

劳动者社交媒体言论自由及其限制

谢增毅*

内容提要：近年来，我国劳动者因在社交媒体发表言论而与用人单位发生纠纷的案件数量较多。言论自由是公民的一项基本权利，其在劳动关系中也应得到保护。但劳动者言论自由与雇主的权利和利益有可能产生冲突，劳动者言论自由也应受到限制。从劳动法角度看，对劳动者言论自由进行限制的基础在于劳动者的忠实义务。劳动者的言论自由与其忠实义务及雇主的权利和利益需要平衡。我国法院在司法实践中通过考虑劳动者社交媒体言论行为的各种因素对其合法性作出判定。确立劳动者言论自由的边界需要在个案中考察劳动者社交媒体行为的“四要素”，即行为是否符合雇主规章制度要求、行为动机、行为后果、行为情节以及相应的具体因素，从而判定劳动者行为是否损害雇主利益、违反忠实义务，并以此判定劳动者的社交媒体行为是否超出言论自由边界及是否合法。雇主对劳动者社交媒体言论行为采取的惩戒措施应符合比例原则。

关键词：劳动者 社交媒体 言论自由 忠实义务 互联网

近年来，我国互联网快速发展，网民数量以及使用社交媒体的用户数量庞大且增长迅速。截至2019年6月，我国网民规模达8.54亿，互联网普及率达61.2%；我国手机网民规模达8.47亿，网民使用手机上网的比例达99.1%。^{〔1〕}截至2019年第三季度，微信及WeChat的合并月活跃账户数达11.51亿，同比增长6%。^{〔2〕}在国外，社交媒体也非常流行。例如，截至2016年，接近3/4的美国成年人使用社交媒体。美国人27%的上网时间用于社交媒体，每天查看社交媒体账户达到惊人的17次，也即非睡眠时间每小时至少查看一次。^{〔3〕}

* 中国社会科学院法学研究所研究员。

〔1〕 中国互联网信息中心：《第44次中国互联网络发展状况统计报告》，2019年8月，国家互联网信息办公室网站 http://www.cac.gov.cn/2019-08/30/c_1124938750.htm，2020年2月16日最后访问。

〔2〕 《腾讯公布二零一九年第三季度业绩》第4页，参见腾讯官网 <https://www.tencent.com/zh-cn/media.html#media-con-1>，2020年1月3日最后访问。

〔3〕 See Jessica A. Magaldi, Jonathan S. Sales, *Exploring the NLRB's Jurisprudence Concerning Work Rules: Guidance on the Limits of Employer Policy to Regulate Employee Activity on Social Media*, 52 University of San Francisco Law Review 229, 234 (2018).

在澳大利亚,根据2011年的一项调查,80.1%的人使用网络,在这1700万人中,使用脸书(facebook)的比例达69.5%。^[4]由于职场上的劳动者处于劳动年龄,大多是成年人,因此劳动者是网民和社交媒体用户的主要群体。我国职场中的劳动者使用微信或其他社交媒体,包括在朋友圈、微信群以及微博等媒体上发表言论,十分普遍。早在2008年,就发生了在知名跨国企业工作的劳动者因群发电子邮件而遭解雇的案例。^[5]近年来,劳动者使用社交媒体发表不利于用人单位(雇主)的言论并引起劳动者和用人单位之间的纠纷,成为职场热点问题之一。我国司法实践中,劳动者在社交媒体发表言论引发的劳动争议案件数量也相当可观。^[6]2019年,我国法院裁判了两起在知名跨国企业工作的劳动者因在社交媒体发表不利于企业的言论而遭解雇的案例,产生了较大影响。^[7]从笔者检索到的众多案件来看,实践中也存在类似案件的裁判结果差别较大的问题。因此,劳动者在社交媒体的言论自由与劳动者义务的关系,劳动者社交媒体言论自由的边界及其理论依据,成为重要的理论和实践问题。

当前,不管在我国还是其他国家,劳动者社交媒体言论自由及其限制都是一个新鲜又受关注的话题。在美国,“职场社交媒体使用的法律框架还处于初期,这是新颖问题且有待研究,问题正在凸显出来”,^[8]“社交媒体和劳动存在日益显现而不可预测的关系”。^[9]在澳大利亚,“社交媒体技术对劳动关系产生了深远影响”,“社交媒体正开始成为劳动法案件的一个核心要素”。^[10]尽管我国近年来已有较多案例,但目前我国学界对这一问题的研究还较为薄弱。因此,本文拟主要从劳动法角度出发,结合我国实践案例以及美国、澳大利亚、德国和英国等国家的理论和实践,探寻劳动者社交媒体言论自由的基础、对言论自由的限制及其依据,分析劳动者社交媒体言论自由的边界以及平衡劳动者社交媒体言论自由和劳动者忠实义务的具体考量因素,以期为我国理论和实践提供有益参考。^[11]

一、言论自由是劳动者的一项重要权利

表达自由是民主社会的重要基础,是每个人发展与进步的基本条件。^[12]言论自由(表

[4] See Louise Thornthwaite, *Social Media, Unfair Dismissal and the Regulation of Employees' Conduct Outside Work*, 26 *Australian Journal of Labour Law* 166 (2013).

[5] 参见洪某与3M中国有限公司劳动合同纠纷上诉案,上海市第一中级人民法院(2008)沪一中民一(民)终字第4467号民事判决书。该案二审法院认为,该员工群发的电子邮件含有侵犯其他员工合法权益的内容,给公司正常秩序造成不便,也违反了公司的规章制度,从而支持单位的解雇行为。

[6] 笔者于2020年1月3日,在中国裁判文书网以“言论”作为文书“全文”检索词,以“劳动合同纠纷”为案由,以2015年1月1日至检索当日为“裁判日期”,共检索到590篇裁判文书。本文主要以2019年的案例为分析对象。

[7] 参见沈某与空中客车(中国)企业管理服务有限公司劳动争议上诉案,北京市第三中级人民法院(2019)京03民终12053号民事判决书;徐某与雀巢(中国)有限公司北京分公司劳动争议上诉案,北京市第二中级人民法院(2019)京02民终9499号民事判决书。

[8] Jessica Ireton, *Social Media: What Control do Employers Have over Employee Social Media Activity in the Workplace?*, 14 *Houston Business and Tax Law Journal* 144, 145 (2014).

[9] Tara R. Flomenhoft, *Balancing Employer and Employee Interests in Social Media Disputes*, 6 *American University Labor & Employment Law Forum* 1 (2016).

[10] 前引[4], Thornthwaite文,第167页,第173页。

[11] 本文所称的社交媒体主要指微信(朋友圈、微信群)、微博、QQ以及群发邮件等。本文根据语境将劳动关系一方自然人称为“劳动者”或“雇员”,将另一方称为“用人单位”或“雇主”。

[12] 参见陈欣新:《表达自由的法律涵义》,《环球法律评论》2009年第1期,第8页。

达自由) 被普遍认为是包括劳动者在内的公民的基本权利, 而且在公民权利体系中, 往往处于基础性地位。^[13] 例如, 美国最高法院卡多佐法官在1973年认为, 言论自由几乎是所有其他自由的核心和不可或缺的条件。富兰克林·罗斯福在1941年美国国情咨文中认为, 言论自由是美国宪法第一修正案的核心。^[14] 言论自由也是国际公约和各国宪法保护的公民的重要权利。《世界人权宣言》第19条规定: “人人有权享有主张和发表意见的自由; 此项权利包括持有主张而不受干涉的自由; 和通过任何媒介和不论国界寻求、接受和传递消息和思想的自由。”^[15] 《公民权利及政治权利国际公约》第19条第1、2款规定: “一、人人有保持意见不受干预之权利。二、人人有发表自由之权利; 此种权利包括以语言、文字或出版物、艺术或自己选择之其他方式, 不分国界, 寻求、接受及传播各种消息及思想之自由。”^[16] 许多国家也在宪法或其他法律中明确规定公民的言论自由。美国宪法第一修正案明确禁止国会制定限制言论自由的法律。^[17] 德国基本法第5条规定: “人人享有以语言、文字和图画自由发表和传播观点以及不受阻碍地从普遍公开的来源中获取信息的权利。出版自由以及广播和电影的报道自由受到保障, 对此不得进行审查。”^[18]

与言论自由作为公民基本权利相对应, 劳动者在社交媒体上也享有较充分的言论自由。在美国, 除宪法第一修正案, 1935年国家劳动关系法(National Labor Relations Act, NLRA) 也为劳动者(employee)的言论自由提供了有力保障。该法第7条、第8条保护劳动者参与“集体行动(concerted activities)”的权利。^[19] 相应地, 该法保护劳动者讨论有关工作条款和工作条件, 例如工资、工时和福利的权利。^[20] 美国国家劳动关系委员会(National Labor Relations Board, NLRB) 在界定“集体行动”时, 往往比较宽容。例如, 劳动者在“脸书”上的行为, 甚至为其他劳动者讨论共同的劳动条件“点赞”, 都可能被认为是“联合(in concert with)”其他劳动者的行动。^[21] 雇员对雇主的抱怨, 甚至包括对其他雇员的抱怨, 都受到国家劳动关系法以及长期存在的判例的保护。^[22] 因此, 劳动者在社交媒体上的言论也受到国家劳动关系法的保护。

在德国, 包括劳动者在内的公民言论自由受到基本法第5条的保护。相应地, 言论自由在劳动关系中也得到保障。魏玛共和国宪法第118条第1款就已经明确将劳动关系中的雇员纳入言论自由的适用范围。雇员表达意见使用的是什么媒体并不重要, 他可以口头阐述自己的观点, 向报纸发出读者来信, 也可以在“脸书”等社交媒体上表达意见。^[23] 2011年初

[13] 关于“言论自由”, 亦有使用“表达自由”的表述, 本文不对二者进行严格区分, 根据语境使用相关表述。

[14] 转引自吴伟光:《从言论自由制度的本质分析来理解其中国特色》,《清华法学》2018年第3期,第77页。

[15] 参见联合国官方中文网站 <https://www.un.org/zh/universal-declaration-human-rights/>, 2020年7月5日最后访问。

[16] 参见联合国官方中文网站 <https://www.un.org/zh/documents/treaty/files/A-RES-2200-XXI-2.shtml>, 2020年7月5日最后访问。

[17] 参见周汉华:《论互联网法》,《中国法学》2015年第3期,第25页。

[18] 《世界各国宪法》编委会编译:《世界各国宪法·欧洲卷》,中国检察出版社2012年版,第178页。

[19] 参见前引[8], Ireton文,第146页。

[20] See Anna Mackin, *Employee Free Speech: Navigating Potential Legal Risks on Social Media*, 81 Texas Bar Journal 332, 333 (2018).

[21] 同上。

[22] 参见前引[9], Flomenhoft文,第29页。

[23] 参见[德]沃尔夫冈·多伊普勒:《德国劳动法》,王倩译,上海人民出版社2016年版,第218页。

以来，德国劳动法院处理了一系列雇员在脸书、其他社交网络以及博客上正面攻击雇主的案件。有些案例的攻击对象是同事和客户。从案例看，德国法院在大部分案件中都认为，雇员的批评性意见甚至尖锐意见，属于德国基本法第5条第1款规定的言论自由的保护范围。换言之，雇员在社交媒体上的言论自由得到了较为充分的保护。德国联邦法院在判决中申明了这一原则，即模棱两可的表达不应被解释为不利于雇员的侮辱性言论。仅当“可充分证明某种阐释方式不受言论自由保护”，雇主方可采取警告或解雇等惩罚性措施。^[24]

在澳大利亚，劳动者在社交媒体上的言论除了受言论自由权利的保护外，其通常被认为是劳动者的私生活领域，不应受到干涉。传统上，雇主管理雇员工作之外的行为的权利受到限制。法院一般坚守这样的原则：雇主不应试图控制或管理劳动者的私人生活。雇主只有在例外的情形下才拥有延伸的权利监督雇员的私人活动。在大部分案件中，法院认为雇员的在线行为并不足以构成合法的解雇理由。^[25]

在英国，学者也认为职场表达自由非常重要。如同其他领域的表达，“工作中的表达对于个人的自我发展及自主意识都是重要的”。^[26]

在我国，公民言论自由受到宪法保护，劳动者也不例外。我国宪法第35条规定：“中华人民共和国公民有言论、出版、集会、结社、游行、示威的自由。”除了宪法规定的公民言论自由权利外，从劳动法和劳动合同法的相关规定看，劳动者亦享有对用人单位提出意见建议等表达的权利。劳动法第6条规定：“国家提倡劳动者参加社会义务劳动，开展劳动竞赛和合理化建议活动……。”劳动法第8条规定：“劳动者依照法律规定，通过职工大会、职工代表大会或者其他形式，参与民主管理或者就保护劳动者合法权益与用人单位进行平等协商。”劳动合同法第4条第3款明确规定：“在规章制度和重大事项决定实施过程中，工会或者职工认为不适当的，有权向用人单位提出，通过协商予以修改完善。”因此，劳动者在社交媒体发表言论，包括对用人单位的批评性意见，也受到法律保护。从我国已有司法案例来看，法院在大部分案件中都认为劳动者在社交媒体的言论应受保护。在部分案件中，法院认为劳动者的言论虽然存在不当，但不足以构成解雇理由。总体上看，对于雇员因在社交媒体发表言论而遭解雇的案件，法院持比较谨慎的态度，主张对劳动者的言论给予保护。在一些案件中，法院直接指出了言论自由的地位和价值。例如，2017年的一个案件的判决书指出：“劳动者作为公民享有言论表达的自由，这种表达自由不因表达手段的不同而改变，言论自由在劳动关系中也应该得到保障。”^[27]在2019年某知名企业员工的纠纷中，法院再次引用了上述内容。^[28]在2019年另一起涉及知名企业的案例中，法院也指出，“劳动者‘职场的言论自由’应予保护”。^[29]

笔者认为，劳动者职场言论自由应受保护，除了因为其具有公民言论自由的一般基本

[24] Vgl. Wolfgang Däubler, *Digitalisierung und Arbeitsrecht: Internet, Arbeit 4.0 und Crowdwork*, 6. Auflage, Bund-Verlag, Frankfurt 2018, Kapitel 4, Rn. 31ff.

[25] 参见前引 [4]，Thornthwaite 文，第 169 页，第 170 页，第 182 页。

[26] See Megan Pearson, *Offensive Expression and the Workplace*, 43 (4) *Industrial Law Journal* 430 (2014).

[27] 参见天脉聚源（北京）教育科技有限公司与马某劳动争议纠纷案，北京市东城区人民法院（2017）京 0101 民初 19350 号民事判决书。

[28] 参见前引 [7]，北京市第三中级人民法院（2019）京 03 民终 12053 号民事判决书。

[29] 参见前引 [7]，北京市第二中级人民法院（2019）京 02 民终 9499 号民事判决书。

价值外,还因为其具有自身的特殊价值。首先,有利于矫正劳动者的弱势地位。劳动者相比雇主,处于相对弱势的地位。对劳动者的言论包括其对雇主批评性的言论的保护,有利于劳动者声音的表达包括集体声音的表达,在一定程度上有利于矫正劳动者的弱势地位。其次,有利于劳动者对雇主的监督。劳动者的言论包括其对雇主批评性的言论,对雇主是一种监督,在许多情形下有利于改进雇主的工作,对雇主发挥正面作用。最后,有利于社交媒体商业价值的充分利用。如今,网络社交媒体成为劳动者表达的主要渠道,许多劳动者使用社交媒体等手段对雇主的公司形象、产品和服务等进行宣传,促进了雇主的声誉和业务。社交媒体对公司具有重要的商业价值。例如,在德国有报告称,一个求职者所能“带来”的“脸书”好友和“推特”粉丝数量也是某些公司重要的招聘理由,因为这有助于提升公司的网络存在感。^[30]与此相对应,雇主对于劳动者社交媒体的言论包括批评性言论也应适度容忍,这也是雇主允许或鼓励劳动者使用社交媒体从事有利于公司的行为的同时要面临的经营风险。如果对雇员的言论尤其是在社交媒体上的言论限制过多,可能会抑制社交媒体的使用及其商业价值的发挥,对雇主也未必有利。因此,劳动者职场言论自由,包括在社交媒体上的言论自由,应当受到充分保护。

二、劳动者言论自由与雇主权利和利益的冲突

任何权利都不是绝对的,劳动者的言论自由也不例外。国际公约和各国宪法也对言论自由作出了限制。例如,《公民权利及政治权利国际公约》第19条第1、2款对公民的言论自由作了规定,但该条第3款规定:“本条第二项所载权利之行使,附有特别责任及义务,故得予以某种限制,但此种限制以经法律规定,且为下列各项所必要者为限:(子)尊重他人权利或名誉;(丑)保障国家安全或公共秩序、或公共卫生或风化。”^[31]因此,公约允许通过制定法律对言论自由作出限制。德国基本法第5条规定了公民言论自由的权利,但该条第2款同时规定:“一般法律的规定、有关青少年保护的法律规定以及个人名誉权构成上述权利的界限。”^[32]因此,言论自由也受到了法律规定以及名誉权保护的限制。值得注意的是,对言论自由的限制基本上限于法律规定,换言之,对言论自由的限制也受到严格限制。从一些主要国家的立法和实践看,劳动者的言论自由包括在社交媒体上的言论自由,也是受到限制的。从劳动法的角度来看,劳动者言论自由受到限制的主要理由在于,其可能损害雇主的权利和利益,即劳动者的言论自由与雇主的权利和利益存在冲突。

在美国,尽管国家劳动关系法为劳动者的言论自由提供了相当的保护,但劳动者的言论自由也不是绝对的。国家劳动关系法保护劳动者结社以及参与其他集体行动的权利,但该法同时保护雇主管理企业的合法利益,包括“保持职场纪律及促进公司效率的无可争议的权利”。美国国家劳动关系法及美国联邦法院一贯认为,雇主有权利制定工作规则以保持“一个有秩序和有效率的工作环境”。雇主的这一权利需要与雇员参与集体行动的权利相互平衡和协调。雇主可以禁止劳动者在社交媒体上发表批评雇主的意见,前提是劳动者的交流

[30] 参见前引〔24〕, Däubler书, 主题4, 边码7。

[31] 同前引〔16〕。

[32] 前引〔18〕, 第178页。

与“集体行动”无关。^[33] 尽管国家劳动关系法第7条保护雇员在职场使用社交媒体的自我表达和隐私的权利和利益，但这并不意味着该法的政策是保护雇员在社交媒体上的所有表达。^[34] 因此，雇员言论自由受到雇主权利和利益的制约，二者需要平衡。

在澳大利亚，雇员的社交媒体行为也受到限制。案例表明，雇员不能假设下班后（off-duty）的社交媒体行为属于私人行为或者不属于雇主的管理范围。执法官员表示，尽管雇员在网上抱怨雇主的行为越来越普遍，但如果网上言论可以被数量无法控制的人群看到，则网上留言不再属于私人性质而属于公开评论。因此，雇员以为他们可以在“脸书”上随心所欲地留言而可以免责的想法，是“愚蠢的”。^[35] 法院在案例中也提出，表达自由的权利并不是绝对的，也应保护职业机构和组织通过职业行为规范设定“合理和适当的限制”的权利。^[36] 案例表明，在一些情形下，雇主可以因雇员下班后的行为而解雇或惩戒雇员，这些情形包括违反劳动合同默示义务的行为。质言之，这些义务的功能在于禁止雇员作出与劳动关系存续不相符的行为，因为此种行为破坏了彼此的信任或者损害了雇员对合同义务的正确履行。^[37] “对于所有权利，总是同时存在不同的利益。因此，没有任何权利是绝对的，必须保持灵活性以容纳其他权利。”^[38] 可见，在澳大利亚，从雇主的利益、雇主和雇员之间的关系以及雇员的合同义务出发，雇员的言论自由也受到限制。

在德国，如前所述，言论自由受到法律以及名誉权保护的限制。具体到劳动者的言论自由，德国联邦劳动法院的案例表明，雇员的言论自由应当受到“劳动关系一般原则”的限制。比如，雇员不得公开贬低雇主及其所属的职业群体。但是，德国联邦劳动法院在之后的司法实践中往往强调个案特点，对言论自由的边界没有明确表态。德国目前司法实践的主流意见认为，一方面，言论自由在劳动关系中应当得到全面保障，另一方面，也应当顾及雇主受到基本法保障的权益。另外，雇员的言论自由还受到刑法的限制，特别是不得构成刑法规定的侮辱或诽谤。^[39]

在英国，学者认为，尽管表达自由是一项重要权利，但在职场上还存在与之相反的其他利益。很明显，雇员并没有在任何时间以任何方式表达任何内容的权利。雇主享有“其业务经济且有效运行”的合法利益。雇员攻击性的言论除了使职场内部受到损害，还可能使雇主陷入困境或者影响雇主期待的外部形象或声誉，从而损害雇主的外部利益。^[40] 总体上，英国学者认为，表达自由在职场环境下是一项重要权利，即便雇员的言论具有攻击性，仍然应预设支持自由表达，特别是涉及公共争议的话题。但是，其他雇员和雇主的利益也应当考虑，甚至是决定性的因素。当雇员的言论发生在工作之外，只有当雇员的言论和劳动关系有明确关联时，雇员才可以受到惩戒。^[41] 因此，雇员的言论自由与雇主的利益也需要协调。

[33] 参见前引 [3]，Magaldi 等文，第 237 页以下，第 266 页。

[34] 参见前引 [9]，Flomenhoft 文，第 28 页。

[35] 参见前引 [4]，Thornthwaite 文，第 176 页。

[36] See Alana Hudson, *Freedom of Expression VS the Employer's Right to Regulate Employee Behaviour: Why the Folau Case Is Not About Religion*, Employment Law Bulletin, November 2019, p. 44.

[37] 参见前引 [4]，Thornthwaite 文，第 170 页。

[38] 参见前引 [36]，Hudson 文，第 46 页。

[39] 参见前引 [23]，多伊普勒书，第 219 页以下。

[40] 参见前引 [26]，Pearson 文，第 431 页，第 432 页。

[41] 同上文，第 429 页。

在我国,劳动者的言论自由同样受到限制。我国宪法第33条第4款规定:“任何公民享有宪法和法律规定的权利,同时必须履行宪法和法律规定的义务。”第51条规定:“中华人民共和国公民在行使自由和权利的时候,不得损害国家的、社会的、集体的利益和其他公民的合法的自由和权利。”因此,劳动者的言论自由权受到法律以及他人自由和权利的限制。从劳动法的规定来看,劳动者的言论自由也应当受到限制。劳动法第3条第2款规定:“劳动者应当完成劳动任务,提高职业技能,执行劳动安全卫生规程,遵守劳动纪律和职业道德。”相应地,劳动者也应当遵守有关在社交媒体上发表言论的规章制度和职业道德。

笔者认为,从劳动法的角度来看,劳动者的言论之所以应当受到限制,在于其可能对雇主的权利和利益造成损害。首先,劳动者的言论可能对雇主的管理权利和管理秩序构成挑战。雇主作为组织体,往往具有相对独立的声音和行动,并制定有员工言论表达等员工守则,劳动者的言论可能消减雇主统一的声音或破坏员工表达的规则,从而对雇主的管理权利和管理秩序造成影响。其次,劳动者的言论可能对企业的形象、声誉以及业务等造成损害。如果雇员发表不利于雇主的言论,可能会引起社会对雇主的负面评价,从而对雇主形象、声誉造成影响,甚至可能造成雇主业务下滑和利润下降。此外,雇员的言论可能泄露公司的商业秘密或经营策略等内部信息,对公司造成负面影响。再次,劳动者的言论可能给其他劳动者造成损害。如果劳动者的言论直接针对雇主的其他雇员,则劳动者的言论不仅可能损害雇主的利益,也可能损害其他劳动者的权利或利益。上述三个方面是相互联系的。第一个方面主要表明雇员的言论可能损害雇主的权利,尤其是对雇员进行管理以及制定规章制度、维护职场秩序的权利,第二、三方面主要表明雇员的言论可能损害雇主或其他雇员的利益。概言之,劳动者的言论自由与雇主的权利和利益存在冲突,劳动者的言论自由应受到限制,二者的关系也需要协调。

三、劳动者忠实义务对言论自由的限制

从上述分析可以看出,劳动者的言论自由受到限制,这种限制既包括宪法中有关限制言论自由的机制,例如一般法律的限制、出于保护青少年的限制,也有出于公共利益和社会秩序的限制,还有来自于劳动法本身的限制。笔者认为,从劳动法角度看,对劳动者言论自由尤其是社交媒体言论自由加以限制的法理基础,是劳动者的忠实义务。

劳动法学界向来比较注重对劳动者权利的研究,对劳动者义务的关注并不多。究其原因,一方面是由于劳动法侧重于保护劳动者的权利,学界对劳动者权利关注较多;另一方面,我国在立法上对劳动者义务的规定较为原则和模糊。除了上文提及的劳动法第3条第2款,劳动法并没有关于劳动者一般义务的具体规定。不仅我国如此,在许多国家,劳动者的义务在立法上都并非具体明确,而主要是通过判例确立相关规则。因此,劳动者究竟负有哪些义务,这些义务何以限制劳动者的言论自由,成为一个重要而困难的问题。

以德国法为例,由于劳动合同作为雇佣合同以及合同的一种类型,合同双方包括劳动者的主要义务适用其民法典中“债务关系法”的规定。虽然德国民法典第611—630条规定了雇佣合同和劳动合同,但其内容侧重于规定雇主的义务,较少涉及劳动者的义务。除了成文规定,德国学者认为,基于德国民法典第241条尤其是其第2款的规定,雇主和雇员在劳动关

系中负有附随义务或从义务。^[42] 德国学者普遍认为, 附随义务来源于民法的诚信原则。“基于民法典第 242 条的诚信原则, 双方都负有顾及对方利益的注意义务。”^[43] 因此, 根据德国民法典第 241 条和第 242 条, 劳动者在法律明文规定之外负有顾及对方权利和利益的附随义务。正如德国学者指出的, “司法实践确认了雇主有一系列的、没有明确规定的‘照顾’义务, 雇员则相应地负有‘忠诚义务’”。^[44] 可见, 劳动者的附随义务来源于民法的一般规定和诚信原则, 主要通过司法实践确立, 在理论上通常被概括为“忠实义务”或“忠诚义务”。

劳动者忠实义务来源于诚实信用原则, 因为诚信原则是合同法乃至民法的“帝王条款”, 对劳动关系自然也具有重要指导价值。除此之外, 笔者认为基于诚信原则的忠实义务还源于劳动关系或劳动合同的特殊性质。具体而言: 第一, 劳动关系是持续性关系。劳动关系并非一时交易, 往往存续较长时间, 且双方的具体权利义务是概括而非具体的, 权利义务内容往往无法事先通过书面合同详细约定, 且当事人的义务内容可能随客观情况以及雇员和雇主尤其是雇主的情况变化而作出调整。因此, 在法律明文规定的义务之外, 需要为当事人的行为设立准则, 指引当事人的行为。第二, 劳动关系内含人身信赖关系。劳动关系中雇员和雇主之间的关系并非此消彼长的一般合同交易关系, 雇员要加入雇主, 成为雇主的成员, 劳动关系双方是“你中有我、我中有你”的合作关系, 甚至在一定程度上是具有共同目标的利益共同体。因此, 雇员对雇主的忠诚、顾及和维护雇主的利益, 是劳动关系的本质所要求的。第三, 劳动关系中双方具有特殊地位。劳动关系中, 一方面雇员相对于雇主具有从属性, 另一方面雇员又具有相对的独立性。雇主的业务通过雇员的劳动来实现, 雇员掌握着雇主的秘密和其他信息, 雇员在工作中形成的技能也掌握在雇员手中, 雇主目标的实现在很大程度上依赖于雇员的行为表现, 雇员对雇主的忠诚非常必要。因此, 在成文规定之外, 确立雇员的附随义务或忠实义务实有必要。

由于忠实义务并非法律明文确立的概念, 而主要是从劳动关系的主要权利义务关系中引申出来的义务, 因此, 对其概念和内容的理解往往并不一致。德国学者多伊普勒将雇员的附随义务概括为“忠诚义务”, 并认为雇员的义务包括: 小心使用机器和其他仪器, 保守企业秘密、如实回答与工作有关的问题, 不与雇主竞争, 放弃从事具有挑衅性的政党政治行为。^[45] 另一位德国学者瓦尔特曼则认为, 劳动关系中还存在劳动者的从义务, 以往多称为“忠实义务”, 包括作为义务和不作为义务。作为义务包括通知义务和报告义务, 不作为义务包括竞业禁止、沉默义务(不得泄密)、服从以及“举报雇主”时应负的义务(主要指雇员举报雇主时应考虑双方的信赖关系并遵守比例原则等)。^[46]

值得关注的是, 一些学者在概括劳动者附随义务或忠实义务的具体内容时, 把不得发表伤害企业的言论作为其具体内容之一。例如, 我国台湾地区的学者指出, 在劳工履行劳动关系的义务、行使劳动关系的权利以及维护与劳动关系相关的雇主利益时, 应要求该劳工依诚实信用原则合理地考虑自己在企业内的地位, 除了注重自身利益外也要考量其他劳

[42] 参见前引 [24], Däubler 书, 主题 4, 边码 28, 边码 44。

[43] 参见前引 [23], 多伊普勒书, 第 161 页。

[44] 同上书, 第 159 页。

[45] 同上书, 第 161 页以下。

[46] 参见 [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 153 页以下。

工利益。附随义务包括两大范围：一是雇主利益维护义务（不作为义务），二是保护义务（作为义务）。此外，还包括劳工企业外行为负担的义务。其中，不作为义务包括保密义务、竞业禁止义务、兼差限制义务、不发表伤害企业之言论义务、禁止不当影响同事之义务。^[47]我国大陆地区也有学者赞同或持类似观点。有学者指出，劳动者忠实义务指劳动者应对用人单位履行的以服从、注意、保密、增进利益等为主要内容的不作为义务和作为义务的总称。不作为义务包括不为伤害单位之言论和行为的义务。^[48]另有学者指出：“雇员负有忠诚义务，不得以不当言论损害雇主利益。”^[49]虽然这些观点把不为伤害企业的言论作为劳动者忠实义务的内容之一，有利于找寻限制劳动者言论自由的法律基础，但这些观点并未指明忠实义务为何包含不得作出伤害企业的言论，以及忠实义务为何成为言论自由限制的法理基础。

笔者认为，从字面理解，“忠实”主要强调雇员的主观状态，即忠实于雇主利益、维护雇主利益、不损害雇主利益、不谋取个人私利。当然，这里有一个必要的前提，就是这种主观状态及由其决定的行为应符合法律规定，并且在劳动合同约定的范围之内。根据德国立法和理论，忠实义务的实质要求在于顾及对方的权利、法益和利益，着重强调雇员维护雇主利益的义务，而且忠实义务的主要内容体现在不作为义务中。德国联邦劳动法院近来有判决认为，“劳工有不得对雇主及企业作出有害的行为之忠实义务”，对此提供了经典注释。^[50]劳动者基于担负的顾及雇主权利和利益的忠实义务，其言论自由不得损害雇主的权利或利益，应受到限制。因此，从劳动法角度看，雇员的忠实义务是对雇员言论自由进行限制的法理基础。

我国立法或最高人民法院司法解释虽然没有确立“忠实义务”的概念，但司法实践中一些案件的判决已对此予以认可。在2019年有关劳动者社交媒体言论的两起案件中，法院在判决书中也多次提及，劳动者负有忠实义务，并最终判决劳动者败诉。^[51]当然，目前理论和实务界对忠实义务的概念、来源及其具体内容，以及忠实义务与主给付义务、附随义务之间的关系，尚未深入研究。

概言之，言论自由是包括劳动者在内的公民的一项基本权利，劳动者的言论自由应得到保护。诚如德国宪法法院所言：“如果言论自由在劳动关系中得不到或者只得到部分实现，那显然和言论自由的基础性地位不符。”^[52]另一方面，言论自由也受到法律的限制，劳动者的言论自由也因其忠实义务而受到限制。因此，如何处理雇员言论自由和忠实义务的关系，是各国面临的共同问题。

四、我国司法实践中劳动者社交媒体行为合法性的判定方法

目前，我国已有较多涉及劳动者社交媒体言论的案例，法院在实践中考虑多种因素以

[47] 参见焦兴铠等：《“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113页以下。

[48] 参见许建宇：《劳动者忠实义务论》，《清华法学》2014年第6期，第121页，第126页。

[49] 王倩：《从德国法看雇员的言论自由和忠诚义务》，《社会科学战线》2017年第5期，第234页。

[50] 参见前引[47]，焦兴铠等书，第101页。

[51] 参见前引[7]，北京市第三中级人民法院（2019）京03民终12053号民事判决书、北京市第二中级人民法院（2019）京02民终9499号民事判决书。

[52] 转引自前引[49]，王倩文，第230页。

决定雇主对雇员社交媒体行为的惩戒措施尤其是解雇是否合法。总结这些因素，对于指导劳动关系双方的行为，统一裁判尺度，提高此类案件的裁判质量，具有重要意义。

在一些典型案例中，法院通常会考虑企业的规章制度、劳动者社交媒体行为的散布范围、散布信息的真实性、劳动者是否听从企业的提示或要求等等。例如，在2019年的一起案件中，法院认定：（1）劳动者长时间在不同的社交媒体持续、重复发布公司打压员工的信息，且文字内容的点击量达到三万多，对公司的声誉造成了负面影响；（2）劳动者无法举证证明发布内容的真实性；（3）单位多次与劳动者沟通，希望其停止发布不实信息并澄清相关内容，但劳动者不予接受；（4）企业的规章制度包括劳动者“传播有损公司声誉的言论、文字”的，公司可以严重违纪予以辞退等内容。法院最终支持单位的解雇行为。^[53]

在2019年的一起涉及知名跨国公司的案件中，一审法院指出，“劳动者作为公民享有言论表达的自由”，“言论自由在劳动关系中也应该得到保障”，“但是劳动者的言论自由应该受到劳动关系一般原则的限制，也就是不得侵犯公民、法人的名誉权、荣誉权、商业秘密等权利。同时，劳动关系具有一定的人身属性，劳动者亦负有忠实义务”。该案中，法院主要基于以下事实和因素作出裁判：（1）在一个多月里，劳动者在各大知名互联网及社交平台用多种文字共发表了42篇与公司相关的文章和录音；（2）除存在部分符合客观事实的表述之外，也存在大量具有贬损之意或攻击性的表述；（3）公司对于劳动者的申诉进行了调查，多次与之交谈，并提出转岗等建议；（4）劳动者的行为已超越言论自由的限度，对公司的声誉造成了影响；（5）公司向劳动者发出书面警告，要求其删除发布的文章，但劳动者予以拒绝；（6）公司根据《员工手册》作出解雇决定。一审法院基于上述事实，支持单位的解雇决定。二审法院维持一审法院的判决，认为劳动者的行为属于严重违反公司规章制度的行为。^[54]该判决中，法院综合考虑劳动者发布信息的真实性、信息的影响范围、信息是否具有攻击性、公司是否采取沟通措施并给予警告、公司的声誉是否受到损害、公司是否存在规章制度等，这些因素与判断雇员的行为是否违反忠实义务以及是否造成雇主的损害，都具有关联性，值得肯定。

在2019年的另一起涉及知名跨国企业的案件中，法院基于以下主要事实和因素作出裁判：（1）劳动者在公司已就其申诉事项进行调查并作出最终结论的情况下，仍持续反映该事项；（2）群发邮件的受众多、范围广，共有四个部门的40余名人员收到邮件；（3）群发邮件的内容涉及公司其他4名员工的履职情况；（4）劳动者的言辞激烈，且无法证明群发邮件内容客观真实；（5）邮件多处明显针对4位员工而非公司，内容呈现主观判断、否定性评价及猜疑的情况，不排除对个人声誉造成影响；（6）劳动者的行为破坏公司的管理秩序，对管理人员的管理权威构成了挑战，可能造成管理人员的履职困难。基于前三项理由，法院认为劳动者的申诉不属于正常申诉，综合考虑以上所有因素，法院支持公司的解雇行为。^[55]该案中法院考虑的因素也可圈可点，尤其是提到劳动者的行为对管理权威构成了挑战并进而破坏了公司的管理秩序。管理权威实际上是公司规章制度或雇主对雇员的指示权

[53] 参见黄某与铭基食品有限公司劳动合同纠纷案，广东省深圳市罗湖区人民法院（2018）粤0303民初25557号民事判决书，广东省深圳市中级人民法院（2019）粤03民终15756号民事判决书。

[54] 参见前引〔7〕，北京市第三中级人民法院（2019）京03民终12053号民事判决书。

[55] 参见前引〔7〕，北京市第二中级人民法院（2019）京02民终9499号民事判决书。

的效力的无形体现,是职场管理秩序的一部分,应当得到尊重。在澳大利亚,损害雇主利益的行为包括严重损害管理权威的行为,例如宾馆职员在下班后攻击宾馆领班的行为。^[56]另外,该案中,劳动者的言论主要涉及其他劳动者而非公司,从而该裁判也具有相当的指导意义。

上述三个案例是用人单位胜诉的案例。在对劳动者有利的判决中,法院通常会考虑以下因素:(1)劳动者反映的问题是否属实。如果劳动者反映的问题属实或者主要是表达合理诉求,法院将认为劳动者不存在恶意制造谣言、诽谤言论。^[57](2)行为是否对公司造成损害。在一些案件中,法院认为劳动者的行为并不恰当,但没有证据表明其行为对公司的名誉等造成损害,^[58]所以不支持用人单位的解雇行为。(3)行为的严重程度。在一些案件中,法院认为劳动者的行为没有达到“不利于公司工作”的程度或“严重程度”,^[59]因此不支持用人单位的解雇行为。(4)言论的传播范围。在一些案例中,法院考虑言论的传播范围,诸如知晓的人数多少、朋友圈和公众媒体的差别、微信群是否属于公共空间、发布的言论是否已删除等情形。^[60](5)惩戒措施是否合理。在一些案件中,法院认为虽然劳动者的行为存在不妥,但尚不足以构成用人单位解雇的事由,用人单位应当先对劳动者进行教育或警告,解雇的惩戒措施过重。^[61]此外,在一个富有启发性的案例中,虽然用人单位的规章制度禁止劳动者“在媒体或公众场合合作不利宣传”,但法院认为用人单位不应以“模糊的概括性条款约束员工私人微信中的社交行为”,而应具体说明哪些行为视为在媒体对公

[56] 前引〔4〕,Thornthwaite文,第170页。

[57] 参见郭某与北京东方车云信息技术有限公司劳动争议纠纷案,北京市朝阳区人民法院(2018)京0105民初29182号民事判决书;利纳马汽车系统(无锡)有限公司与侯某经济补偿金纠纷案,江苏省无锡市新吴区人民法院(2018)苏0214民初5349号民事判决书;梅某与苏州广贤电子有限公司劳动争议上诉案,江苏省苏州市中级人民法院(2019)苏05民终4057、4058号民事判决书;上海日邮汽车运输有限公司与冯某劳动合同纠纷上诉案,上海市第二中级人民法院(2019)沪02民终2765号民事判决书;上海日邮汽车运输有限公司与杨某劳动合同纠纷案,上海市宝山区人民法院(2018)沪0113民初13835号民事判决书;丸红(上海)有限公司与曹某经济补偿金纠纷上诉案,上海市第一中级人民法院(2019)沪01民终9108号民事判决书。

[58] 参见曹某与丸红(上海)有限公司经济补偿金纠纷案,上海市浦东新区人民法院(2019)沪0115民初20393号民事判决书;广东顶誉食品有限公司与程某劳动争议上诉案,广东省广州市中级人民法院(2019)粤01民终16899号民事判决书;国信证券股份有限公司宜宾航天路证券营业部与赵某劳动争议上诉案,四川省宜宾市中级人民法院(2019)川15民终1309号民事判决书;深圳市诺威达科技有限公司与陈某劳动合同纠纷上诉案,广东省深圳市中级人民法院(2018)粤03民终24601号民事判决书;中国石油运输有限公司山西分公司与卫某劳动争议纠纷案,太原市小店区人民法院(2019)晋0105民初5420号民事判决书。

[59] 参见东方时尚驾驶学校股份有限公司与康某劳动争议上诉案,北京市第二中级人民法院(2019)京02民终4030号民事判决书;冠群驰骋投资管理(北京)有限公司与张某劳动争议上诉案,北京市第三中级人民法院(2019)京03民终4070号民事判决书;前引〔58〕,宜宾市中级人民法院(2019)川15民终1309号民事判决书;前引〔58〕,深圳市中级人民法院(2018)粤03民终24601号民事判决书;刘某与东方时尚驾驶学校股份有限公司劳动争议纠纷案,北京市大兴区人民法院(2018)京0115民初1487号民事判决书。

[60] 参见前引〔58〕,深圳市中级人民法院(2018)粤03民终24601号民事判决书;吉林省宏源防水材料有限公司与于某劳动合同纠纷案,吉林省公主岭市人民法院(2019)吉0381民初759号民事判决书;前引〔57〕,无锡市新吴区人民法院(2018)苏0214民初5349号民事判决书;青岛百安居家居有限公司与董某劳动争议上诉案,山东省青岛市中级人民法院(2018)鲁02民终4001号民事判决书。

[61] 参见广东诺科冷暖设备有限公司与唐某劳动合同纠纷上诉案,广东省湛江市中级人民法院(2019)粤08民终1953号民事判决书;广州家化化学有限公司与曹某劳动合同纠纷案,广东省广州市黄埔区人民法院(2019)粤0112民初162号民事判决书;前引〔59〕,北京市大兴区人民法院(2018)京0115民初1487号民事判决书;前引〔57〕,上海市宝山区人民法院(2018)沪0113民初13835号民事判决书;前引〔57〕,上海市第一中级人民法院(2019)沪01民终9108号民事判决书。

司作不利宣传或者存在严重过失。^[62]这一观点值得肯定。言论自由以及使用社交媒体是包括劳动者在内的公民的一项基本权利，公司不能概括性地予以排除。

我国法院在上述案件中考虑劳动者的言论是否属实，是否存在恶意，是否给公司的名誉造成损害，是否违反单位的规章制度等，这些都是判断劳动者是否违反忠实义务、是否损害用人单位的权利和利益的重要因素，值得肯定。法院在多数案件中认为，虽然劳动者的行为存在不当，但尚未达到严重程度，因此不认可用人单位的解雇行为，或者认为劳动者的行为虽然不当，但单位不应采取解雇措施而应采取其他更为轻微的惩戒措施，体现了对劳动者言论自由的周全保护以及解雇理由应当充分的理念。

当然，我国目前的司法实践也存在需要改进的地方。一是一些裁判的说理过于简单，没有对裁判的理由作出充分说明。二是类似案件裁判结果不同的现象依然存在。三是在对劳动者不利的判决中，法院往往要求劳动者证明其言论的真实性，但劳动者表达的内容大多与工作相关，尤其是与单位管理者的行为有关。这些证据往往不掌握在劳动者手中，让劳动者证明其真实性，举证责任似乎过重。四是从目前的裁判结果看，此类案件中劳动者败诉的比例不低，^[63]换言之，法院对劳动者社交媒体言论的要求较为严格。笔者认为，法院应当从更多因素综合考虑劳动者社交媒体行为是否违法，对劳动者社交媒体行为的规制不宜过于严苛。目前的司法实践中，法院较少审查单位规章制度中有关社交媒体言论的规则是否合法、合理，这是需要改进的。应防止用人单位通过制定社交媒体行为规则过分限制劳动者的言论自由。

五、确立劳动者社交媒体言论自由边界应考量的具体因素

（一）判断劳动者社交媒体言论行为是否合法的“四要素”

由于劳动者忠实义务主要通过判例确立，其内容具有较大弹性，劳动者是否损害雇主利益以及损害程度也较难确定，加上因劳动者发表对雇主不利的言论往往导致雇主的惩戒措施尤其是解雇，而惩戒措施包括解雇行为本身也具有很大弹性，因此，雇员社交媒体言论的边界如何确定，是一个富有挑战性的问题。英国学者指出：“不断出现的案例将带来一个问题，即职场的表达自由应该在多大程度上受到保护。”^[64]确立劳动者社交媒体言论自由边界的核心任务，在于平衡劳动者言论自由的权利与雇主的权利和利益。德国学者也指出：“社交网络上的某一言论如引发是否应解雇的问题，则必须权衡雇主和雇员双方的利益。”^[65]因此，需要结合社交媒体的特点，归纳总结出裁判劳动者行为合法与否时应考量的要素，以便为司法实践以及劳动者的社交媒体行为提供指引。根据言论自由和劳动者忠实义务的原理以及社交媒体的特点，结合我国司法实践以及国外相关理论和案例，笔者认为，应综合考虑以下“四要素”。

第一，用人单位关于劳动者社交媒体行为的明确的规章制度。

[62] 参见前引〔60〕，吉林省公主岭市人民法院（2019）吉0381民初759号民事判决书。

[63] 笔者从中国裁判文书网搜集到的2019年较为相关的37例裁判中，21例为劳动者胜诉，16例为劳动者败诉。

[64] 前引〔26〕，Pearson文，第450页。

[65] 前引〔24〕，Däubler书，主题4，边码56。

雇主通过法定程序制定的规章制度对劳动者具有法律效力, 规章制度往往也被纳入劳动合同并成为合同的一部分而具有约束力。由于言论自由的边界在法律上难以明文规定, 因此, 应允许雇主规定雇员使用社交媒体的规章制度或规则。如果雇主制定了有关使用社交媒体的规章制度而劳动者违反其规定, 劳动者不仅应承受违反规章制度的不利后果, 也可能要承担违反合同义务的后果。雇主有关使用社交媒体的规章制度往往成为判断雇员社交媒体行为是否合法的重要依据。在澳大利亚, 行政机关和法院的决定表明, 社交媒体规则的存在是决定雇员遭解雇或惩戒是否公正的一个“核心考虑因素”。^[66] 需要强调的是, 雇主的规章制度必须合法、合理, 不能过度限制劳动者对于社交媒体的使用, 这也是一些国家的立法精神。在美国, 雇主不能完全禁止雇员在工作中或利用职场资源从事或参与社交媒体行为, 也不得对雇员使用保密或个人信息作出宽泛的限制。^[67] 案例也表明, 企业规章或规则需要明确具体。雇主的规章制度应“不使用宽泛的、包罗万象的用语, 诸如‘有攻击性的行为’和‘不适当的讨论’”, 规则应当具体, 包括“列举禁止的行为类型的范例”。^[68] 与规章制度关系密切的是雇主的指示权。如果雇主对雇员可能不当的言论提出警告或者提示, 或者发出删除请求, 而雇员没有反应, 则雇员行为可能构成对雇主指示的违反从而违反劳动者义务, 其社交媒体行为的合法性可能遭到质疑。

第二, 劳动者言论的动机。

忠实义务来自于诚信原则, 要求雇员以善意的方式行使权利、履行义务。因此, 雇员在社交媒体上的行为动机或主观状态是判断其是否违反忠实义务的重要因素。实践中经常出现的一个情形是, 雇员由于自身权利受到损害或诉求无法得到满足而在社交媒体上发表不利于雇主的言论, 这类言论的动机往往是争取自身利益或表达合理诉求, 因此对其应有较大的容忍度。如果雇员没有客观事由, 纯粹或主要是为了损害雇主的利益而发表言论, 则其合法性应遭到质疑。在一些国家, 雇员发表社交媒体言论的动机也是判断其合法与否的重要因素。在美国, 判例表明雇员“故意损害”企业的言论受到限制。^[69] 尽管国家劳动关系法保护雇员对雇主的集体批评, 但是雇员不得“故意或恶意发表虚假”的诽谤评论或声明。^[70] 如果有足够证据表明雇员的社交媒体言论是出于“恶意动机”, 其不受国家劳动关系法第7条的保护。^[71] 在澳大利亚, 在判例中也考虑雇员社交媒体言论的“主观动机”。在一些行政案件中, 主管机关不仅要求雇主证明雇员的社交媒体行为损害其利益, 还要证明雇员的社交媒体言论是针对雇主或其他雇员的。^[72] 实践中, 在判断雇员动机时, 往往要考察雇员言论的真实与否。

第三, 劳动者言论造成的后果。

劳动者忠实义务强调劳动者应维护雇主利益, 不应作出伤害雇主利益的言行, 因此劳

[66] 参见前引 [4], Thornthwaite 文, 第 184 页。

[67] 参见前引 [3], Magaldi 等文, 第 265 页。

[68] 参见前引 [8], Ireton 文, 第 177 页以下。

[69] 参见前引 [9], Flomenhoft 文, 第 29 页。

[70] 参见前引 [8], Ireton 文, 第 149 页。

[71] 参见前引 [3], Magaldi 等文, 第 248 页。

[72] See Timothy Grellman and James Early, *When Does Online Misbehaviour Constitute a “Valid Reason” for Dismissal?*, *Employment Law Bulletin*, June 2017, p. 61.

劳动者言论是否损害雇主利益也是判断其是否违法的重要依据，应考察其是否对雇主声誉、业务或其他利益造成了潜在或现实的损害。2019年在澳大利亚发生了一起著名橄榄球员因发表言论遭到解雇的案例。该球员的言论遭到质疑，部分原因是其行为被认为属于与劳动合同持续不相符合的严重而故意的行为，而且使雇主的“声誉、生存能力和盈利能力”面临严重而紧迫的风险。由于该球员的言论，雇主面临主要赞助商终止与之合作的潜在损失。^[73]在美国，判例也表明，如果雇员尖锐地、公开地贬损攻击企业的产品和经营策略，并且其方式很可能损害企业声誉或减少其收入，则雇员的言论不受保护。^[74]因此，雇员的言行对雇主声誉、业务是否造成影响包括业务是否减少、利润是否减少以及其他潜在影响，都是处理此类案件应考虑的因素。通常，只有雇员的行为对雇主声誉、业务或其他利益造成明显的、真实的影响或危险时，才构成对雇主利益的损害，雇员的言论才应受到限制。

第四，劳动者言论的具体情节及其严重程度。

只有当劳动者言论行为的情节达到严重程度，劳动者才应受到解雇或其他惩戒。雇员行为的具体情节及其严重程度，除了以上提及的主观动机和损害后果，还可以从行为本身来判断。这些具体因素包括：其一，言论的真实与否。如果雇员的言论属实，其合法性提高；如果雇员的言论与事实不符甚至捏造事实，则可能损害雇主声誉，其合法性降低。其二，雇员发表言论的起因。如果劳动者发表言论是由于企业存在损害劳动者利益的行为，劳动者言论的合法性提高。反之，如果企业不存在损害劳动者利益的行为，雇员发表对雇主不利言论的合法性降低。如上述，雇员言论的起因也是判断雇员动机的因素。其三，社交媒体的传播范围。社交媒体传播范围越广，对雇主影响越大，对雇主的损害也可能越大，反之则越小。因此，雇员社交媒体的传播范围，对“好友”和公众的开放程度，比如朋友圈“好友”的数量，社交媒体是朋友圈还是微信群，邮件发送对象数量，雇员发表相同或类似评论的次数和频次，受众对言论的反应程度，雇员接到雇主提示后是否及时删除言论等等，都是考察传播或影响范围时应当考虑的。其四，雇员是否可以采取其他替代方式。如果雇员可以通过其他内部途径反映情况或投诉，但仍直接在社交媒体发表言论，则雇员行为的合法性降低。反之，如果雇员通过雇主内部救济程序后再使用社交媒体，则其合法性提高。例如，德国联邦劳动法院认为，如企业内部明显存在补救手段，雇员未采取而直接上网检举揭发，则构成过激反应，不再受言论自由保护。^[75]其五，雇员言论行为的对象。如果雇员言论不仅涉及企业，还涉及其他雇员并对其他雇员造成影响，其行为的合法性降低。英国2012年的一个案例也表明，如果雇员的行为针对明确、具体的其他雇员，且有侮辱、诽谤的嫌疑，则雇员言论的合法性应受质疑。^[76]其六，雇主是否对雇员进行了警告或提示。如果雇主已经对雇员可能违法的言论提出警告或提示，雇员置之不理，则雇员行为的合法性降低。因为雇员对雇主的警告或提示置之不理，可能构成雇员对遵守雇主指示义务的违反，从而增强了雇主对其惩戒的合法性。值得注意的是，虽然雇主通常只能对

[73] 参见前引 [36]，Hudson 文，第 44 页以下。

[74] 参见前引 [8]，Ireton 文，第 151 页以下。

[75] 参见前引 [24]，Däubler 书，主题 4，边码 50。

[76] 参见前引 [26]，Pearson 文，第 449 页。

雇员在工作时间内的行为进行监督,但由于网络的特殊性,雇员在下班时间使用自家电脑在网络上留言,对雇员行为的性质并没有影响。〔77〕

在上述“四要素”中,第一个要素关注劳动者社交媒体行为的规则依据,第二个要素关注行为动机,第三个要素关注行为后果,第四个要素关注行为情节。因此,“四要素”是一个相对完整的包含行为依据、动机、后果、情节的衡量体系,彼此之间的逻辑关系和侧重点较为清晰,可以为劳动者的社交媒体行为以及司法机关裁判提供较为全面的指引和参考。需要指出的是,“四要素”是一个综合考虑的体系,要素之间也存在关联,对于认定劳动者行为的合法性并非“缺一不可”。因此,在司法实践中,判断劳动者言论是否合法,应当综合考虑“四要素”及其之下相应的具体因素作出全面的考量和认定。各国在实践中的做法也体现了这一点。在澳大利亚,有关部门在处理劳动者社交媒体言论案件时也需要考虑诸多因素,包括:(1)评论的性质和严重程度;(2)信息的来源;(3)雇主或组织的名称是否被提及;(4)其他雇员是否看到信息;(5)信息的公开程度;(6)雇主业务和(或)产业是否受到损害以及损害的程度;(7)评论是出于冲动还是故意;(8)信息是否被及时撤回还是一直保留;(9)雇员是否表示出后悔或自责;(10)雇主对雇员社交媒体行为是否及时表达关注;(11)雇主是否已制定并告知全面的社交媒体政策。〔78〕这些具体因素也是围绕着雇主的规章制度、劳动者的行为动机、行为后果以及行为的具体情节等展开的,基本上可以被“四要素”所涵盖。

(二) 雇主对劳动者社交媒体行为的惩戒措施应符合比例原则

实践中,雇主经常对雇员可能损害雇主利益的社交媒体行为采取惩戒措施。对此,除考察上述“四要素”之外,也应考量雇主采取的惩戒措施是否正当。雇主对雇员实施惩戒,一般应遵循三项原则:规则明确、公平合理、程序正当。其中,“公平合理”原则要求“惩戒事由和措施都必须符合‘比例原则’”。〔79〕在有关劳动者社交媒体行为的惩戒中,比例原则尤为重要。由于言论自由是一项基本权利,解雇保护也是劳动法的一项基本原则,因此只有当劳动者社交媒体行为违反义务的严重程度较高,且具有明显的现实或潜在危害时,雇主才可以对雇员行使解雇权。反之,雇主不可行使劳动合同解除权,而是应当采取警告或者其他惩戒措施。2019年英国有一个影响较大的案例。英国谢菲尔德大学认为某学生在2015年发表不当言论,将其开除。高等法院在一审中支持了学校的决定,但上诉法院推翻了一审法院的判决,理由是学校没有为该学生提供如何在公共论坛上更恰当地发表言论的指引,而且学校没有考虑采取较为轻微的惩戒措施例如警告。基于上述理由和其他理由,法院认为学校的决定对该学生是“有瑕疵、不成比例、不公正的”。〔80〕虽然该案发生在学校与学生之间,双方之间并不存在劳动关系,但学校与学生以及雇主与雇员之间都存在一定的管理和从属关系,因此该案的裁判理念对劳动者社交媒体言论案件仍具有较大参考价值。从我国有关劳动者社交媒体行为的司法实践看,法院也经常运用这一原则。因此,雇主对劳动者社交媒体言论行为采取的惩戒行为应符合比例原则的要求。

〔77〕 参见前引〔4〕,Thornthwaite文,第178页,第183页。

〔78〕 同上文,第182页。

〔79〕 参见谢增毅:《用人单位惩戒权的法理基础与法律规制》,《比较法研究》2016年第1期,第12页以下。

〔80〕 参见前引〔36〕,Hudson文,第42页以下。

结 语

言论自由是公民的一项基本权利，劳动者职场的言论自由，包括在社交媒体发表言论的自由，应当得到保护。但任何权利都不是绝对的，劳动者与雇主之间存在劳动关系，劳动者对雇主负有劳动关系中的义务包括忠实义务，劳动者在社交媒体上的言论自由受到限制，雇主在劳动关系中也有维护其合法权益、维护职场秩序的权利。因此，对于劳动者社交媒体行为需要综合考虑言论自由的价值、劳动者的义务以及雇主的权益等，在雇员权利和雇主利益之间寻求平衡。言论自由具有重要价值，劳动者忠实义务的内容富有弹性，确立劳动者言论自由的边界需要在个案中考察劳动者行为的具体事实，包括行为是否符合雇主规章制度的要求以及行为动机、行为后果和具体情节，以此判断雇员行为是否合法，以及雇主对雇员社交媒体行为采取的惩戒措施是否正当。当前我国司法实践已出现了数量可观的案例，亟待通过理论深入和实务总结为司法裁判以及劳动者和用人单位的社交媒体行为和规则提供进一步的指引，并不断提高司法裁判质量。

Abstract: In recent years, there have been many disputes between the employee and the employer in China resulting from the speeches made by the employee on social media. Freedom of speech is a basic right of citizens and therefore should also be protected in labor relations. However, the employee's freedom of speech may conflict with the employer's rights and interests and therefore should be restricted. From the perspective of labor law, the restriction on the employee's freedom of speech is based on the employee's duty of loyalty to his employer. Therefore, the employee's freedom of speech needs to be balanced with his duty of loyalty and his employer's rights and interests. In judicial practice, Chinese courts generally consider various factors around the employee's speech on social media in judging the legitimacy of the speech. Establishing the boundaries of the employee's freedom of speech requires an examination of the "four key factors" and related details of employee's social media behavior in individual cases, including whether the behavior is in compliance with the employer's rules of using social media, and the motivation, consequence and plot of the behavior, so to decide whether the employee's behavior harms the employer's interests, whether the employee violates his duty of loyalty, and whether the employee's social media behavior is beyond the limit of freedom of speech and whether it is legal or not. The disciplinary measures taken by employers on employees' social media behavior should comply with the principle of proportionality.

Key Words: employee, social media, freedom of speech, duty of loyalty, internet
