系的长期化与稳定性并不绝对,相反,在确保劳动关系相对稳定的基础上,法律还要保证劳动力的适当流动性。

所谓劳动力的流动,即劳动力从一个工作岗位或工作地点向另一个工作岗位或工作地点的移动,主要通过劳动力市场来实现,包括内部劳动力市场与外部劳动力市场。前者以终止或解除合同为前提,不利于劳动关系的稳定;而后者则不会带来劳动关系的剧烈变动,还可作为奖惩手段来激励员工。它实现了以稳定为基础的劳动力流动,因此成为实践中的普遍现象。但这并不意味着用人单位

可以任意变动劳动者的工作——用人单位应当以法律为准绳;任意为之会产生劳动争议。实际上,现阶段此领域的法律制度尚存不足与空白,并由此引发了越来越多的劳动纠纷,亟待在今后予以弥补与完善。

一 用人单位内部调职的概念与分类

(一) 用人单位内部调职的概念

用人单位内部调职是指在同一用人单位内,长期性的变更劳动者的工作场所、工作内容的用人单位的行为。^[1]长期性是用人单位内部调职的一个重要特征,该特征使之与出差、轮岗等概念相区分。

所谓出差是指基于用人单位业务的需要,临时性、短期性地指派劳动者到同一用人单位内的其他部门或分支工作、或者到用人单位外工作,而劳动者的工作岗位、职务身份并没有发生改变;^[2]而轮岗则是在企业内部进行的一种临时性的岗位交流,将劳动者置于不同的工作岗位予以历练,可以达到用人单位人才需要之目的。^{[3]226}二者尽管分别涉及工作场所、工作内容的变更,但这种变动都是短期性的,与调职的长期性存在区别。此外,轮岗等制度还可以提高劳动者的综合能力,法律实无干涉之必要。

(二) 用人单位内部调职的分类

根据不同的标准,可以对用人单位内部调职做出不同的分类,这也有助于从各种角度来理解这一问题。

1. 用人单位单方面的变更与双方协商一致的变更。根据主体不同,可以将用人单位内部调职分为用人单位单方面的变更与双方协商一致的变更。用人单位与劳动者双方协商一致的变更是一种理想状态。在该情形下,劳资双方在原合同的基础上达成新的合意,变更劳动合同。只要双方意思表示真实,法律便没有干涉的必要。而在实践中,更为常见的则是用人单位单方变更。笔者认为,出于生产经营等公司发展的需要,企业自然有权调整其员工的工作岗位、工作地点等。但是,这种权利并不是绝对的,它要受到劳动合同的限制,必须符合劳动合同关于工作地点、工作内容等的规定。若要突破劳动合同的约定,则需要与劳动者协商一致,^[4]方为有效。另外,笔者认为,劳动者单方虽然无权做出变更,但拥有调职的申请权。如劳动合同或公司章程中约定劳动者满足一定条件即可晋升职位,那么条件成就时,劳动者自然可以提出请求,要求公司为之提供新岗位,公司也应当满足劳动者的合理要求。

2. 工作地点变更的调职与工作岗位变更的调职。根据调职的变更对象,调职可分为工作地点变更的调职与工作岗位变更的调职。工作地点变更的调职包括异地变更与同城变更。有学者认为,若工作地点变更发生在同一市郊县,劳动者上下班的通勤时间虽有所增加,但对劳动者每日返家未造成影响,此种情形下用人单位不经过劳动者的同意,即可变更劳动者的工作地点;反之,如果劳动者的工作地点变更至异地,劳动者被迫与家人分居两地,用人单位必须征得劳动者的同意才可对劳动者调职。^{[3]220-223}而工作岗位某种程度上决定了劳动

者的劳动报酬,从这一角度,工作岗位变更可分为三种类型:第一类为工作岗位变更、薪水增加型,第二类为工作岗位变更、薪水不变型,第三类为工作岗位变更、薪水减少型。笔者认为,在第一种情形下,用人单位变更劳动者的工作岗位,劳动者的劳动报酬随之增加,如劳动者被晋升或者新的工作岗位带来更多的奖金,这种变动符合劳动者从事职业劳动的普遍追求,因此用人单位一般可不经劳动者同意变更劳动者的工作岗位。^[5]那么,第二类工作岗位变更是否需要劳动者同意呢,在颇受舆论关注的“天价清洁工”一案中,杨华原本担任公司资深策划,月薪9000元。在她怀孕后,公司将其调整为打扫厕所的清洁工,月薪保持不变,她成为了“史上最贵的清洁工”。笔者认为,在这一情形下,尽管劳动报酬并未发生变化,但是前后两个工作岗位之间在职级职等、繁重程度、技术含量等多个方面存在区别,因此需获得劳动者同意方可调职,故而该案中的岗位调动是无效的。至于第三种情形,它显然不利于劳动者,应当获得劳动者同意,方可有效。

二 用人单位内部调职的法律现状

(一) 用人单位内部调职的法律性质之争

关于用人单位调职权法律性质的法律性质,学界有不同观点。其中,概括的合意说、限定的合意说和调职命令否定说较有代表性。

1. 概括的合意说主张,劳工于缔结劳动契约时,已将劳动力之使用概括地委托于雇主,而不会就各个具体劳动为直接、具体的约定。^[6]用人单位因此获得了劳动指挥权,可以决定劳动者的工作场所与工作内容。在该理论指导下,用人单位的调职权几乎不受约束,这显然不利于保护劳动者,因此受到学界的批评。

2. 限定的合意说则不承认用人单位有概括的劳动指挥权。它主张调职如果是在劳动契约之预定范围内时,则调职只是契约履行之过程,调职命令仅是劳务指挥之一种样态的事实行为,劳工当然必须服从。反之,若调职超越劳动契约之预定范围外时,则调职即为变更契约内容之要约,未得劳工之同意时,调职对劳工不生拘束力。^[7]较之概括的合意说,限定的合意说在一定程度上限制了用人单位的权力。但是,用人单位为了给自己的人事调动提供方便,常常会在劳动合同中设置如下格式条款:“甲方(用人单位)有权根据生产经营的需要与乙方(劳动者)的工作表现,调整乙方工作,乙方必须服从甲方的安排。”处于弱势地位的劳动者为了

获得工作机会,通常会勉强接受该条款。于是,用人单位实际上仍获得了的不受限制的调职权。

3. 调职命令否定说主张用人单位没有命令劳动者调职的权利。劳动者变动工作内容或工作地点属于劳动合同变更的范畴,因而必须每次经过劳动者个别的明示或默示的同意,用人单位才能对其进行调职。^[8]此学说不认可用人单位可以通过劳动合同的授权而获得调职权,正视了劳动者与用人单位之间的不平等地位。根据该理论,用人单位调职权大大受限,权利范围狭小,起到了保护劳动者的作用。

(二)我国关于用人单位内部调职的现行法律规定

我国大陆地区劳动法关于用人单位内部调职的法律规定主要包括两种情形:

1. 劳动者与用人单位可以协商一致进行调职。事实上,我国大陆地区劳动法并未明确提出用人单位内部调职这一法律概念。然而,无可否认,它属于劳动合同变更的范畴,自当适用关于劳动合同变更的条款。《劳动法》第十七条规定:“订立和变更劳动合同,应当遵循平等自愿、协商一致的原则,不得违反法律、行政法规的规定。”《劳动合同法》第三十五条规定:“用人单位与劳动者协商一致,可以变更劳动合同约定的内容。”我们知道,在合同的履行过程中,公司的生产经营状况或员工的需求等难免会发生变化。根据上述规定,面对这种情况时,劳动者与用人单位可以进行协商,达成一致意见,改变劳动者的工作地点或工作岗位。

2. 劳动者客观不能胜任工作时,用人单位可以变更其工作岗位。《劳动法》第二十六规定:“有下列情形之一的,用人单位可以解除劳动合同,但是应当提前三十日以书面形式通知劳动者本人:(一)劳动者患病或者非因工负伤,医疗期满后,不能从事原工作也不能从事由用人单位另行安排的工作的;(二)劳动者不能胜任工作,经过培训或者调整工作岗位,仍不能胜任工作的。”《劳动合同法》第四十条也做了类似规定。从中我们可以推出这样一个结论:用人单位在两种情形下可以变更劳动者的工作岗位:第一,劳动者患病或非因工负伤并且医疗期满后;第二,劳动者不能胜任工作。总体来说,根据我国《劳动法》和《劳动合同法》的规定,变更劳动合同需要双方协商一致,可见我国采用了调职命令否定说。此外,还存在几种例外情形,即在伤病或其他不能胜任工作的情形下,用人单位可以变更劳动者工作岗位,无需劳动者同意。

(三)用人单位内部调职在法律实践中的现存问题

1. 不“平等”的“协商”与非“自愿”的“一致”。如前文所述,根据我国《劳动法》与《劳动合同法》,变更劳动合同要遵循“平等自愿、协商一致”的原则。然而,这是一个原则性的规定,缺乏一个统一的标准,在司法实践中难以操作,也可能会在实际上给予用人单位过多自由。笔者认为,可以从程序与实体两个方面来分析。其中,“协商”是程序性要求,“一致”是实体性要求。

(1)劳资双方协商时地位不平等。在日常生活中,所谓协商,即共同商量。在用工实践中往往存在以下种种现象:调职时,用人单位常常会突然“袭击”,这就使得劳动者在与用人单位磋商时,处于一个毫无准备的状态,无法充分保护自己的权益。有时,用人单位为了避免冲突,会采用打电话等方式与劳动者协商调职事宜,而非采用面谈的方式。这种情况下,劳动者提出抗辩不免存在困难。此外,协商时,往往只有人事部门的员工与劳动者两人在场,而无工会代表出席;而劳动者较之用人单位,显然处于弱势地位,可能会因为胆怯等心理,不敢主张自己合法、合理的权利。那么是否但凡用人单位与劳动者经过了商量这一步骤,就可以认定为法律上的“协商”了呢?法律的规定不可能做到事无巨细、面面俱到,比如我国劳动法中并未明确界定用人单位与劳动者应当如何“协商”。具体来说,用人单位准备与劳动者协商调职前,是否需要提前通知劳动者?双方的协商是否需要当面进行?协商时是否应该有工会代表出席?现存法律在这些问题上出现了空白,导致用人单位滥用权力,对劳动者的程序保障存在缺位。程序正义是实体正义的基础。在这样的情况下,劳动者的权利显然是无法受到合理保护的。

(2)劳动者与用人单位就调职决定达成一致并非出于自愿。我们都知道,根据“协商一致”的要求,当劳动者不同意用人单位的调职决定时,该决定是无法生效的。然而实践中的情况并非如此简单。劳动合同双方的地位显然是不平等的——用人单位处于强势地位,劳动者处于弱势地位。在这样的情况下,用人单位如果提出一些不利于劳动者的调职条件,劳动者耽于失业等风险,通常不会抗议该决定,而选择忍气吞声、勉强接受。那么,这是否可以视为双方合意呢?此外,劳动者与用人单位协商时,通常不了解新工作岗位、新工作地点的状况。此时,他做出的决定是以错误认识为基础的,

那是否是真实的意思表示呢?基于这一错误认识,其对用人单位调职决定的同意可否被视作双方意思表示一致呢?在实践中,这些问题导致了不少纠纷。

2. 用人单位利用格式条款等在劳动合同中扩张自己的权利。如前文所述,尽管我国劳动法大体上采用了调职命令否定说这一理论,但用人单位常常会在劳动合同中设置“陷阱”,做出概括式规定,来达到规避法律的目的。首先,用人单位常设在劳动合同中设置如前文所述的格式条款:“甲方(用人单位)有权根据生产经营的需要与乙方(劳动者)的工作表现,调整乙方工作,乙方必须服从甲方的安排。”其次,劳动合同中对工作岗位的规定往往并不十分明确,如:“在技术部门工作”,甚至是宽泛地将工作岗位约定为“服务工作”。事实上,所谓“生产经营的需要与乙方的工作表现”并无确切、明晰的标准;“技术部门”的工作则包括了研发、宣传、维护等各种具体的工作岗位;“服务”恐怕范围更广,几乎可以囊括一个企业内的所有工作岗位。这样的条款实际上赋予了用人单位广泛的解释权,不少工作都可以被解释为“符合劳动合同的规定”,这就为其单方调职提供了极大便利。

3. 在“不能胜任工作”的情形下,劳动者的权利缺乏保障。如前文所述,根据我国《劳动法》与《劳动合同法》的规定,当劳动者客观不能胜任工作时,用人单位可以变更其工作岗位。用人单位对该法条的不当解读常常使劳动者陷入困境。依照我们通常的理解,当劳动者不能胜任原工作,用人单位为其调职时,应当将其调至一个与其能力相匹配的工作岗位,而非与之能力更不符合的工作。然而现实的情形却并非都是如此。如在李某案中,李某原从事软件开发工作,后因腰椎手术住院治疗。医疗期满后,单位根据李某“不能长时间坐着工作”的医嘱,安排李某当搬运工。李某认为自己大病初愈,且为女性,并不适合该工作,不服从该调职决定。根据《劳动法》第二十六和《劳动合同法》第四十条的规定,劳动者不能胜任工作,经过调整工作岗位,仍不能胜任工作的,用人单位可以解除劳动合同。面对一份其力所不能及的动作,劳动者显然无法足额完成工作指标。况且,劳动者对适应新的工作岗位、新的工作环境总是需要一定的适应期,这就使其面临更大困境。如此,用人单位就获得了解雇劳动者的主动权。事实上,不少用人单位就以劳动者不能胜任工作为由,利用调职手段,最终达到裁员目的,这对劳动者显然是不公平的。

三 完善用人单位内部调职的法律规制的对策

(一)明确法律对“平等自愿、协商一致”的要求

笔者认为,该规定包含两层意思。具体来说,在程序意义上,劳资双方要在“平等自愿”的基础上“协商”;在实体意义上,劳资双方则要在“平等自愿”的基础上达成“一致”的意思表示。立法与司法实践也应当从这两个方面来完善,并且应当对“平等自愿”这一要求给予相当的重视。

1. 劳资双方协商时地位应平等。在当代社会,程序正义早已成为一种不可忽视的重要价值,只有渗透了正当精神的正当程序才能够帮助人们实现现代法治。^[9]劳动法自然也当保护程序正义,从以下几个方面来确保劳资双方在协商时的平等地位:第一,用人单位准备与劳动者协商调职事宜时,应当提前若干日通知劳动者,使劳动者有所准备,不得临时通知。否则,较之准备充分的用人单位,劳动者将处于不利地位。第二,用人单位与劳动者必须当面协商,这便于双方对质,劳动者也可以及时主张自己的权利。以打电话、带口信等方式进行的协商应该被视为无效。第三,劳资双方协商时,应有工会代表出席。工会设立之目的即保护处于弱势地位劳动者。那么,在调职时,工会就应该发挥作用,维护劳动者的权利,使其免受用人单位不当调职的侵害。

2. 劳动者与用人单位就调职决定达成一致应当出于自愿。前文已经提及,劳动者通常都会答应用人单位的调职要求,以免遭受失业的困扰。但这并不表明劳动者真正认同用人单位的决定。那么该如何判断劳动者认同调职决定是真的出于自愿呢?我们必须认识到,较之民法,劳动法的平等不是绝对的,只有在向处于弱势地位的劳动者倾斜时,才能实现真正的平等自愿。笔者认为,对于提高薪水等有利于劳动者的变更,法律自不必干涉。而对于不利变更,即使劳动者并未明确提出反对,也不代表双方真正达成了一致。对此种情况,应当从调职结果上予以考量。比如劳动者的工作技能十分不适合新的工作岗位,或者新的工作地点严重影响其日常生活,则可推测劳动者的“同意”并非真实意思表示。另外,针对劳动者因对新工作了解不足而同意调职的情况,劳动者应在合理的期限内提出异议,否则将视为劳动者对用人单位调整工作岗位的认可。^[10]法律应当对这个合理期限做出规定,

笔者认为,以60日左右为宜。

(二)设置用人单位在劳动合同中预设调职情形的条件

对于前文所述的用人单位为扩张自己权利所设置的格式条款,笔者认为,在法理上它应当是无效的,理由如下:第一,劳动者较之用人单位处于弱势地位,面对用人单位提供的合同,劳动者实际上不具有足够的协商能力,以变更、修改相应条款。签订合同并不意味着他们从内心认同该条款,这并非其真实意思表示。第二,用人单位根据前述条款,可以任意变更劳动者的工作岗位、工作地点,这就是说,劳动者随时都可能被安排调职,实际上处于一个可以被任意处置的境地。这样的规定显然损害了劳动者平等就业和选择职业的权利,应当被认定为无效。第三,根据《合同法》第三十九条与第四十条,采用格式条款订立合同的,提供格式条款的一方应当遵循公平原则确定当事人之间的权利和义务,并采取合理的方式提请对方注意免除或者限制其责任的条款,按照对方的要求,对该条款予以说明。提供格式条款一方免除其责任、加重对方责任、排除对方主要权利的,该条款无效。因此,在劳动合同中设置该格式条款,扩张自己的调职权利,是无效的。但是在实践中,不少案例中却认可了这些条款的效力,该做法值得商榷。依靠法理来判断行为的正当性自然是无可指摘的,但若在司法中常常需要依赖抽象的法理来做决断,而无具体法律法规可以援引,则不免存在不合适之处。一方面,这会对司法构成负担;另一方面,这也难以使对法律科学并无深入了解的普通群众信服。故而,笔者建议在立法的层面进一步明确此类条款的效力,以增加可操作性。如规定用人单位在招聘人员时,应该公示工作岗位的性质、劳动条件和劳动待遇等,而劳动合同对劳动岗位的约定应该与公示的岗位描述相一致。^[4]这样,超出公示或劳动合同约定范围的工作岗位变动就是无效的,而在其范围内的则为有效。工作地点的变动也同此理。

(三)细化用人单位单方调职的条件

根据《劳动法》第二十六条和《劳动合同法》第四十条的规定,当劳动者客观不能胜任工作时,用人单位有单方调岗的权力。这一单方调职权是应

受到法律限制的。我们必须对这一规定做出准确的解读,并进一步完善,以保护劳动者的合法权益,并有效遏制用人单位不当调职行为。我们必须明确,诚实信用原则是劳动合同法的一项基本原则。用人单位应本着诚实信用的原则,提供与劳动者的劳动能力和技能相适应的岗位,而不能像上述李某案中的用人单位那样故意给劳动者提供与其技能和知识水平不符的岗位,有意促成劳动合同的解除条件,达到解除劳动合同的目的。^[11]劳动者调职后,可能暂时不能适应新工作,无法达到业绩考核指标等。因此,法律应当设置一个调职适应期,以免劳动者在适应新角色的过程中,因暂时不能足额完成工作指标,而面临劳动报酬降低甚至被解雇之虞。在适应期内,劳动者的工作任务可以按一定比例减少,以免受上述风险。

参考文献:

- [1] 王学华. 应规范用人单位内部调职行为[J]. 中国劳动, 2006(3): 35-37.
- [2] 王学华. 用人单位内部调职的法理探讨[J]. 中国人力资源开发, 2006(2): 97-99.
- [3] 郑尚元. 劳动合同法的制度和理念[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2008.
- [4] 沈同仙. 劳动合同在协商一致的条件下才能变更[J]. 中国劳动, 2006(3): 37-38.
- [5] 刘松珍. 调职权研究[D]. 长春: 吉林大学法学院, 2011.
- [6] 刘志鹏. 劳动法理论与判决研究[M]. 台北: 元照出版有限公司, 2002: 164.
- [7] 邱骏彦. 调职法理之探讨[M]//台湾地区劳动法学会. “劳动法”裁判选辑(一). 台北: 元照出版有限公司, 1999: 27-53.
- [8] 刘松珍. 调职法律问题初探[J]. 长春大学学报, 2011(1): 64-66.
- [9] 黄捷. 论程序法治的精神[J]. 湖南警察学院学报, 2012(4): 66-72.
- [10] 黄昆, 黄振东; 李丹春. 怎样的工作岗位调整是合法的[J]. 中国劳动, 2008(3): 50-53.
- [11] 王怀欣. 劳动者不能胜任工作或医疗期满情况下的用工管理[J]. 中国劳动, 2011(12): 41-42.

责任编辑: 黄声波