

英国行政法中的合理性原则与比例原则 在劳动法上之适用*

——兼谈我国的相关实践

孙国平

内容提要:英国行政法对劳动法深有影响,尤其是合理性原则与比例原则在劳动法判例中适用广泛,作为英国本土发展而来的合理性原则在雇佣法判例上之适用实乃英国个人主义行政法运行模式之要求,主要在不公正解雇与雇佣合同默示条款领域得以适用;而比例原则之适用则深受欧共体公法之影响,主要在反雇佣歧视法律和1998年《人权法案》方面得以适用,两原则各有其适用特点与功能。其对我国在不当解雇的合理性判断、针对员工惩戒行为的比例考量、劳动仲裁对雇主决定的过度自制以及劳动诉讼对劳动仲裁裁决的司法自制等问题的解决方面有借鉴意义。

关键词:比例原则 不当解雇 反雇佣歧视 雇佣权利

孙国平,苏州大学法学院讲师。

一 英国行政法中的合理性原则与比例原则简述及其 在劳动法上适用之背景分析

西方国家最初将劳动关系全面债化,由民法调整,迄今在《德国民法典》第二编第八章规定的各种债务关系中第611条至630条依然留有雇佣合同之相关规定,^[1]在认识到劳动关系的社会因素和人身属性之后,渐将劳动关系从民法的纯私法调整中分离出来,同时注入了国家干预的公法调整方式,劳动法遂逐渐成为一个独立的法律部门,西方国家的劳动法的运行轨迹可谓走了一条“私法公法化”模式。

英国自然也不例外,英国法学之发展大抵偏重于私法,但其行政法之发展历史亦颇为

* 本文系作者主持的江苏省教育厅研究课题“劳动法的域外效力研究”(编号为2011SJB820016)的阶段性成果。

[1] 参见陈卫佐译注:《德国民法典》(第2版),法律出版社2006年版,第231-240页。

久远,自然正义之概念即为其表现之一,但现代意义之行政法直至 17 世纪后半叶方始发展。^[2] 当代英国行政法对劳动法之影响依然深远,1997 年牛津大学法学教授保罗·戴维斯(Paul Davies)和马克·弗里德兰(Mark Freedland)曾就 1972—1997 年间公法(着重于行政法视角)对英国劳动法之影响撰写了一篇颇有影响的文章,其将行政法的运行模式或理解行政法模式分为三种:多元主义的模式、个人主义的模式以及基于宪法权利的模式,并就三种模式分别对当时的劳动法司法实践之影响做了逐一分析。^[3]

英国行政法对劳动法施加影响的方式主要有两种,一是对雇主决定裁判时适用行政法原则判案形成的案例法,另一种则是基于行政法原则与理念由英国议会制订的制定法。其中最具影响的当数行政法中的合理性原则^[4]与比例原则。初看起来,此话似乎有欠准确,前者一般被公认为英美法系行政法上一大原则应无疑问,但后者通常被认为是源自德国的大陆法系行政法的一大原则,怎么与英国的合理原则相提并论,在此确有必要首先作出说明。

截至 1948 年 *Associated Provincial Picture Houses v. Wednesbury Corporation* 案^[5](下文简称 *Wednesbury* 案)之前,英国行政法的合理性原则业已成为司法审查时决定行政行为是否超越权限或滥用权力的最重要审查原则,但仅限于程序瑕疵方面的形式审查。^[6] 而行至 *Wednesbury* 案,其主要事实为:1932 年英国星期日娱乐法将星期日开放使用电影院合法化,并授权核发执照的主管机关在核发准演执照之同时可附加“其认为适当”的限制条件。本案原告公司是 Gaumont 电影院的经营权人,被告则是依据 1909 年电影法有权核发准演执照的主管机关。原告向被告提出申请,请求被告核准在星期日开放使用 Gaumont 电影院放映电影,被告审核结果准许原告在星期日放映电影,但附有下列条件:15 岁以下之孩童,不论是否由成人陪同,均不准入场。原告因而起诉请求法院宣告此项附件条件为不合理且是越权行为。一审法院驳回原告之诉,原告不服,遂向高等法院提出上诉。该案作为英国行政法中合理性原则演变的标志性案例,已发展到了司法审查通过运用合理性原则来审查行政行为是否越权的实质审查阶段。该案中,格林勋爵(Lord Greene MR)阐明了纵使行政裁量在其他方面合法,但如果该行政裁量“是如此的不合理以至于没有任何理性之机关会这样做”,则该行政裁量依然会被审查院所撤销。^[7] 法院在此阐述中之作用仅在于撤销那些不具合理性的极端裁量。以至于有人称该案确立了“不合理”标准,国内也有著作将之称之为 *Wednesbury* 不合理原则。^[8]

但在司法实践中,*Wednesbury* 案所确立的运用合理性原则进行实质性司法审查标准,随着时间的推移逐渐软化,尤其是在不涉及权利的案件中,诸多英国法院更倾向于适用库克勋爵(Lord Cooke)在 *International Traders' Ferry (ITF)* 案^[9]中的表述,他用“合理性”标准代替“不合理性”标准,这一转变虽然微小,意义却很重大,因为其鼓励法院去审查该行政裁量是否合理而非关注于其是否整体不合理。但即使这样,*Wednesbury* 案确立的标准依然是在

[2] H. W. R. Wade, *Administrative Law* (6th Ed.), Oxford: Clarendon Press, 1988. p. 15.

[3] Paul Davies & Mark Freedland, *The Impact of Public Law on Labor Law, 1972 - 1997*, 26 *I. L. J.* 311 (1997).

[4] 本文行文中合理性原则(the principle of reasonableness)与合理标准(the reasonableness test)为同义互用。

[5] *Associated Provincial Picture Houses v. Wednesbury Corporation* [1948] 1 KB 223.

[6] 城仲模主编:《行政法之一般法律原则(一)》,台湾三民书局 2000 年版,第 182 页。

[7] *Associated Provincial Picture Houses v. Wednesbury Corporation* [1948] 1 KB 234.

[8] 何海波:《实质法治》,法律出版社 2009 年版,第 334 - 335 页。

[9] *R v. Chief Constable of Sussex, ex p International Trader's Ferry Ltd* [1999] 2 AC 418, 453.

非权利案件中进行司法审查的权威标准。^[10]但在事涉人权的案件中,法院采取了一种更为深入的审查方法(有时称之为“忧虑审查”),亦即对人权干预的程度越深,行政裁量的裁决者提供的理由就要更具合理性。^[11]

从英国本土发展而来的合理性原则,自原先的定义模糊、对行政机关急于行使其权限未能予以规范、限于程序审查之瑕疵,逐渐过渡到内涵丰富、自政府之积极行为及于消极行为、自程序审查及于实质审查的阶段,演进为一个概念相当宽泛之原则,可包含下述经常可互之替代之概念:不适当之动机与目的;考虑不相关因素;未考虑相关因素;非理性;荒谬;恶意;不诚实;恣意;刚愎;反复;过分;禁反言之违反;忽视公共政策;法律期待之违反;违反比例原则及法律解释错误等。^[12]

比例原则源自德国,曾被德国行政法鼻祖奥托·麦耶(Otto Mayer)誉为行政法中的“皇冠原则”。有的称为平衡原则、均衡原则、适当原则,是从行政行为所欲达成的目的与所采取手段之间适当性的角度来考察行政行为,其要求行政机关行使自由裁量权时要做到理性、适度,在实现行政目标与所采取的手段之间寻求必要的平衡。^[13]其假定目的与手段之间存在着可被量化的因果关系,因而后者必须和前者成“比例”,其应用非常广泛,几乎可被适用于任何领域,并经由欧洲法院和欧洲人权法院的适用而推广至整个欧洲。^[14]具体而言,德国法上的比例原则之适用要求国家行为或措施必须:(1)为达到合法目的是合适的;(2)为达到合法目的是有必要的;(3)在狭义上是成比例的:其不应施加额外负担或对大于所获取的合法目的的其他法益造成损害。^[15]

比例原则在英国司法中的确立始于1985年的政府通讯总部案^[16],该案主要事实为:政府通讯总部是外国联邦部之下的一个公共服务分支机构,其主要功能在于确保英国军事及官方通讯的安全以及提供政府机密的情报,与国家安全息息相关。该部员工均被允许,实际上是被鼓励参加全国总工会,直到本案发生时,在政府与全国总工会间还有一个惯例,即任何关于雇佣条件的改变必须经过事先协商。1984年1月25日,外国联邦部国务卿在未经过事前协商的情形下,在英国下议院宣布,政府决定颁布新的服务条件并立即生效,条件的内容是政府通讯总部员工不得再参加全国总工会,只能加入分部员工协会。该部的六个工会及个人员工为此提出本诉,主张被告违反程序上之义务,亦即未于行使权力前,公平地征询利害关系人之意见。该案本身既是重要的劳动法案例也是典型的公法案例,由迪普洛克勋爵(Lord Diplock)开创性地正式引进比例原则进入英国行政法,宣称其可为英国司法审查之基础,为传统合理性原则注入大陆法之精神。^[17]其后到2001年Daly案^[18],英国上议院最终接纳比例原则作为一个公法原则,虽然只是取得部分胜利,因为上议院的多数派并未采纳相同之观点。2004年12月,英国上议院宣布,2001年《反恐与安全法》允许不经审判而无限期

[10] *R (Association of British Civilian Internees (Far East Region)) v. Secretary of State for Defence* [2003] EWCA Civ 473; [2003] QB 1397.

[11] *R v. Ministry of Defence, ex p Smith* [1996] QB 517.

[12] 城仲模,《行政法之一般法律原则(一)》,第197页。

[13] 何海波,《实质法治》,第249页。

[14] 张千帆、赵娟、黄建军著:《比较行政法:体系、制度与过程》,法律出版社2008年版,第554-559页。

[15] L. Hoffmann, *The Influence of the European Principle of Proportionality upon UK in Evelyn Ellis (ed.), The Principle of Proportionality in the Laws of Europe*, Oxford: Hart Publishing, 1999, p. 107.

[16] *Council of Civil Service Unions v. Minister for the Civil Service* [1985] 1 AC 374.

[17] 城仲模,《行政法之一般法律原则(一)》,第194页。

[18] *R (on the application of Daly) v. Secretary of State for the Home Department* [2001] UKHL 26; [2001] 2AC 532.

关押存在恐怖活动嫌疑的外国人的规定违背比例原则和平等原则而违反《欧洲人权公约》,^[19]至此,英国法院历经 20 年终在人权法领域确立了比例原则,而在其间英国援用比例原则皆是基于欧共体法律之要求。^[20]

作为对行政自由裁量权评价的标准,合理性原则与比例原则为行为目的合法前提下行政措施的选择提供了依据,其相同之处在于:都主要涉及到行政管理过程中,行政自由裁量权的行使在手段与目的、成本与收益之间的权衡,合理性原则要求手段与目的之间的合理性,比例原则要求手段与目的间的相称性。^[21]相较于合理性原则,比例原则更多地关注于具体行政决定中的自由裁量权,偏重于考察行政自由裁量权行使时对公民权利的消极的不侵害程度,尽管国内有学者呼吁应将其扩大适用于授益性行政行为,^[22]但其主要还是适用于“干涉行政”或“侵害行政”范围之内。

英国行政法上的合理性原则与比例原则之所以在劳动法领域得以适用,正如前述牛津大学法学教授保罗·戴维斯(Paul Davies)和马克·弗里德兰(Mark Freedland)的文章里述及的三种行政法的运行模式对劳动司法实践的影响深有关联。

多元主义的行政法模式关注的重点在于,确保公权之使用能够对处在公民与国家中之间的群体或协会利益有所反应,确保公民社会的中间组织能够在参与建设社会生活的民主秩序方面富有活力和效率,劳动法在此方面的主角当属工会与雇主组织,尽管后者在英国没有前者表现得更为强势。自 20 世纪 60 年代以来,英国进入公法活跃时期,司法对工会的政策制定权自治与自我管理权威保持克制,甚至采取司法避让主义,尤其是多元主义的欧共体公法,特别是其有关集体协商的制度、“社会对话”与“社会伙伴”的理念等,对英国劳动法有所影响,但总的来说,此种多元主义的模式对英国影响甚微。

个人主义的行政法模式在英国占据重要地位,其关注的重点在于保护公民免受未经授权或公权武断使用所施加的负面影响,此种模式主要有两种表现,一是工会和统合主义国家^[23]与工会会员间的影响关系;另一种是对雇主与雇员间的影响关系。确保在这两种情况下的公民个人(工会会员和雇员)在受到工会管理和国家统合管制以及雇主规章制度的制约之下,工会和雇主之行为能够遵循行政法的合法性、合理性以及程序正当性之要求。此种模式中渗透了英国传统普通法上的雇佣合同之私法属性对行政法原则之重大影响,实为其显著特点。

此种个人主义的行政法模式亦彰显了英国普通法的特定气质——钟爱个人主义和缔约自由,^[24]无怪乎其能在英国占据主导性的重要地位,这种传统内在地要求司法机关在对雇主决定进行司法审查和裁判时,运用合理性原则对居于强势地位的雇主行为进行合法性、合理性及程序正当性审查,以确保雇主行为不能随意损害公民个人(劳动法上的雇员)权益,兼顾雇佣双方的利益平衡,合理性原则随即在劳动法领域有着天然的适用空间与用武之地。

基于宪法权利的行政法模式是处在上述两种行政法运行模式的交叉区域但又区别于上述两种模式的第三种模式,其关注于保护基于英国宪法和欧共体所规定的个人权利与人权,

[19] *A (FC) and others (FC) v. Secretary of State for the Home Department* [2004] UKHL 56.

[20] Tom Hickman, *The Substance and Structure of Proportionality*, *P. L. Winter* 694 (2008).

[21] 赵娟:《合理性原则与比例原则的比较研究》,《南京大学学报(哲社版)》2002 年第 1 期。

[22] 黄学贤:《行政法中的比例原则》,《法律科学》2001 年第 1 期。

[23] 参见黄越钦:《劳动法新论》,台湾翰芦图书出版有限公司 2006 年版,第 98 页。

[24] S. Anderman, *The Interpretation of Protective Employment Statutes and Contracts of Employment*, 29 *I. L. J.* 223 (2000).

此种行政法模式在宪法性文件中所规定的个人权利和人权,典型的具有多元主义和个人主义风格,其既非多元主义风格,亦非个人主义风格。囿于英国宪法的不成文性质,这实非英国公法之固有特色,在此方面深受欧共体公法之影响,通过欧洲法院的判例对英国的司法审查法律施加影响,因为后者深植于基本权利的观念之上,较为典型地表现为,在雇佣中性别歧视案件乃至间接歧视方面以及援引《人权法案(Human Rights Act, HRA)》的案件中,英国引进和运用比例原则进行判案。

英国行政法原则渗透于案例法和制定法中,在劳动法案件中对雇主相关决定进行司法审查的过程中加以适用,合理性原则在不公正解雇领域以及在雇佣合同的默示条款补缺方面发挥重要作用;比例原则成为英国反雇佣歧视法律的重要组成部分,同时在依据1998年英国《人权法案》之规定提起的诉讼案件中加以适用。

二 英国行政法上的合理性原则与比例原则 在劳动法领域适用之现状考察

(一) 合理性原则在不公正解雇和雇佣合同默示条款领域之适用

合理性原则之理念对劳动法之适用首推不公正解雇领域。英国在1971年颁布《不公正解雇法》(Law of Unfair Dismissal),其内容现已并入1996年英国《雇佣权利(争端解决)法》(Employment Rights (Dispute Resolution) Act, ERA1996)。依据1996年《雇佣权利(争端解决)法》第98条第1款之规定,要求雇主提供“一个解雇理由(如果存在多个理由,则提供一个最主要的理由)且要求其表明该理由属于诸多潜在公正理由中的某种理由”。该法列举了六种潜在公正理由:个人履行工作的能力或资格方面的理由;雇员行为方面的理由;雇员退休;裁员;雇员续职的法定禁止方面的理由以及其他证明解雇正当性的实质理由。^[25] 依据第98条第4款之规定,解雇是否公正取决于“雇主在将解雇理由视为充分理由之时是否合理或非合理地作为”。据此,判断解雇是否公正分为两个问题:第一,解雇理由是否属于既定的潜在公正理由或其他公正理由;第二,雇主行为的合理性评判对判断解雇是否公正极具重要性。雇主行为的评判并非参照雇员被侵犯的权的性质,而在于由“理性雇主”观念所创设的标准。^[26] 这里不公正概念的界定及其所要求的“合理性”,都是复制了行政法上的合法性与合理性之理念,后经由法院之解释,又增加了程序正当性之内容,至此完成了迪普洛克勋爵在政府通讯总部案中所阐述的公法“三部曲”:司法审查之要务在于针对行政行为中的三种瑕疵——非法性、非理性及程序不当性。

英国不公正解雇法律中对公正与否的判断标准经历了从单一的合理性标准逐渐过渡到更为复杂的合理反应组合标准的进程。这一转变主要始自菲利普斯法官(Phillips J)判决的Watling & Co. Ltd v. Richardson案^[27],再由丹宁勋爵(Lord Denning)在British Leyland UK Ltd v. Swift案^[28]中加以确认,直至由学者休·柯林斯(Hugh Collins)全面而清晰地做出阐释。^[29] 后一标准由布朗·威尔金森法官(Browne Wilkinson J)代表劳工上诉法庭(Employment

[25] ERA 1996, s 98 (1) - (2).

[26] *W Devis & Sons Ltd. v. Atkins* [1977] IRLR 314, 317.

[27] [1978] ICR 1049.

[28] [1981] IRLR 91.

[29] H. Collins, *Justice in Dismissal*, Oxford: Clarendon Press, 1993, pp. 37 - 40.

Appeal Tribunal) 在 *Iceland Frozen Foods Ltd v. Jones* 案^[30] 中做以总结。

但对合理反应组合标准, 劳工上诉法庭并非一贯予以支持, 在莫里森 (Morison) 法官主政期间, 在 *Haddon v. Van den Bergh Foods* 案^[31] 中表达了反对之声: 认为组合标准是对不公正解雇法律的不合理注解, 1996年《雇佣权利(争端解决)法》第98条第4款规定的基本的公正标准之适用不应带有任何修饰, 合理反应组合标准是不合法的, 其会导致劳工上诉法庭采取一种反常的合理标准, 亦即其使得雇主之解雇决定不可能得以审查, 除非其属于任何一位理性雇主都不能做到的情形。组合标准也遭致休·柯林斯的批评: “此种设置合理行为幅度的想法拓宽了雇主惩戒行为的合法范围, 从而间接否认既定的合理标准之适用。”^[32] 但在 *Haddon* 案之后的判例中, 又恢复到强调组合标准的状态。劳工上诉法庭在 *Midland Bank plc v. Madden*^[33] 和 *Beedell v. West Ferry Printers Ltd* 案^[34] 中再次采纳组合标准, 并得到英国上诉法院的支持, 从而不可能由劳工上诉法庭的判例所推翻。但同时劳工上诉法庭在 *Madden* 案中强调, “组合标准一贯不是旨在对 1996年《雇佣权利(争端解决)法》第98条第4款的适用造成倒错之态。”^[35] 在 *Beedell* 案中, 劳工上诉法庭进一步重申: “在适用 1996年《雇佣权利(争端解决)法》第98条第4款的任何一点上, 其并无权就其自身之决定代替雇主之判断, 劳工上诉法庭不应将自己置于企业管理者之位置来决定解雇与否, 同样也不应在解雇阶段(包括上诉阶段)对雇主解雇行为的事实问题进行重审。”^[36] 此后劳工上诉法庭试图在 *Iceland* 案的组合标准之外扩展适用合理标准的努力遭英国上诉法院推翻,^[37] 英国上诉法院似乎很不情愿严格适用(1996年《雇佣权利(争端解决)法》的第98条第4款)标准。

自 *Wenesbury* 案确立的适用合理性原则进行实质性司法审查再到 *Iceland* 案确立的组合标准的幅度设计, 尽管诸多评论家认为这两个标准难以区分, 但有人认为二者还是存在微妙差别, 证明一项决定在合理反应幅度之外总要比证明一项决定为不合理要容易得多, 因为前者是关注确定决定之合理性(尽管在一定幅度内)而后者是关注确认决定之非合理性。^[38] 可以看出, 从合理标准的严格适用到组合标准的宽松适用, 它体现了对雇主解雇行为的公正与否, 从深度审查过渡到尊重雇主合理作为的态度转变, 也反映了在不公正解雇案件中, 司法审查在合理性原则的适用方面, 从积极的规范创制转为被动的规范反映。为何产生这样的转变, 英国学者作出了各自的解读。

有人认为这体现了司法表现出对雇主专业知识的尊重, 雇主知道怎样更好地经营企业, 法院不宜以自己之判断来代替雇主之决策, 这实乃在劳动法案件中表现出的司法克制; 对这种论调, 反对意见认为, 劳工法庭的成员本身即具有资深的专业知识背景, 完全拥有判断之能力与经验, 这与行政法上尊重行政机关的专业知识所表现出的司法克制还是两码事, 况且行政法上假定行政管理专业的专业知识是用来确认“公共利益”而解决某一问题的, 但在雇

[30] [1983] ICR 17, 24-25.

[31] [1999] IRLR 672.

[32] H. Collins, *Justice in Dismissal*, p. 38.

[33] [2000] IRLR 288.

[34] [2000] IRLR 650.

[35] [2000] IRLR 288, 295.

[36] [2000] IRLR 650, 656.

[37] *HSBC Bank v. Madden* [2001] 1 ALL ER 550.

[38] D. Cabrelli, *The Hierarchy of Differing Behavioural Standards in Labour Law: A Case for Limited Re-Alignment*, available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1139855>. pp. 9-10.

佣法上,雇主利用其专业知识除了为自己的企业谋取利益之外便再无什么义务而言,而这正是劳工需要法律保护 and 劳工法庭独立行使判断权之所在。^[39]

有学者认为,这种转变一来是由于立法者并未给劳工法庭对合理性原则提供清晰或严格的适用规范;二来合理标准处在行政法具体化发展过程中所要求的相对严格与细致时代,其体现在对特定决策者作出的特定决定之合理性要结合外在的诸多考量因素进行审查。从这个意义上讲,合理标准既具单一中心性(因其关注决策者和特定决定)又具客观性(因其援用外在于决策者的相称性标准),而通过这一转变使其由单一中心转向多元中心,因其关注一定范围内的雇主们(大多数理性雇主)在一定幅度内的诸多决定(合理反应组合),从而在某种程度上变得更加主观,因为对诸多雇主在特定情形中可能形成的合理决定的判断,采用的是一种共享的务实理念,其更多的是基于直觉而非相称性标准。从这个意义上看,其主观性特点突出,尽管该主观性表现出一种高度分散性的特点。在不公正解雇领域注入公法的合理理念,一开始表现出单一中心和客观的特点,后转向中心更具多元化和主观性特点,法庭的司法审查从集中的公共管理理念转向注重分散的商业实践,在特定的公法大厦中注入了不受限制的缔约自由的私法理念。^[40]

合理标准在法庭对雇佣合同中的默示条款内容进行补缺时经常援用,成为其在劳动法中常用的另一领域。所谓默示条款,是指虽未在合同中明示,但为使当事人缔约意图免于落空而必须得以适用,从而可以推定的合同条款。英国普通法上的合同法中的“相互合作义务”约定俗成,其指合同中默示之义务,要求合同的每一方都要避免采取妨碍另一方履行合同之措施,应用到雇佣合同中,则演变成雇员一方的积极义务,其要努力确保企业的有效经营,但自 *Malik* 案^[41] 后,则变成雇佣合同双方的义务,不能违反彼此之间相互信任的默示条款要求。^[42] 此种在默示条款中援用合理标准的情况主要有两种情况:一是表现在对雇员的惩戒和申诉程序中;二是指特定的事实情况下形成的要求雇主合理作为的默示条款,此处将以雇主对于雇员之奖金和津贴给予权为例来说明。

英国自 *Malik* 案确立了雇佣双方都应履行其“相互合作义务”,这成为相互信任默示条款的内在要求,正如尼科尔斯勋爵(Lord Nicholls)所云:“如果雇佣关系将以雇佣合同默示的方式继续,则雇主不应作出可能损害相互信任的行为。”^[43] 而斯泰恩勋爵(Lord Steyn)在 *Malik* 案中则援用近乎比例原则的方法来解读默示条款:“易于覆盖纷繁复杂的各种情形并在雇主的经营自主权与雇员不被不公正利用的利益间谋求一种平衡。”^[44] 在劳动法判例中有关对雇员的惩戒和申诉程序在 *Malik* 案阐述的规则之上逐渐渗透出合理性原则的元素。较为典型地表现在 *Gogay* 案^[45] 中,黑尔法官(Hale LJ)在本案中指出,“雇佣合同中默示的相互义务已约定俗成,没有合理与正当理由,不得损害雇佣双方间的相互信任关系”,英国上诉法院也认为雇主行为欠缺合理性。

在雇主给予雇员的奖金方面常援用合理标准来赋予默示条款之内涵。在这方面,雇主

[39] A. C. L. Davies, *Judicial Self-Restraint in Labor Law*, 38 *I. L. J.* 278 (2009).

[40] Paul Davies and Mark Freedland, *The Impact of Public Law on Labor Law, 1972 - 1997*, p. 326.

[41] *Malik v. Bank of Credit and Commerce International* [1998] AC 20.

[42] Simon Deakin & Gillian S Morris, *Labor Law (5th ed)*, Oxford: Hart Publishing, 2009, p. 304.

[43] *Malik v. Bank of Credit and Commerce International* [1998] AC 20.

[44] Simon Deakin & Gillian S Morris, *Labor Law (5th ed)*, p. 304.

[45] *Gogay v. Hertfordshire CC* [2001] IRLR 703 [53].

一般有明确的合同权利去给予奖金,但雇员对该权利行使之方式常有异议,法庭一贯愿意秉承这样的默示要求——即对于该权利,雇主要合理运用,但法庭对此一般保持高度的司法克制。在 Clark 案^[46]中,伯顿法官(Burton J)对这种情形中合理性原则之适用有着最为详尽的讨论:在我看来,反复无常并非易于界定……其带有刚愎自用、独裁专横、随心所欲和心不在焉的成分。另一方面,“没有合理或充足理由”之概念其要求太低不足以作为一种标准。雇主在此方面(给予奖金)行使裁量权时合理作为仅是个简单的合同义务,这种观点我并不认为正确,这将建议法庭以自己的观点代替雇主的决定。我认为正确的标准应是一种不合理性或不正当性(行为的随心所欲即是其极好例证),诸如任何理性雇主皆不会如此作为。^[47]

这种阐述似乎又回归到 Wednesbury 案确立的注重对案件不合理性的通盘考虑的标准上来,从而在法庭可用的标准范围内表现出对雇主决定最大的尊重。普通法在此领域表现出其自身的有趣特点:一是法庭认为在雇主奖金给予权方面,法庭将被迫审查雇主的经济决策行为,而无论是从信息获取、专业知识还是机构权限方面来说,法庭都不宜深度干预雇主在这方面的权力,在公法领域也属于受到限制的领域,故采取遵从标准来抑制极端不公正情形的出现是较为妥当的;二是法庭在对雇主的奖金授予权方面的干预并未经议会直接授权。事实上法庭不是通过限制制定法管辖权的行使,诸如不公正解雇案件的情形,正在形成一种普通法管辖权,使其裁决呈现出不同的特点。考虑到在 Western Excavating 案^[48]的裁决中,法庭裁决拒绝向雇主强加一种要求其合理作为的义务,则任何法庭援用合理原则来阐述默示条款就显得颇为大胆,或许 Wenesbury 案不过是表达了法官们不顾潜在的管辖权规定而干预雇主决定的程度,但从本质上说法院更愿意扩大普通法的管辖权而限缩制定法的管辖权。^[49]

(二) 比例原则在反雇佣歧视法律和 1998 年《人权法案》方面之适用

在英国反雇佣歧视法律领域适用比例原则,其作用日益凸显。^[50] 英国大多数反歧视法律里歧视一词之定义都包含两层意义:直接歧视和间接歧视。直接歧视是指基于相关法律规定的禁止性理由而作出的不平等对待;而间接歧视指不平等是由于适用某一规定、标准或做法所引起,虽然表面上看来是中立的但却对某一群体中的成员(诸如同一性别或某一特定的种族群体的成员)相对于另外的群体成员来说,对其施加了不利影响。区分这两种歧视是非常重要的,主要因为对于间接歧视案件,法律在准许雇主(或者其他处于被告地位之人)对其决定进行正当性辩护方面并无限制。^[51]

英国在此领域援用比例原则在 1998 年《人权法案》生效之前主要受欧洲法院(European Court of Justice)适用欧共同体平等对待指令的法理影响。^[52] 而欧洲法院在 Bilka Kaufhaus 案^[53]中裁决认为:“如果国内法院发现 Bilka 案采取之手段符合企业的真正需要且企业为达致其目的属于适当和必要,则对于该影响了比男性更多的女性的措施才不足以认定为违反《欧共同体条约》第 119 之规定”,从而得出依据《欧共同体条约》第 141 条(在依据《欧共同体条

[46] *Clark v. Nomura International* [2000] IRLR 766 [40].

[47] *Clark v. Nomura International* [2000] IRLR 766 [40].

[48] *Western Excavating (ECC) Ltd v. Sharp* [1978] QB 761.

[49] A. C. L. Davies, *Judicial Self-Restraint in Labor Law*, p. 298.

[50] A. Baker, *Proportionality and Employment Discrimination in the UK*, 37 *I. L. J.* 305 (2008).

[51] Simon Deakin & Gillian S Morris, *Labor Law* (5th ed), p. 528.

[52] A. Baker, *Proportionality and Employment Discrimination in the UK*.

[53] *Bilka-Kaufhaus G. m. b. H. v. Weber von Hartz Case* - 170/84 [1987] ICR 110, 126.

约》第13条制定的系列指令^[54]出台之前保障男女同工同酬的条文)对于间接歧视所能成立的正当辩护仅在其“与企业的真正需要相关联且为必要”时方才成立的结论,从而确立了“真正需要和必要性”的 Bilka 标准,亦即雇主所采的某项措施属有必要且仅在符合雇主的真正需要的情况下才能超过对歧视性影响之考量,这一标准建立在这样一种假设之上,即歧视性影响在平衡考量中有实质的分量,要超过该种考量至少要求其正当性属于(1)该企业有达到某种特定目的的真正需要;(2)所采取的措施实属必要,且是一种“最少限制之选择”的含义。简言之,Bilka 标准存在三要件:合法目的、必要性与适当性,满足了比例原则的本质要求。

尽管英国法院被要求依据欧共同体法律的正式原则判案,但英国法院懒于严格适用这一标准。在 Hampson 案中,上诉法院的巴尔科姆法官(Balcombe LJ)在比例原则与本土更为熟悉的合理原则间玩了一个平衡,其认为:“在我的判决中,‘适当性’要求在条件的歧视效果方面与施加这一条件一方的合理需要方面须达成目的上的平衡。”^[55]从而确立了一种“平衡”标准。在 Barry 案中,尼科尔斯勋爵更加清楚地适用欧洲法院案例法比例原则但依然选择一种“平衡”标准,其忽略了 Bilka 标准的前两个要件:“像本案中对于男性或女性的不同影响愈发严重,则其客观的正当理由必须愈发有力。”^[56]但在英国案例法上对此有所波动,有些案件的判决更接近于欧洲法院的 Bilka 案对于比例原则之适用,其最为典型的案例当属上诉法院在 Allonby 案的判决,其认为:“一旦发现学院所施加之条件对女性造成的不同和不利之影响业已发生,就需要对学院解雇该申请者所呈现之真正需要理由进行最低限度的审慎审查;如果确有此需要,考虑到该解雇对包括申请者在内的女性造成不同影响的严重性,就需要对前者(学院的真正需要)是否足以比后者(对被解雇者之歧视影响)更为重要作出判断。”^[57]

显然这一观点已超出平衡标准之要求,因其对雇主之目的及其为达此目的所能选择的策略进行仔细审查,其表达了 Bilka 案要求的“最少限制之选择”(最小侵害)的精神。在 Redcar 案^[58]中,上诉法院适用了所谓的 Barry/Cadman 标准,其在 Barry 案确立的平衡标准的基础上又增加了欧洲法院在 Cadman 案^[59]判决中所阐述的必要性标准和适当性标准,至此,英国上诉法院历经曲折,终于回归到 Bilka 标准三要件:合法目的性、必要性与适当性要求。

比例原则在英国适用的另一种常见案件类型,即是援用 1998 年《人权法案》所提起的案件。这些案件中该原则用来决定对被告提出的对他人适格权利之侵犯的理由是否正当。尽管《人权法案》仅直接适用于公立雇主,但其亦可经由各种间接路径,最明显的即是依据《人权法案》第 3 条作出的法定解释途径,而适用于私人公司与工会。尽管截止目前这类诉讼很少,但在不公正解雇方面确有一些案例。^[60] 法院原则上接受 1996 年《雇佣权利(争端

[54] 1976 年男、女在就业、职业培训与晋升以及工作条件方面实施平等对待原则的指令 Council Directive No. 76/207 (后修改为 Directive 2002/73); 2000 年的不论种族或民族出身如何的各种人间实施平等对待原则的指令 Council Directive No. 2000/43; 2000 年的建立在雇佣和职业方面平等对待的一般框架指令 Council Directive No. 2000/78。

[55] *Hampson v. Department of Education and Science* [1989] ICR 179, 191.

[56] *Barry v. Midland Bank Plc* [1999] 1 WLR 1465, 1475.

[57] *Allonby v. Accrington and Rossendale College* [2001] EWCA Civ 529; [2001] ICR 1189 [29] (Sedley LJ).

[58] *Redcar & Cleveland BC v Bainbridge* [2008] EWCA Civ 885; [2009] ICR 133 [51] - [53].

[59] *Case - 17/05 Cadman v Health and Safety Executive* [2006] ECR I - 9583.

[60] A. C. L. Davies, *Judicial Self-Restraint in Labor Law*, p. 288.

解决)法》第 98 条之解释应与《欧洲人权公约》(European Convention on Human Rights, ECHR)规定的公约权利保持一致,英国通过《人权法案》第 3 条引入了《欧洲人权公约》第 14 条之规定精神。此即意味着若雇主解雇雇员违反雇员依据公约享有之权利,则将在不公正解雇法律上视为不合理行为,而判断雇主侵犯雇员这一权利的理由是否正当的标准即是比例原则。

首批适用这一原则的一个案例即是 Pay v. Probation Service 案^[61]。该案中,佩先生(Mr Pay)供职于英国兰开夏郡(Lancashire)缓刑犯(性侵犯者)监护部门,其在业余时间从事施虐虐待狂行为,并经营一家与性虐待有关的网站且在恋物俱乐部表演。其雇主在其拒绝放弃此类行为之后将其解雇。其在不公正解雇的诉求中试图援用《欧洲人权公约》第 8 条与第 10 条之规定来分别支持其诉求。对其第 8 条(侵犯私人生活权利)之诉求,劳工上诉法庭认为因其活动发生在公共区域,故其不能援用该条之保护。而对其第 10 条(表达自由权利)之诉求,监护部门承认其依据该条所享有之权利受到侵犯,但这样做是为了保护本部门之声誉(对受性侵害的受害人来说尤为如此),因此该解雇属于一个与原告行为相称的制裁。尽管在本案中雇主须存在一个维护其声誉的合法目的,但劳工上诉法庭未能仔细探究辩论中对比例原则适用的各要件,特别是对雇主提出的主张——若刑事受害人发现佩先生在工作之外的活动,要么可能与其工作相联系,要么本部门之声誉将被受损,而劳工上诉法庭对此并未提出质疑。故本案基于案件事实对比例原则之适用基本采纳了雇主的辩解,其并未严格按照适用比例原则三要件来判案。

虽然该案后也上诉至上诉法院但被驳回,2009 年欧洲人权法院(European Court of Human Rights, ECtHR)审理了此案申请并裁决认为,其申请明显毫无理由,难以接受。^[62]虽然欧洲人权法院认为本案既涉及《欧洲人权公约》第 10 条之表达自由问题,也牵涉到第 8 条之私人生活权利问题,但其认为英国劳工上诉法庭对比例原则的适用并无不妥,虽然其承认该解雇行为确属严厉制裁,欧洲人权法院也采取了与英国类似的对雇主决定予以尊重的态度:“虑及申请者监护性侵犯者工作的敏感性质和申请者性活动的公共了解程度可能损及其有效履行自己本职工作之能力,因而本庭并不认为英国法院采纳了如此小心之手段超越了其裁量权空间。”^[63]

三 英国行政法上的合理性原则与比例原则 在劳动法领域适用之特点与比较

合理性原则的内涵相当宽泛,裁量空间极大,其在劳动法领域之适用,主要用于判断不公正解雇领域与雇佣合同默示条款领域是否出现非理性、非法性、刚愎、反复、法律期待、程序正当性等情况,基本上发挥了比例原则在英国的替代物的作用,从严格的合理标准的适用到较为宽松的合理反应组合的适用,体现了英国法院对雇主决定进行司法审查的态度转变,从深度干预到适度克制,彰显了英国普通法上雇佣合同私法属性对劳动法司法实践的深远影响,劳动法作为一门“私法公法化”的学科,其私法之影响仍不可轻视。

[61] [2004] ICR 187.

[62] Pay v. UK Application No 32792/05, [2009] IRLR 139 (ECtHR).

[63] 参见 H Collins and V Mantouvalou, Private Life and Dismissal, 38 I. L. J. 133 (2009).

比例原则作为一个从欧陆舶来的标准,法院需要考量的是:(1)合法目的是否足以重要而使限制基本权利变得正当;(2)为达此合法目的所采之相关措施是否合理;(3)用以侵犯权利或自由之手段是否为完成该目的所必要。^[64] 此种阐述的比例原则主要用于欧共体法律和欧洲人权法院的法律实践中。公法上,英国主要用于基于1998年《人权法案》规定的基本权利受到干预时判断政府之理由是否正当以及在反歧视法律领域雇主构成间接歧视所提供的理由是否正当的情形。为何在合理原则可以充当比例原则替代物的情况下,又要引进比例原则呢?一是受欧共体法律适用之要求,另一方面适用比例原则一般认为比合理原则更为精准和复杂,正如斯泰恩勋爵在Daly案中所指出的:首先,比例原则可要求法院评估决策者决定的平衡性如何,不仅仅关注其是否属于理性或合理之决定;其二,鉴于比例原则可将注意力引向对相关利益和考量所给予的分量如何,故其比合理原则的审查走得更深。^[65]

透视斯泰恩勋爵在Daly案中之评论,至少可提炼成三种见解:一是比例原则为司法审查提供了一种结构性与精确性的方法;二是比例原则允许司法审查涉及所审决定之实质;三是比例原则并非实体审查:法官之作用与管理人之作用依然迥异。显然后两种见解之间存在冲突之可能。^[66] 一方面要对相关决定进行实质审查,另一方面又不能对其进行实体审查。比例原则之结构必须反映这些见解:必须对决定进行实质审查却不能代替管理人之判断。看来要拿捏好这之间的分寸,要求法官掌握公共利益与适度干预之间差异所在,在不进行实体审查的前提下进行“全面”的实质审查:比例原则适用的区间究竟该有多大。合理原则体现了英国法院传统上对雇主决定的司法自制,比例原则则反映了法院对雇主决定的司法审查的加深,适用这两个不同的原则,则揭示了英国法院对雇主决定进行审查的不同尺度。

正因如此,一方面英国司法界某些人士担心,比例原则将鼓励法院以“己之判决”代替最初决策者之决定,这将使得法院超越其司法审查功能并将篡夺政府的适当功能;而另一方面,一些评论家担心,法官以一种高度限制的方式适用比例原则,将使得比例原则失去其应有的效果。^[67] 过于深入,将过多地干涉雇主之经营自主权,抛弃司法对雇主决定应有的尊重与克制,不符合英国法官支持市场经济发展的自由主义传统观点;不认真适用比例原则,表现出过高的司法克制,将使得雇员依据1998年《人权法案》和公约所享有的公约权利可能难以得到确实有效地保障,因为在判断雇主对雇员之权利的干预是否正当方面,英国法院似乎更愿意适用更为宽泛的合理性原则,而非更为合适而严格的一般适用于与《欧洲人权公约》规定的公约权利相关的比例原则。这些相互冲突的顾虑一方面恰恰表现了比例原则在英国适用的困境所在,另一方面也表现出合理性原则体现了一种灵活、“能动”行政的哲学倾向,法官对行政自由裁量权的行使享有较大程度的自由和较大范围的考察基准,而比例原则可能更多地体现为一种“消极标准”,其对法官的约束及对行政自由裁量权的限制与约束程度更深。

尽管如此,合理性原则与比例原则在劳动法相关领域之适用也存在一些相同特点,如都对雇主之相关决定表现出一定程度的司法自制,尊重雇主的经营自主权,具体以法院自身的机构权限、尊重雇主的专业知识、管理经验、企业的民主程序等各种理由表现出来,虽然有些理由遭致诟病、质疑,有人认为这反映了英国普通法的一种特定气质,钟爱个人主义和缔约

[64] *De Freitas v. Ministry of Agriculture* [1999] 1 AC 69, 80.

[65] *R(Daly) v. Secretary of State for the Home Department* [2001] UKHL 26; [2001] 2AC 532 [27].

[66] Tom Hickman, *The Substance and Structure of Proportionality*, p. 696.

[67] A. C. L. Davies, *Judicial Self-Restraint in Labor Law*, p. 282.

自由。^[68]也有人认为,这与劳动法强调通过集体行动的传统与矫正雇佣合同关系中劳资之间不对等博弈能力不太吻合,出于阶层与背景出身方面的原因,其表现了英国法官在劳资利益之间更钟爱保护资方之利益。^[69]这种政治角度的解读或许能够说明其中一些缘由所在。

四 启示与借鉴——兼谈中国的相关实践

合理性原则与比例原则在英国公法上已是两个并行不悖的适用原则,其广泛适用性早已引起我国行政法学界学理上之重视,有的已经渗透到我国的相关立法上来。如我国《行政诉讼法》第54条规定具体行政行为“滥用职权的”可判决撤销或部分撤销、“行政处罚行为显失公正的”可判决变更,凸显法院适用合理性原则对行政行为进行有限司法审查的渴求;而《人民警察使用警械和武器条例》第4条规定:“人民警察使用警械和武器,应当以制止违法犯罪行为,尽量减少人员伤亡、财产损失为原则。”《行政处罚法》第4条规定:“设定和实施行政处罚必须以事实为根据,与违法行为的事实、性质、情节以及社会危害程度相当。”《行政复议法》第28条规定,具体行政行为明显不当的,行政复议机关可以撤销或变更。《行政机关公务员处分条例》第4条第2款规定,给予行政机关公务员处分,应当与其违法违纪行为的性质、情节、危害程度相适应。这些法规规定本身多少都渗透了比例原则的适当性要素。但囿于我国并非判例制国家、法官的业务水准、合理性原则具体界定标准的欠缺、学理上对合理性原则的研究不太深入等诸多原因,以至于有学者认为合理性原则并无单独存在之必要。^[70]而对比例原则三要件之认识:合法目的、必要性、适当性(或最少限制之选择或最小侵害标准或法益平衡),有不少文献^[71]做了介绍,以至于其在我国立法上渗透较多。可见由于合理性原则的宽泛而带来的较大的自由裁量空间,从而对法官水准提出了较高的要求,其不太符合中国的水土;但比例原则的精准与结构清晰、易于操作,故在当下中国对比例原则的追捧甚于合理原则。

我国理论界与司法实践对于合理性原则与比例原则之探讨和适用更多局限于纯粹的行政法疆域,而将两原则用于对劳动法司法实践,相关研究尚属空白,但研究空白并不能排除两原则的适用空间。虽然我国属于大陆法系,没有判例法传统,更有着中国自身的国情特色与司法传统,但在两大法系日渐融合、英美法系稍占上风、我国日益倡导以人为本的时代背景下,中国劳动法的司法实践其实存在着与英国相似乃至相同的诸多问题,如不当解雇的合理性判断问题、针对员工惩戒行为的比例考量问题、劳动仲裁对雇主决定进行司法审查的能动与自制问题以及劳动诉讼对劳动仲裁裁决的司法自制问题等依然有着相似的境遇和借鉴英国运用两原则对雇主决定进行恰当的司法审查的余地。

如在解雇方面,针对雇主的解雇行为,英国不仅有普通法上的非法解雇制度,还规定有制定法上的不公正解雇制度,前者强调的是解雇理由的违法性,后者强调的是解雇理由的公正性与合理性。我国在此方面,劳动法强调法定解除,建立在几种劳工存在过错情况的基础

[68] S. Anderman, *The Interpretation of Protective Employment Statutes and Contracts of Employment*.

[69] 参见 J. A. G. Griffith, *The Politics of the Judiciary* (5th Ed.), London: Fontana, 1997, pp. 335 - 336。

[70] 杨海坤、章志远:《中国行政法原论》,中国人民大学出版社2007年版,第92页。

[71] 参见杨临宏:《行政法中的比例原则研究》,《法制与社会发展》2001年第6期。黄学贤:《行政法中的比例原则》,《法律科学》2001年第1期。余凌云:《论行政法上的比例原则》,《法学家》2002年第2期。赵娟:《合理性原则与比例原则的比较研究》,《南京大学学报(哲社版)》,2002年第1期,等等。

上,而对解雇的公正性与合理性则考量不多,但针对过错性的法定解雇情形,其实依然存在着合理性考量空间与司法自制问题。如依据我国《劳动合同法》第39条之规定,劳动者严重违反用人单位规章制度的;严重失职,营私舞弊,给用人单位造成重大损害的;劳动者同时与其他用人单位建立劳动关系,对完成本单位的工作任务造成严重影响等,用人单位可以解除劳动合同,但至于何为“严重违反”、“严重失职”、“严重影响”、“重大损害”等也是需要法院结合具体案情作出合理判断。如《劳动部办公厅关于〈劳动法〉若干条文的说明》第25条第2款规定:“本条中的‘重大损害’由企业内部规章来规定……若由此发生劳动争议,可以通过劳动争议仲裁委员会对其规章规定的重大损害进行认定。”由此可见,“重大损害”的界定权首先置于企业;二是若其界定标准显示公平性与合理性,劳仲委、法院有权不予认定;三是如果企业没有界定或界定不清,则对“重大损害”的认定权置于劳仲委与法院。这即表明了我国在针对雇主过错性解雇方面,法院对企业的规章制度也表现出一定程度的司法自制,但依然留有对企业的相关决策或决定进行司法审查的权力空间,对雇主之不公正解雇的评判依然有适用合理原则的空间。

而在企业制定的员工手册(有的称之为工作规则或企业规章制度)中的奖惩规定中,时常出现对劳工处罚过于严重甚至侵犯人权的情形。如有的禁止流水线上的员工中途上厕所、犯有过错的员工在光天化日、众目睽睽之下跪行于公司门口的惩罚措施、克扣员工的工资奖金不合乎法律规定或不合乎比例、员工选择作为“奋斗者”或“劳动者”就会有不同的工资待遇与晋升空间等诸多不一而足的奖惩措施明显不合比例原则的要求,因此针对我国企业员工手册中的奖惩规定,怎样做到适当与合理,最少限制之选择,或做到对雇员之最小侵害,需要仲裁机构或法院结合具体案情作出“三阶段”式的审查,雇主是否存在合法目的而限制雇员相关权利或自由、为达此目的而采取之举措是否为必要、该举措是否为最少限制之选择或者最小侵害。企业制定的员工手册或规章制度不仅要合法,更要合理与适当,能够经受得住合理性原则与比例原则的考量,这样雇主才不敢胡作非为、过度使用其经营自主权而伤害劳工的法定权利或自由。虽然比例原则在英国反歧视法律领域大量适用,但囿于我国目前尚无一部系统的反雇佣歧视法律(《就业促进法》只有少数条文很概括地提到就业过程中的歧视问题并未涉及雇佣过程中的歧视),因此在此领域并无适用余地,但可以预见一旦我国制定《反雇佣歧视法》后,比例原则在此领域存在着广阔的适用余地。

另外在我国劳动司法实践中,劳动仲裁的信任度较低,劳动诉讼对劳动仲裁裁决缺乏起码的尊重与司法自制的问题较为突出。其中的一个方面原因即是劳动仲裁行政化造成三方机制的缺失,地方政府受GDP指标之驱动,往往表现出对雇主决定的过度尊重。实践中雇主违法的情形还是不少的,更妄谈合理性与比例性的判断情形之普遍存在,如果劳动仲裁对雇主决定表现出过度的司法自制,罔顾合理性原则与比例原则之适用,有时就会对劳工产生不公正之结果,也就丧失了劳工与法院对其产生信任的基础。2001年《最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释》第17条规定:“劳动争议仲裁委员会作出仲裁裁决后,当事人对裁决中的部分事项不服,依法向人民法院起诉的,劳动争议仲裁裁决不发生法律效力。”可见,劳仲委作出仲裁裁决后,即使当事人仅对裁决中的部分事项不服向人民法院起诉的,整个劳动争议仲裁裁决均不发生法律效力,人民法院仍应按全面审理和独立审理的原则,对该劳动争议的全部内容进行审理。而劳动诉讼对劳动仲裁裁决一旦缺乏起码的尊重与司法自制,则倒逼劳动仲裁诉讼化现象严重,而劳动仲裁诉讼化又造成裁审关系不协调,有研究显示,在上海市其比例竟占到45%左右,在这总数45%的不协调原因中,

“事实认定”约为27%，“法律适用”约为11%。法院审理劳动争议案件不以仲裁裁决为基础，法院不管仲裁程序是否合法，认定事实是否清楚，裁决内容是否适当，审判活动一律推到重来，按自己的程序与标准对同一劳动争议案件重新审查、重新认定事实、重新选择适用法律乃至作出判决等。^[72]显然法院没有对劳动仲裁裁决表现出应有的司法自制，虽然其在一定程度上矫正了公平与正义，但却拖延了劳工寻求快速救济的法律预期。虽然2008年实施的《劳动争议调解仲裁法》对此做了一定程度上的重构，但这种局面总体上未有太大改观。

因此如何在劳动仲裁阶段，不仅仅局限于对雇主相关行为是否违法的审查上，也需引入类似英国行政法中的合理性原则与比例原则对雇主之解雇行为与奖惩行为及歧视行为是否属于不公正情形，结合英国已经演进成熟的合理性原则之内涵、比例原则之三要件，借助相关法律条文与具体案情进行判断，若属于雇主之合理反应行为，则予以尊重；若属于不合理、不适当，则在裁决中予以矫正。只有在劳动仲裁阶段认真适用了合理性原则与比例原则之要求，劳动仲裁之结果才会公正而具有信服力，才能为以后更多的劳动争议实现一裁终局和在法院进行司法审查阶段使得法院能够保持一定程度的司法自制奠定基础。而在劳动审判阶段，对劳动仲裁所认定之事实应该予以最起码的尊重，除非存在程序不当性等一些严重违法操作行为，对劳动仲裁裁决应有一定程度的司法自制，否则会在诉讼当事人中形成一种心理预期，只有走进诉讼才能获取公平正义，尽管是一种迟来且代价不菲的正义。其实，合理性原则与比例原则就是充当了不公正解雇行为和歧视行为以及不当处罚行为的过滤网的作用，雇主的合法行为只是法律规定的最低要求，而只有能够经受合理性原则与比例原则检验的雇主行为才算是经受了更高层次的要求与审查，若能长此以往，则雇主之违法行为必然减少，我国的劳动争议也会必然随之减少。

[Abstract] British administrative law has greatly influenced its labor law, the tests of reasonableness and proportionality, in particular, have been widely applied in labor law cases. Being natively established tests, the application of test of reasonableness in employment law cases actually demonstrates the demands of mode of operation of the individualism-oriented administrative law in the country. The test of reasonableness is mainly applied in areas involving unfair dismissals and implied terms of employment contracts. With regard to the application of the test of proportionality, it has been profoundly influenced by the EC public law and applied mainly in workplace discrimination law area and in HRA 1998 cases. The two tests have their characteristics and functions respectively. In China, when dealing with issues such as the determination of reasonableness of dismissal, consideration of proportionality in relation to punishment measures imposed on employees, the excessive restraint by labor arbitration committee on employers' decisions and judicial self-restraint towards labor arbitration decisions in labor disputes, we can draw on experiences of UK in this respect.

(责任编辑:姚 佳)

[72] 董保华主编:《劳动争议处理法律制度研究》,中国劳动社会保障出版社2008年版,第286-288页。