

报复性解雇认定标准及法律责任之构造

——基于美国立法与司法经验的考察

毛 景

(武汉大学 法学院,湖北 武汉 420072)

摘 要: 报复性解雇系指雇员在劳动关系存续期间因作出有利于社会公共利益的行为而惹怒雇主,导致后者产生报复的心理,以表面上符合劳动法上正当解雇的理由为借口而作出解雇,其与违法解雇、惩戒解雇、不当解雇等术语的外延存在明显差异。报复性解雇可类型化雇员因作出参与行为而被解雇与因作出反对行为而被解雇。我国现有解雇保护制度存在法律漏洞,造成司法机关在处理报复性解雇纠纷时不知如何认定以及怎样课责。借鉴美国立法与司法经验,对报复性解雇认定标准的构造,应分别对报复主体、报复对象、报复动机与因果关系四要素作出认定;而报复性解雇法律责任的构造,应建立以惩罚性赔偿金为中心的法律责任体系。欲将报复性解雇认定标准及法律责任规则嵌入我国解雇保护制度中,应通过立法来完善。

关键词: 报复性解雇;认定标准;法律责任;违法解雇

中图分类号: DF474 **文献标识码:** A **文章编号:** 1009-0150(2017)06-0115-17

一、引 言

近年来在我国司法实践中,不论个别劳动关系领域抑或集体劳动关系领域均已出现一些报复性解雇案例,但司法机关并不清楚应当如何对其进行认定以及怎样课责。因我国采行法定事由解雇模式,导致司法机关对报复性解雇纠纷的处理策略是简单地将其与违法解雇进行对比,并未注意到报复性解雇的独特性,往往造成被报复性解雇的劳动者无法获得有效救济。质言之,我国当前解雇保护制度存在法律漏洞。报复性解雇行为不但侵犯劳动者的工作权,而且损害劳动者的公民权与社会公共利益。在我国积极融入全球化、新生代劳动者权利意识不断高涨以及国家大力推进“依宪治国”保护公民基本权的背景下,必须切实保障劳动者的公民权与社会公共利益,故亟须将报复性解雇纠纷纳入法治化治理的轨道。

美国自从1959年加利福尼亚州最高法院在“彼得曼诉国际茶马仕公司”一案中首次承认“报复性解雇”属于侵权行为并判决原告彼得曼胜诉以来,通过立法与司法的交互作用,历经几十年的演变,已形成了较为成熟的反报复性解雇规则体系。其中,美国学界对于推动反报复性解雇规则体系的形成与完善发挥了至关重要的作用。几十年来,美国学者们对报复性解雇问题展开了热烈的讨论,代表性研究文献如下:Asa E. Philliops认为报复性解雇侵犯了雇员作为公民的某项基本权利和社会公共利益,并指出公共利益的法源包括宪法、法律、行政法规、职业行为准则以及司法判决等^①;Carol Abdelmessseh认为惩罚性赔偿金被适用于故意侵权行为,目的

收稿日期:2017-06-22

作者简介:毛 景(1984-),男,湖南岳阳人,武汉大学法学院经济法专业博士生。

^①Asa E. Philliops. Employment law—retaliatory discharge—illinois relaxes the standard of review of retaliatory discharge actions: *Palmateer v. International Harvester*, *Suffolk University Law Review*, Vol. 15, 1981.

是为了惩罚与阻止作恶者与潜在的作恶者,而报复性解雇作为一种故意侵权行为,完全应当适用惩罚性赔偿金^①;Denise Baker-Seal通过研究联邦与州的成文法中反报复性解雇规则,结合具体典型案例,指出对于关联报复性解雇的受害者必须予以救济^②;Sarah M. Baum则针对因告密行为而被报复性解雇的问题,在深入研究《伊利诺伊州告密者保护法》之后,认为该特别法对普通法上的反报复性解雇规则既有扩大的地方又有缩小的地方,二者不仅不冲突,而且更有利于保护被解雇的雇员权利和社会公共利益^③。

国内学界已开始关注报复性解雇问题,并对此作出了一些研究。沈同仙指出我国解雇保护不足的主要表现之一是尚未对报复性解雇作出明确规定^④;谢增毅认为雇主因为雇员举报其违法行为而将其解雇具有明显的违法性,应承担更大的责任^⑤;李飞从提升公司治理成效的角度对公益告发问题进行了法理与制度两个维度的框架性分析^⑥;王倩基于对德国司法经验的考察,对“吹哨人”保护问题从言论自由、忠诚义务等方面进行了探讨^⑦。总体而言,我国学界对于报复性解雇的研究相当滞后,一方面,主要聚焦于因劳动者告密而被解雇这一报复性解雇问题,而对于其他类型的报复性解雇行为缺少专题研究;另一方面,只是在阐述与解雇相关的其他专题文献中零星地指出我国解雇保护制度无法对报复性解雇问题予以规制或者提出应当设立更严厉的责任,但未展开深入的研究。

鉴于此,我们拟在前述研究的基础上,以个别劳动关系领域为视角,尝试对报复性解雇的认定标准与法律责任问题作一次专项分析,以期完善反报复性解雇规则体系提供立法上的建议,让司法机关在处理报复性解雇纠纷时能清晰地认定报复性解雇行为并课以合适的法律责任,从而保护劳动者的工作权和公民权以及社会公共利益。我们的写作思路如下:首先,界定报复性解雇的内涵,并比较其与违法解雇、惩戒解雇与不当解雇的外延,并对其进行类型化,以揭开报复性解雇之神秘面纱;其次,剖析我国当前解雇保护制度之法律漏洞,指出其无法为报复性解雇的认定与课责提供制度供给;再次,通过考察美国的立法与司法经验,对报复性解雇的认定标准与法律责任规则进行构造;最后,拟将报复性解雇认定标准及法律责任规则嵌入我国当前解雇保护制度中,并提出立法上的相应建议。

二、概念与类型化:揭开报复性解雇之谜

我国学界虽早已提及报复性解雇这一术语,但尚未对其下一个准确的定义;又因我国实行法定事由解雇模式,学界普遍运用的相关术语为违法解雇、惩戒解雇与不当解雇。此外,学界虽已出现一些文献讨论报复性解雇类型之一的因告密而被解雇,但对于其他类型则未展开深入研究。如此,这便使得报复性解雇如同一个谜团。

^①Carol Abdelmeseeh. Why punitive damages should be awarded for retaliatory discharge under the Fair Labor Standards act, Hofstra Labor & Employment Law Journal, Vol. 21, 2004.

^②Denise Baker-Seal. From retaliatory discharge to retaliatory by association: the expanding scope of viable retaliation claims against employers, IDC Quarterly, Vol. 23, 2010.

^③Sarah M. Baum. Callahan V. Edgewater case & rehabilitation center: the Illinois whistleblower act does not preempt the common law tort of retaliatory discharge, DePaul Law Review, Vol. 5, 2007.

^④沈同仙:《论完善我国不当解雇的法律救济措施》,《中国法学》2012年第6期。

^⑤谢增毅:《雇主不当解雇雇员的赔偿责任》,《法律科学》2010年第3期。

^⑥李飞:《法律如何面对公益告发?——法理与制度的框架性分析》,《清华法学》2012年第1期。

^⑦王倩:《保护“吹哨人”的劳动法分析——基于德国司法经验的考察》,《当代法学》2016年第5期。

(一) 报复性解雇的概念: 内涵与外延

关于报复性解雇这一术语,起源于美国,被称之为retaliatory discharge或retaliatory dismissal,与其紧密相连的术语是雇用自由规则(the Employment at-Will Doctrine)。自19世纪末20世纪初始,受到该规则庇护,美国私营部门中的雇主通常可以任何理由或无理由解雇雇员而无须承担法律责任。^①雇用自由规则契合了当时美国工业化快速发展的需求,但由于该规则过度倾向于保护雇主利益,随着经济社会情势的变化,已不再适应时代的要求而必须对其进行必要的限制,于是逐渐演化出一系列关于雇用自由的例外规则。时至今日,美国已形成三种限制雇用自由规则的例外理论,即公共政策理论、默示合同理论、公平与诚信理论。^②因报复性解雇涉及社会公共利益,故规范报复性解雇问题的理论包括公共政策理论和公平与诚信理论。^③因此,雇用自由规则与反报复性解雇规则是一般与例外的关系。

关于报复性解雇的界定,美国学界存在如下不同的观点:一种观点认为,报复性解雇是指雇主的解雇行为违反了一项受到宪法、法律或司法所承认的公共政策原则并侵犯了作为公民的雇员之某项基本权利的行使^④;另一种观点认为,报复性解雇是指雇员因参与下列受到公共政策鼓励的活动而被解雇,这些活动包括履行陪审团义务、拒绝参与雇主的非法活动、参与作证、拒绝改变污染测试结果等^⑤;还有一种观点认为,报复性解雇是雇用自由规则的一种例外,系指雇员因参加某些活动而遭到雇主的报复,从而被解雇了,解雇行为违反了一项公共政策。^⑥第一种观点与第三种观点指出报复性解雇行为违反某一项公共政策,第二种观点实质上是从事外延上界定报复性解雇。此三种观点尚未准确界定报复性解雇的内涵与外延,仍需借助其他资料的描述与分析。

Marc Schneier认为,雇主对一位自由雇用的雇员采取报复性解雇,将导致如下社会危害:一是雇主将扼杀雇员履行公民义务的积极性;二是雇主将破坏稳定的雇用关系;三是雇主将阻止雇员行使公民权利……报复性解雇还会引起其他的形式更加巧妙的社会危害,例如解雇的威胁将迫使雇员参与不当的活动,而职业化的雇员理应遵从职业行为准则(该准则禁止雇员从事上述行为),这使得雇员面临一个进退两难的境况。^⑦可见,报复性解雇的起因是雇员因行使公民权利或履行公民义务。结合前文所述,雇员行使公民权利或履行公民义务的行为诱发了雇主的报复心理,从而作出了解雇的决定。同时,雇员的行使公民权利行为或履行公民义务行为受

^①雇用自由规则最早由霍瑞斯·伍德于1887年提出,但不久被美国所采纳。参见Edwin Robert Cottone. Employee protection from unjust discharge: A proposal For judicial reversal of the terminable-at-will doctrine, Santa Clara Law Review, Vol42, 2002:59-61。

^②柯振兴:《美国劳动法》,中国政法大学出版社2014年版,第127页。

^③依据“公共政策理论”,应保护社会公共利益,适用侵权法制度来救济受害者,可授予补偿性赔偿金与惩罚性赔偿金;依据“默示合同理论”,应适用契约法制度来救济受害者,只可授予补偿性赔偿金而不允许授予惩罚性赔偿金;而依据“公平与诚信理论”,则可适用侵权法制度或契约法制度。美国主流观点认为,在雇主违反“公平与诚信原则”而作出不当解雇时,其所适用的救济方式,应视所保障之标的属于公益或私益而定。参见焦兴锐:《劳动法与劳工权利之保障》(美国劳工法论文集),月旦出版社股份有限公司2001年版,第39-50页。

^④Asa E. Phillips. Employment law—retaliatory discharge—Illinois relaxes the standard of retaliatory discharge actions: Palmateer v. International Harvester, Suffolk University Law Review, Vol. 15, 1981: 1358.

^⑤John R. Spitzig. Midgett v. Sackett-Chicago, Inc: Extension of the tort retaliatory discharge to employees covered by collective bargaining agreements, Loyola University Chicago Law Journal, Vol. 16, 1985: 807-808.

^⑥Patricia Leigh O'Dell. Retaliatory discharge: corporate counsel in a Catch-22, Alabama Law Review, Vol. 44, 1993:573.

^⑦Marc Schneier. Public policy limitations on the retaliatory discharge of at will employees in the private sector, U.C. Davis Law Review, Vol. 14, 1981:814-816.

到公共政策的保护,质言之,该行为有益于社会公共利益。

综上,我们认为,所谓报复性解雇的内涵,系指雇员因在劳动关系存续期间作出有利于社会公共利益的行为而惹怒雇主,导致后者产生报复的心理,以表面上符合劳动法上正当解雇的理由为借口而解雇该雇员。

报复性解雇的内涵界定,并不足以充分说明什么是报复性解雇以及其与违法解雇、惩戒解雇以及不当解雇的界限,因此有必要比较报复性解雇与违法解雇、惩戒解雇与不当解雇的概念差异,从而明确报复性解雇的边界。(1)报复性解雇与违法解雇。我国实行严格的法定解雇事由模式,违法解雇是指违反《劳动法》、《劳动合同法》等劳动法的解雇行为。违法解雇包括推定解雇、预告解雇、即时解雇与禁止解雇四类,但我国《劳动合同法》第42条关于禁止性解雇的条款中并未明确规定反报复性解雇条款。(2)报复性解雇与惩戒解雇。在我国语境下,惩戒解雇被称为惩戒性解除劳动合同,系由《劳动法》第25条所规定,其对象包括劳动者严重违反劳动纪律或用人单位规章制度;严重失职、营私舞弊,对用人单位造成严重损害的情形。^①惩戒解雇与报复性解雇的根本区别在于二者的性质,前者是雇员的行为在法律上具有可责性,换言之,引发惩戒解雇的原因是雇员的不当行为或犯罪行为,雇主据此解雇雇员,属于行使法律赋予的权利;后者是雇员的行为受到法律的保护与鼓励,诱发雇主报复性解雇的原因是雇员行使公民权利或履行公民义务,雇主若因雇员的这些行为而解雇之,属于滥用解雇权。(3)报复性解雇与不当解雇。在报复性解雇、违法解雇、惩戒解雇、不当解雇四个术语中,不当解雇的外延最为宽泛,可以覆盖其他三个术语的外延。

(二)报复性解雇的类型化:雇员因参与行为或反对行为而被解雇

类型化借助某类型在类型系列中的适当位置,表明该类型特色之特征,以及使其与毗邻类型相连的特征更可以清楚地显示出来。^②类型化研究是法学研究的一种基本方法,能够较为具体、清晰地反映研究对象的个体特征。对于报复性解雇,美国学界主要存在两种类型化方式:第一种是前文所提及Marc Schneier将报复性解雇区分为雇员因行使公民权利而被解雇与雇员因履行公民义务而被解雇;第二种是Denise Baker-Seal将报复性解雇界分为雇员因参与行为而被解雇与雇员因反对行为而被解雇……参与行为包括起诉、作证、控告或参与法律调查、听证等活动,反对行为是指反对雇主非法的或不当的行为。^③我们更倾向于第二种观点,因为不论参与行为抑或反对行为,均属于作为公民的雇员行使公民权的行为,报复性解雇侵犯了雇员的工作权与公民权。^④

1. 雇员因参与行为而被解雇

雇员因参与行为惹怒雇主而被报复性解雇,此处的参与行为又可细分为多种情形,下文择取几种典型的报复性解雇类型予以分析。(1)雇员因告密而被解雇。这是美国学者探讨最多的一种报复性解雇纠纷,被告密的对象包括雇员的上司和其他雇员。Palmateer v. International Harvester Co.被美国学界称为报复性解雇的第一案,原告Palmateer因举报另一位雇员的犯罪行为

^①王全兴、侯玲玲:《开除与惩戒性解除劳动合同的选择》,《中国劳动》2006年第8期。

^②[德]卡尔·拉伦茨:《法学方法论》,陈爱娥译,商务印书馆2003年版,第346页。

^③Denise Baker-Seal. From retaliatory discharge to retaliation by association: the expanding scope of viable retaliation claims against employers, IDC Quarterly, Vol. 23, 2010:2-3.

^④因报复性解雇行为除了侵犯雇员的工作权,还损害雇员的申诉权、起诉权、平等权等权利,为论述方便,本文将后一类权利统称为公民权,以示区别于工作权。

为而被雇主International Harvester Co.解雇,此案经历一审、二审、三审,最后原告胜诉。^①告密行为,对应的是公民的检举权。检举在扫黄打非、打击走私和价格欺诈以及维护食品安全等方面都发挥了重要作用。在当今社会,检举权已成为打击违法犯罪,保障国家、集体和公民权益的重要手段。^②因雇员的告密行为会给雇主的声誉和经济利益产生巨大的影响,引起雇主的愤怒而作出报复性解雇。(2)雇员因执行法律义务而被解雇。执行法律义务,亦可称之为行使法定权利,例如参与法律调查、听证、作证等行为既是履行法律义务也是行使法律权利。在Nees v. Hocks一案中,一位女性雇员因出庭担任陪审员而被解雇,法院最后判决原告胜诉。^③在美国,陪审团制度是作为对法官职权的一种解构机制或者分割机制来对待的,其体现的是一种权利制衡权力的分权模式。^④参与陪审团,既是公民的义务,又是公民的权利,作为公民的雇员有权行使这一权利。(3)雇员因主张合法权益而被解雇。在Dockery v. Lampart Table Co.一案中,原告Dockery在工作中颈部和背部受伤,根据《北卡罗来纳州工伤赔偿法》提起申诉并获得了工伤赔偿金,但随后被雇主解雇。^⑤在劳动关系存续期间,根据雇用合同或者法律规定,雇员享有约定的或者法定的权益,如涨薪、劳动保护等。若雇主违背在雇用合同中约定的条件或者违反法律的规定,雇员有权与雇主协商;雇主如拒绝改进,雇员则可进一步向劳动行政机关、法院寻求救济。

2. 雇员因反对行为而被解雇

雇员因反对行为而被报复性解雇,主要包括两种情形:(1)雇员因拒绝执行雇主的非法指令而被解雇。在彼得曼诉国际茶马仕公司一案中,原告彼得曼在法律委员会进行调查时,因拒绝按照雇主要求作伪证而遭到被告国际茶马仕公司的解雇,法院最后判决原告胜诉。^⑥雇主的违法指令林林总总,其基本特征是强迫雇员去违反法定的禁止性义务,以维护企业的非法利润。雇主作出违法指令,将使雇员陷入一个进退两难的境地,因为如拒绝雇主的违法指令,极有可能遭到雇主的报复性解雇;若接受违法指令,则意味着自己将承担被追究违法责任的风险。(2)雇员因拒绝雇主的不合理要求而被解雇。此类报复性解雇以因拒绝雇主或同事的性骚扰而被解雇为典型。在Monge v. Beebe Rubber Co.一案中,原告Monge是一位已婚并有三个孩子的女性雇员,从事排版机器操作工作,由于她拒绝其上司外出约会及其他性挑逗,而被公司藉故解雇,法院认为雇主的解雇有害于社会公共利益,故判决被告败诉。^⑦雇主对雇员发出的违法指令与不合理要求,可概括为雇主的不当指令。雇主的不当指令,除了明显违反刑法、行政法规等强制性规定外,还包括违反一般社会通念或职业行为准则。

三、法律漏洞:我国报复性解雇认定标准及法律责任规则之缺失

欲探究报复性解雇的认定标准与法律责任,首先需解析我国当前解雇保护制度,此亦为本部分研讨之目的。我们认为,我国当前解雇保护制度,并未明确规定报复性解雇问题,只能借

^①Asa E. Phillips. Employment law—retaliatory discharge—Illinois relaxes the standard of retaliatory discharge actions. *Palmateer v. International Harvester*, *Suffolk University Law Review*, Vol. 15, 1981: 1356-1358.

^②宁立成:《检举权的法理探析》,《河北法学》2011年第1期。

^③焦兴铨:《劳工法与劳工权利之保障》(美国劳工法论文集),月旦出版社股份有限公司2001年版,第18页。

^④汤维建:《人民陪审员制度试点的评析和完善建议》,《政治与法律》2011年第3期第3页。

^⑤Donnell Yan Noppen. Workers' compensation—retaliatory discharge—the legislative response to dockery v. lampart table co., *North Carolina Law Review*, Vol. 58, 1980: 630.

^⑥Patricia Leigh O'Dell. Retaliatory discharge: corporate counsel in a catch-22, *Alabama Law Review*, *Alabama Law Review*, Vol. 44, 1993: 578-579.

^⑦焦兴铨:《劳工法与劳工权利之保障》(美国劳工法论文集),月旦出版社股份有限公司2001年版,第29页。

助特殊法律技术才存有微弱的希望以救济被报复性解雇的劳动者。换言之,在法定事由解雇模式的框架下,报复性解雇问题被模糊化处理了,也即我国尚未设置报复性解雇认定标准及法律责任规则,易言之,我国解雇保护制度存在不周延之处,即法律漏洞。

(一)司法认定报复性解雇之困境

如上所述,报复性解雇可分为雇员因参与行为而被解雇与因反对行为而被解雇,现各举一个我国司法实践中已出现的典型案例予以分析,其中案例一为劳动者因主张合法权益而被报复性解雇,案例二为劳动者因拒不执行用人单位不当指令而被报复性解雇。

1. 案例一:卢永华诉东莞市长安镇锦夏居委会案

卢永华于2005年9月16日入职东莞市长安镇锦夏社区居委会下属的锦夏社区环境卫生管理办公室,担任保安一职。2011年9月16日双方签订劳动合同,合同期限为2011年1月1日至2013年12月31日;2013年12月20日,双方再次签订劳动合同,合同期间为2014年1月1日至2016年12月31日。在2007年3月至2010年3月,2012年3月至2014年8月期间,锦夏社区办公室仅安排一名保安值班,且一年四季没有休息日,卢永华多次主动与锦夏社区办公室和锦夏社区居委会沟通,要求支付正常上班的工资、加班费、年休假工资、高温补贴、单位发给员工的其他各种补贴、住房公积金等,但均遭拒绝。与用人单位协商无果后,卢永华遂于2014年10月31日向东莞市劳动人事争议仲裁院长安仲裁庭申请劳动仲裁。在卢永华以法律手段维权后,用人单位于2014年12月8日即作出解除劳动合同的决定。^①此案经历一审与二审,均判定用人单位解雇合法。劳动者因主张合法权益而被报复性解雇,历经冗长而复杂的初审与终审程序后,劳动者最终并未获得理想结果。

2. 案例二:张彦诉美国商标协会上海代表处案

2004年1月1日,张彦与中国人才上海分部签订劳动合同,由中国人才上海分部派遣至美国商标协会上海代表处任代表一职,最后一份劳动合同期限为2013年1月1日至2017年12月31日。2014年3月美国商标协会首席执行官意图关闭上海代表处,违法遣散上海代表处员工,指令上海代表处停止运营。2014年7月上海代表处新任首席代表任职后,由于对上海代表处工作不了解,经常作出不合理的、无法完成的工作指示,与包括张彦在内的所有员工存在分歧,全体员工遂向美国商标协会董事会反映首席执行官与新任首席代表的上述工作情况,导致全体员工均被上海代表处解雇。美国商标协会上海代表处认为张彦违反劳动合同约定和规章制度,解雇合法。初审法院认为,张彦未能在规定的时间内完成工作,拒绝接受工作安排,且在明确告知张彦不能参加工作会议后仍擅自参加,其行为违反了劳动者的职业操守、单位的规章制度和劳动合同条款,构成违纪行为,故解雇合法。^②二审法院维持了一审判决。该案属于雇员因拒不执行雇主的不当指令而被解雇,显然构成报复性解雇。

从上述两个典型案例不难窥见我国司法机关在处理报复性解雇纠纷时的基本思路。由于《劳动法》、《劳动合同法》等法律并未将劳动者因主张合法权益而被解雇、因拒不执行用人单位的不当指令而被解雇而予以明文禁止,且我国并无判例法的传统,导致司法机关在审理此类纠纷时死抠《劳动合同法》的其他法条,如规定劳动者即时辞职权的第38条、规定用人单位即时解雇权的第39条等。换言之,我国《劳动合同法》对报复性解雇行为进行了模糊化处理,将其揉捏到违法解雇模式中,增加了法官认定报复性解雇的难度,不利于保护劳动者的权利和社会公共利益。

^①参见(2016)粤19民终7号判决书。

^②参见(2016)沪02民终255号判决书。

(二)报复性解雇认定标准及法律责任规则的法律漏洞

上述两个典型案例凸显了我国司法机关认定报复性解雇时的困境,这恰恰折射出我国劳动法上制度供给不足,即当前解雇保护制度存在法律漏洞。不同于美国的“雇用自由+例外”的解雇保护模式,我国采纳法定事由解雇模式,但无论采纳何种解雇保护模式,对于报复性解雇纠纷的处理,均须从认定标准与法律责任两个方面提供具体的规则。我们将结合我国的法定事由解雇模式,从报复性解雇的认定标准与法律责任两个角度,简要分析我国劳动法之漏洞。

1. 法定事由解雇模式与报复性解雇认定标准

我国目前的解雇保护制度是一种法定事由解雇模式,即《劳动法》、《劳动合同法》等法律对允许解雇与禁止解雇的情形作出了严格的规定。现以《劳动合同法》为样本,分析我国的法定事由解雇模式。《劳动合同法》设置了协商解除(第36条)、预告辞职(第37条)、即时辞职(第38条)、即时解雇(第39条)、预告解雇(第40条)、经济性裁员(第41条)、禁止解雇(第42条)、合同终止(第44条)解雇条款。违反上述条款的解雇属于违法解雇,用人单位须承担法律责任。但仔细推究可知,上述条款并未对报复性解雇问题作出明确规定,唯一可能涉及报复性解雇的条款是第42条所设定的禁止性解雇之情形,但该条款前五项与报复性解雇无任何关系,只有最后一项兜底性规定“法律、行政法规规定的其他情形”可能包含禁止报复性解雇行为。

如前文所提及,报复性解雇是雇主假借劳动法上正当解雇事由为借口而发动的解雇行为。那么我国的用人单位完全可能假借第36条协商解除、第37条预告辞职以及第38条即时辞职,迫使劳动者主动终止劳动关系;用人单位亦完全可以假借第39条即时解雇^①与第40条预告解雇,以掩盖报复性解雇动机。再回到第42条,该条款最后一项可能禁止报复性解雇,然而该条款关于禁止性解雇的规定仅适用于第40条预告解雇与第41条经济性裁员,换言之,用人单位以第36条、第37条、第38条、第39条为借口,发动报复性解雇,毫无任何法律风险。此种法律设置,导致司法机关在认定报复性解雇行为时,不得不将报复性解雇纠纷转化为违法解雇问题,即根本不考虑报复性解雇的独特性。因此,从当前法定事由解雇模式看,劳动者在遭遇报复性解雇时,只能从如下两条途径获得救济:一是根据第42条禁止解雇的兜底性规定;二是证明用人单位违反第36条协商解除、第39条即时解雇。

2. 法定事由解雇模式与报复性解雇法律责任

对于解雇的法律责任,我国设置了恢复原职、经济补偿金与经济赔偿金三种方式,其中合法解雇时需支付经济补偿金,违法解雇时需恢复原职或支付经济赔偿金,经济补偿金是经济赔偿金的2倍。如果劳动者在遭受报复性解雇时,欲通过现有的法定事由解雇模式获取救济,即使其成功地证明用人单位的解雇行为属于违法解雇,其可获得的赔偿金如何呢?依据《劳动合同法》规定,工作期限每满1年支付1个月工资;6个月至1年,按1年计算;不满6个月,支付半个月工资。此外,设置了两个最高额限定:一是对于高薪劳动者,经济补偿金的最高额不得超过平均工资的3倍;二是对于工作年限较长的劳动者,经济补偿金的计算年限不得超过12个月。^②违法解雇的赔偿金标准,是补偿金标准的2倍,那么我国的赔偿金标准是否过高呢?不妨与美国作一比较。20世纪80年代在加利福尼亚州,雇员在遭受违法解雇时所获得的损害赔偿金分别是目前

^①该条款第二项“严重违反用人单位的规章制度”成为我国用人单位报复性解雇劳动者的经典借口,正如学者所分析的,“‘严重违反用人单位的规章制度’这一解雇理由在缺乏立法界定、司法认定和企业民主的情况下,就像一个大箩筐,只要不触犯法律的强制性规定,什么都可以往里装”,参见钱叶芳:《个人解雇保护立法实践的国际比较:回应与建设》,载《法律科学》,2011年第1期,第178页。

^②参见《劳动合同法》第47条。

我国遭受违法解雇行为侵害的雇员所获得的经济补偿金的155.6倍(中小企业)和58.3倍(集团型企业)。^①况且,在我国实践中用人单位以本地区最低工资标准为月工资基数,导致在计算经济赔偿金时实际数额大幅度缩水。

四、认定标准之构造:报复性解雇认定的四要素模式

司法机关是报复性解雇纠纷的最终裁判者,而其对报复性解雇的规制首先是对报复性解雇的认定,唯有将某一解雇行为认定为报复性解雇行为之后方可课以相应法律责任。考察美国的立法与司法经验,笔者认为报复性解雇的认定应当遵从“四要素”认定模式,即需对报复主体、报复对象、报复动机、因果关系四个要素分别进行认定。

(一)报复主体的认定标准

美国《公平劳工标准法》将雇主定义为直接或者间接地为了(与雇员相对而言的)雇用者的利益而活动的任何人。在确定主体是否具有雇主身份时,法院通常考虑以下因素:(1)该主体是否享有雇用和解雇雇员的权利;(2)该主体是否可对雇员进行工作安排或者对雇用状况进行监督和控制;(3)该主体是否享有确定工资支付比率及方式的权力;(4)该主体是否保存雇用记录。^②在美国法上,可以行使雇主部分权力的雇员,包括中层管理者与高级管理者,均可以被视为雇主。从美国的经验看,雇主的外延并不局限于公司的董事长,代行董事长部分职权的各级管理人员均可被认定为雇主,这些管理人员的基本权力之一便是解雇决定权。

当管理人员作为雇主时,其便可以行使解雇权。特别是高级管理人员,虽然具备雇员身份,但负责公司的日常事务,享有广泛的权力和影响,可在一定程度上代表雇主行使权力。^③即使中级管理人员不具有直接的解雇权力,但其与高级管理人员、董事长的关系密切,对后者的影响力明显优于普通雇员,当普通雇员与中级管理者发生冲突时,高级管理者和董事长更愿意从中级管理者的视角作出决定。而且,中级管理者的解雇决定往往受到高级管理者和董事长明示或者默示同意。

当管理人员作为雇员时,相对于更高级的管理者和董事长,又处于相对弱势地位。如上述Bowman v. State Bank of Keyserling一案,作为股东的雇员,因行使公司法上的发言权和投票权而被报复性解雇。经理职位可分为总经理、高级经理、低级经理,总经理不具有劳动法上的从属性,不属于劳动者,与公司的关系应当属于委任合同关系。高级经理与低级经理,均属于管理中层,应当按照从属性指标体系甄别从属性差异程度,给予差别化的劳动法保障;如果法官认为从属性极高,那么此劳动者就是仅有经理头衔的劳动者,属于雇用合同;如果法官认为从属性极低,则意味着此经理实际上未处于雇主的监督指挥之下,不具有从属性,其给付的劳务属于委任合同的范畴,应排除劳动法的适用。^④管理人员与公司是委任关系还是雇用关系,可作为判断其是否为雇主的判断标准,域外对于二者的解雇保护规则存在差异,当管理人员与公司之间是雇用关系时,列入普通雇员的序列,属于实质上的普通雇员,与普通雇员享有相同的解雇保护。当这些仅具有管理人员头衔的雇员,遭受公司的报复性解雇时,有权提起报复性解雇之诉。

具有管理头衔的雇员,既可能对普通雇员发动报复性解雇,也可能遭遇更高级管理人员的

^①杨浩楠:《论我国解雇保护制度的不足与完善——基于中美解雇保护制度的比较研究》,《上海财经大学学报》2016年第1期,第103页。

^②林晓云:《美国劳动雇佣法》,法律出版社2007年版,第14-15页。

^③谢增毅:《公司高管的劳动者身份判定及其法律规则》,《法学》2016年第7期。

^④王天玉:《经理雇佣合同与委任合同之分辨》,《中国法学》2016年第3期。

报复性解雇,因此需要对管理人员是属于雇主范畴还是雇员范畴作出界分。以从属性为判断基准,管理人员对公司的从属性极高,则属于雇主范畴,若从属性较低,则属于雇员范畴;同时,可辅之以该管理人员的职权作为衡量因素,即管理人员对普通雇员是否享有安排职位、调职、解雇等权力。具体到报复性解雇行为,对雇主可定义为:对普通雇员或者低级管理人员可以行使解雇权的人员。需说明的是,尽管在大多数报复性解雇纠纷中,雇主与遭遇解雇的雇员发生直接冲突,但报复性解雇行为的构成并不要求雇主与被解雇雇员直接发生矛盾,因为雇员可能与同事、属于雇员序列的管理人员发生冲突而遭遇报复性解雇。

(二)报复对象的认定标准

然而,随着社会的发展,出现了一种新的报复性解雇现象,即关联报复。在美国联邦上诉法院审理的Thompson v. North American Stainless, LP一案中,原告汤普森向雇主北美不锈钢公司提起报复性解雇诉讼,声称被告在得知其妻子提起反性别歧视的控告后解雇了他,最终法院判决原告胜诉;在McGhee v. Healthcare Services Group一案中,被告医疗服务公司在获悉原告麦格辉的妻子向她的雇主博尼费医疗公司(医疗服务公司属于博尼费医疗公司的一个分包商)提起反歧视指控后,将原告麦格辉解雇。^①在第一个案例中,汤普森与其妻子同属于北美不锈钢公司,因妻子向雇主提起反歧视控告行为而惹恼了雇主,雇主报复性地解雇了汤普森。在第二个案例中,麦格辉与其妻子隶属于具有关联关系的两个不同公司,在妻子向其雇主博尼费医疗公司提起反歧视控告后,博尼费医疗公司的分包商即医疗服务公司却报复性地解雇了麦格辉。这两个案例表明,与雇员存在密切关系的人(例如配偶、子女)的合法行为而惹恼雇主时,雇员遭受了自己雇主(前后两个雇主可能为同一雇主,也可能为具有关联关系的不同雇主)的报复性解雇。这似乎突破了合同的相对性原理。

近代以来,由于社会经济的发展,出现了一些新的制度与规则,这些制度与规则构成了对合同的相对性规则的破坏与冲击,从而使得合同在具有对内效力的同时,又具有了对外效力。^②合同相对性规则允许存在例外。在上述关联报复性解雇案例中,汤普森的妻子与麦格辉的妻子因提起反歧视控告而引起各自雇主的反感和愤怒,而她们的雇主却将这股怒火发泄到她们的丈夫身上,将他们的丈夫报复性地解雇。与一般的报复性解雇相比较,关联报复性解雇同样是基于雇主的主观恶意而作出的解雇行为,后果也同样是雇员被解雇了,只是二者的解雇诱因不同,一般的报复性解雇中雇主解雇的直接原因是雇员本人的合法行为,而关联报复性解雇中解雇的直接原因是与雇员关系密切的人之合法行为,但雇员本人的合法行为和与雇员关系密切的人之合法行为,均不具有法律上的可责性。按照合同相对性原理,在这两个案例中,她们的雇主仅能向她们采取解雇措施,而她们的丈夫无权提起反报复性解雇的控告,只能按照普通解雇寻求救济,一般而言普通解雇的赔偿金远低于报复性解雇的赔偿金。那么雇主将获得不当利益,因为雇主的报复性解雇行为,既达到了威慑其他雇员的效果,又仅仅在可能的范围内承担了较低的法律风险。此时,如果一味严守合同相对性规则,对于被解雇的雇员而言是不公平的。所以,报复性解雇行为中的报复对象还应当包括与雇员存在密切关系的人^③。

虽然合同的相对性原理在合同法中居于基石的地位,但亦允许存在例外。劳动合同作为合同的一种,自应遵守上述合同的相对性及其例外规则。依据合同的相对性规则,报复性解雇行

^①Denise Baker-Seal. From retaliatory discharge to retaliation by association: the expanding scope of viable retaliation claims against employers. IDC Quarterly, Vol. 23, 2010:11-12.

^②陈小君:《合同法学》,高等教育出版社2011年版,第136页。

^③李炎:《损害的质属性要素再解读——权利的射程与利益的筛选》,《政治与法律》2016年第8期。

为中的报复性对象应当是雇员本人;依据合同相对性例外规则,报复性解雇行为中的报复性对象可以为与雇员关系密切的人。故报复性解雇的对象包括雇员本人以及与雇员关系密切的人。尽管相对于一般的报复性解雇而言,关联报复性解雇较为少见,但其危害后果更为严重,雇主的手段也更为隐蔽。传统的相对性原则,已经在很大程度上不能平衡各方利益,迫使学者、立法者、法官抛弃形式正义而追求实质正义^①。因此,必须将遭受关联报复性解雇行为的雇员纳入救济范畴,赋予其与遭受一般性报复性解雇行为的雇员以同样的救济权利。

(三)报复动机的认定标准

在美国传统侵权行为法上,“故意的”是指明知的、顽固的、有目的的、深思熟虑的、无恶意的等。关于“故意的”这个标准不应当适用于劳动法,因为对于报复性解雇行为,法院可以授予三倍赔偿金。^②报复性解雇,作为一种故意侵权行为,不同于普通的侵权行为,其主观状态也存在差异。在故意作为侵权行为构成要件时,最接近欧洲大陆其他国家法律体系中故意概念的并不是意图而是恶意,恶意是指没有正当理由或者抗辩事由的加害意图,恶意接近于恶意刁难或者权利滥用。^③在报复性解雇行为中,故意既是雇主主观恶意且具有可责性,同时还导致了解雇后果。尽管通说认为过错作为侵权行为的构成要件,无需作出故意与过失的区分,但是相比于一般的侵权行为中损害赔偿的范围,在故意侵权行为中损害赔偿的范围则要宽泛得多。^④故意侵权行为的赔偿责任大于一般侵权行为,间接表明故意侵权行为的主观恶性大于一般侵权行为的主观恶性,因此故意侵权行为具有极强的可责性。

报复性解雇作为故意侵权行为的一种,与其他类型的不当解雇(歧视性解雇除外)相比,具有更强烈的主观恶意。如果将其他类型的不当解雇(歧视性解雇除外)定性为一般性侵权行为,那么在司法实践中报复性解雇中的主观动机如何认定?关于过错的判断标准,有主观标准说与客观标准说,主观标准说认为应当通过加害人的主观心理状态来判断其有无过错,客观标准说是以一个合理的、谨慎的人即理性人的行为作为衡量加害人是否有过错的标准。^⑤笔者认为,报复心理作为一种解雇者的真实心理意图,必定是其发动解雇行为的直接动机,然而解雇者常常以虚伪意思表示来掩盖其真实动机,因此主观标准说难以断定解雇者的意图。若法律、行政法规等成文法明文列举了报复性解雇的禁止类型,解雇者仍然执意作出报复性解雇行为,根据客观标准说可直接判明解雇者主观上存在恶意。然而,由于成文法的机械性与局限性而不可能一一列举所有类型的报复性解雇,此时,客观标准说的局限性则一览无遗,即使根据成文法的概括规定或者职业行为准则、道德规范,虽能判明雇主报复性解雇行为不具有正当性,但也需要通过复杂的法定程序来认定。

概而言之,报复性解雇包含了雇主恶意报复雇员的主观动机,解雇行为侵害了雇员公民权与社会公共利益,属于故意侵权行为,应当课以严厉的法律后果。报复性解雇中雇主的动机,不同于一般侵权行为的过错,而是具有更为恶劣的性质。美国的立法已经将报复性解雇行为列入故意侵权行为的范畴。在对报复性解雇的主动动机之司法认定中,第一步应当采取客观标准说,若存在成文法的禁止性规定,则可直接判明雇主具有故意动机;若成文法对于案例中的解雇现象缺乏明文禁止,则应当考虑成文法的基本原则、精神、职业行为准则、道德等规范,并结

^①徐静:《对突破合同相对性原则的再认识》,《法学论坛》2012年第1期。

^②Natalie Pike. The interpreting the meaning of willful under the north carolina retaliatory employment discrimination act and federal employment statutes, Charleston Law Review, Vol. 7, 2013:541.

^③[德]克雷蒂安·冯·巴尔:《欧洲比较侵权行为法》(下卷),焦美华译,法律出版社2004年版,第302页。

^④于敏:《日本侵权行为法》,法律出版社2015年版,第158-159页。

^⑤申卫星:《民法学》,北京大学出版社2013年版,第533页。

合具体案件事实来认定解雇者是否具有主观恶意,此为第二步即采用主观标准说。

(四)因果关系的认定标准

美国在成文法中明确列举了几类典型的报复性解雇行为,但亦存在不周延之弊端,故一般借助司法活动来补充成文法的漏洞。反报复解雇的规范基础主要是公共政策理论,兼有公平与诚信理论,由于成文法上对报复性解雇事由规定之不周延性,为法官造法创造了必要的空间。美国在处理形形色色的报复性解雇纠纷方面积累了大量的案例,提炼出了一系列一般性规范,部分国家的司法机关甚至定期编辑发布新型案件判决书,以为本法院以及下级法院以后在面临此类纠纷时提供裁判依据。美国最初奉行雇用自由规则,在司法机关不断受理报复性解雇纠纷的积淀下,才将几类最典型的报复性解雇行为纳入成文法,实践中仍存在大量成文法所列举类型之外的其他报复性解雇行为,况且即使是成文法所规制的几类报复性解雇行为,在司法机关处理过程中也存在许多难点。

美国的司法机关在处理报复性解雇纠纷时也考虑雇主动机与雇员过错。目前在美国法院系统之中,并存着三种标准,即“重要性”标准、“决定性”标准与“唯一性”标准。“重要性”标准强调报复是雇主发动解雇的一个重要原因,例如若雇员之所以被解雇,部分原因是他提起工伤赔偿诉讼,部分原因是他经常迟到,那么该解雇行为即构成报复性解雇;“决定性”标准强调报复是雇主发动解雇的一个决定性原因,在上述例子中,即使雇员经常迟到,但如果他没有提起工伤赔偿诉讼,那么他就不会被解雇,在此种情形下的解雇行为也构成报复性解雇;“唯一性”标准强调报复是发动解雇的唯一原因,在上述例子中,报复是诱发雇主作出解雇的唯一原因,根本不考虑雇员是否迟到。^①由于雇主在做决定时通常基于一系列原因,适用“唯一性”标准将会使雇主轻易地逃避报复性解雇行为的认定,而“重要性”标准对雇主要求又过于严苛,故美国大多数法院采用“决定性”标准。

从美国对报复性解雇的因果关系认定标准看,考虑雇主解雇动机与雇员的过错行为之间的关联程度。在实践中,雇员可能存在并不严重的过错行为,同时又作出了有益于公共利益的参与行为或者反对行为,此时雇主的解雇动机可能是混合的,雇主为了规避报复性解雇行为之认定,往往以雇员的第一种行为为解雇借口,以掩盖其真实的动机——因雇员的第二种行为而产生报复意图。

五、法律责任的构造:以惩罚性赔偿金为中心的报复性解雇法律责任体系

一旦将某解雇行为认定为报复性解雇,就须课以相应的法律责任。同时,即使立法者将报复性解雇事由列入法律中,亦并不必然能阻吓雇主发动报复性解雇。所谓法律责任,是由特定法律事实所引起的对损害予以补偿、强制履行或接受惩罚的特殊义务。^②在美国,报复性解雇的责任方式包括恢复原职与赔偿金,其中赔偿金又分为补偿性赔偿金与惩罚性赔偿金。由于报复性解雇行为不但侵犯了雇员的工作权,而且侵害了雇员的公民权与社会公共利益,应课以严厉的法律责任,故本部分将着重研讨报复性解雇法律责任体系中的惩罚性赔偿金问题。

(一)恢复原职

在美国,恢复原职是整个成文法体系的一部分,对于报复性解雇行为适用恢复原职,被认

^①Jean C. Love. Retaliatory discharge for filing a workers' compensation claim: the development of a modern Tort action, *Hastings Law Journal*, Vol. 37, 1986:571-572.

^②张文显:《法理学》,高等教育出版社2014年版,第122页。

为是必要的信号,即雇员无需害怕行使他们的法定权利。^①一方面,恢复原职对雇主具有较大的震慑力,是对雇主报复性解雇行为的全面否定,体现了侵权行为责任制度的规范目的;另一方面,对于特定行业或者特定岗位,与赔偿金相比,恢复原职是更恰当、更有效的救济方式。通过立法将恢复原职设置为报复性解雇行为的责任方式,可以为新型的报复性解雇现象提供可供选择的救济方式,若当法院受理一起新的报复性解雇行为而适用恢复原职更为合理时,此时若有成文法的依据,则承办法官便可直接适用,从而减少不必要的争议。

在美国,恢复原职适用于报复性解雇行为,且主要适用于如下两种情形:一是集体劳动关系中的报复性解雇行为;二是违反成文法的报复性解雇行为,这些成文法包括《国家劳动标准法》、《就业年龄歧视法》、《公平劳动标准法》、《民事权利法》、《职业安全卫生法》等。^②由此观之,恢复原职广泛适用于报复性解雇行为中。

在报复性解雇诉讼中,两个因素会阻碍恢复原职命令的发布。其一,缺少劳工组织或者政府机构的有效监督,使得恢复原职的执行不甚理想。除非存在像德国、奥地利那样的工会或者工厂会议组织,从旁协助劳工,否则恢复原职并非最适当的救济方式。^③如果复职后,雇主又借故再次解雇,或者故意将该雇员调动至较差的岗位,那么复职命令的效果必将大打折扣。复职命令执行效果差对此后的类似纠纷产生反向引导作用,雇员在诉讼中会主动放弃恢复原职的请求转而寻求获得巨额赔偿金。其二,被报复性解雇的雇员通常会寻求律师的援助,而律师费一般与赔偿金直接挂钩。律师只有帮助原告获胜才能获得较大收益,在获胜后律师可以从赔偿金中抽取一定比例的金额,在此情况下,律师不太可能会要求法院采用恢复原职的命令,因为这将导致自己的收益大大降低。^④缺少外部监督与雇员律师自身利益追求,共同降低了复职命令的采用率。

(二) 赔偿金: 补偿性赔偿金与惩罚性赔偿金

1. 补偿性赔偿金

补偿性赔偿金(compensatory damages),又称为一般损害赔偿金,在性质上以赔偿为目的,此种损失可较为准确地计算出来。补偿性赔偿金反映了契约关系的特点。首先,关于报复性解雇纠纷,雇员补偿性赔偿金的范围较为宽泛。在报复性解雇纠纷中,雇员有权获得解雇之日至审判之日期间根据劳动合同应当获得的所有损失;如果雇员的雇用合同是具有固定期限的,那么他可获得预期的工资;此外,雇员还可获得因雇主违约而引起的雇用利益和其他经济损失,例如寻找新工作的费用与交通费。^⑤可见,在美国,报复性解雇行为的补偿性赔偿范围不仅包括实际损失的利益,还包括根据劳动合同可期待的利益,既包括原雇用关系中的损失,也包括寻找新工作的损失。

2. 惩罚性赔偿金

惩罚性赔偿金(punitive damages),是补偿性赔偿金之外的另一种侵权行为责任方式。美国《侵权行为法》(整编)对惩罚性赔偿金作出如下界定:惩罚性赔偿金是指在补偿性赔偿金之外的赔偿金,旨在惩罚具有粗暴行为的人,并阻止该行为人以及其他人在未来作出类似行为。

^①Martin H. Malin. Protecting the whistleblower from retaliatory discharge, University of Michigan Journal of Law Reform, Vol. 16, 1983:317.

^②Alvin L. Goldman. Labor law in the USA, Wolters Kluwer Press, 2014:120.

^③焦兴铠:《劳工法与劳工权利之保障》,月旦出版社股份有限公司2001年版,第66页。

^④Alvin L. Goldman. Labor law in the USA, Wolters Kluwer Press, 2014:121.

^⑤Jean C. Love. Retaliatory discharge for filing a workers' compensation claim: the development of a modern tort action, Hastings Law Journal, Vol. 37, 1986:586.

惩罚性赔偿金可适用于粗暴的行为,因为该行为人具有邪恶的动机或者对他人权利极端漠视。^①补偿性赔偿金的目的在于补偿被害人的损失,而惩罚性赔偿金的主要目的则超出了补偿的意义。惩罚性赔偿金的目的是惩罚与吓阻,其性质乃是一种介于民事法与刑事法之间的准刑事上的私人罚金。^②刑法上的犯罪行为大多数影响社会公共利益,故需由国家代表大众依刑事程序进行侦查、起诉与定罪,该程序并不直接关心被害人的赔偿问题;而民事上的侵权行为,须由被害人自行起诉,并寻求获得自己所遭受之损失的补偿,国家不能代表受害的个人向加害人提起诉讼。质言之,刑事制裁的目的侧重于处罚与吓阻再犯,而民事上补偿性赔偿金的目的在于填补受害人所遭受的损害,使其恢复到损害发生前之原状。惩罚性赔偿金的目的在于赔偿,而是对不法行为人除课以补偿性赔偿金之外,为处罚行为人具有恶意或者粗暴的不法行为,以及为吓阻他人日后类似的不法行为,故而从处罚与吓阻再犯的目的来看,惩罚性赔偿金具有刑法上罚金的性质。^③因此,惩罚性赔偿金与补偿性赔偿金的性质与功能皆不相同,惩罚性赔偿金侧重于惩罚功能,而补偿性赔偿金偏重于补偿功能。

报复解雇行为适用惩罚性赔偿金吗?雇主以一种粗暴的方式和一个邪恶的动机去惩罚雇员,是对雇员权利的故意漠视,因此对报复性解雇行为适用惩罚性赔偿金是合适的。^④前文已多次提及,报复性解雇行为同时侵犯雇员利益与社会公共利益,一般而言,侵犯社会公共利益的行为不应由个人来处理,而是由国家来负责起诉。惩罚性赔偿金制度具有向一般公共大众提供报复行为人的工具价值,一个社会应能将个人自力报复导入法院,利用司法制裁之救济,以维持社会的良好秩序,通常故意或鲁莽地损害他人之行为,不仅可能构成侵权或犯罪,同时也违反社会的基本行为规范。^⑤换言之,惩罚性赔偿金的授予,是社会大众报复行为人的方式,因为行为人基于邪恶动机而作出的粗暴行为,损害了一般社会大众的共同利益。报复性解雇行为的恶劣性,满足了惩罚性赔偿金适用的条件,对于报复性解雇行为适用惩罚性赔偿金是极为必要的。

域外发达国家通过立法的方式将惩罚性赔偿金授予报复性解雇行为,下文以美国为例。根据《公平劳动标准法》第215条(a)(3)禁止雇主报复性解雇^⑥。在1977年国会对该法第216条进行了修改,增加了如下规定:任何违反第215条(a)(3)规定的雇主应当承担责任,包括恢复原职、无限制的雇用、工资损失、额外的赔偿金。^⑦这一规定,被联邦法院与州法院视为惩罚性赔偿金的成文法依据。^⑧另外,一些州也在成文法中规定可以对报复性解雇行为授予惩罚性赔偿金,如康涅狄格州。除了明确规定对于报复性解雇行为可课予惩罚性赔偿金,对于惩罚性赔偿金的赔偿标准,美国成文法亦作了相关规定。根据《公平劳动标准法》第216条的规定,在确定惩罚性赔偿金的具体数额时应当考虑如下因素:不法行为的性质、不法行为所导致或希望引起的对被害人之损害之本质与程度、行为人的财富状况。^⑨如果惩罚性赔偿金的数额过低,则不足以

① See《Restatement of Torts》Article 908(1)–(2).

② 戴志杰:《美国法上雇用人惩罚性赔偿金责任之研究》(上),《政大法学评论》2011年第4期。

③ 林德瑞:《论惩罚性赔偿金》,《中正大学法学集刊》2005年第2期,第28页。

④ Carol Abdemessseh. Why punitive damages should be awarded for retaliatory discharge under the fair labor standards act? Hofstra Labor & Employment Law Journal, Vol. 21, 2004:730.

⑤ 林德瑞:《论惩罚性赔偿金》,《中正大学法学集刊》2005年第2期,第35页。

⑥ See the Fair Labor Standard Act sec 215(a)(3).

⑦ See the Fair Labor Standard Act sec 216(b).

⑧ Carol Abdemessseh. Why punitive damages should be awarded for retaliatory discharge under the fair labor standards act? Hofstra Labor & Employment Law Journal, Vol. 21, 2004:731-750.

⑨ See Restatement of Torts sec 908(2).

达到惩处与吓阻之功效,如果数额过高则可能造成雇主破产,因此具体数额的确定需通过司法活动来予以控制。

六、立法完善:报复性解雇认定标准及法律责任规则嵌入我国解雇保护制度

因雇主的报复性解雇行为侵犯雇员的工作权与公民权以及社会公共利益,在新生代劳动者权利意识高涨的大势下,我国有必要建立反报复性解雇规则体系。由于我国实行法定事由解雇模式,而美国的解雇保护制度是在雇用自由规则基础上而衍生的一系列例外性规则,反报复性解雇规则体系即是对雇用自由规则的一种限制。但是,可在不动摇我国当前解雇保护模式基本框架的前提下,吸纳美国报复性解雇认定标准及法律责任规则。遵循这一思路,结合我国具体情况,我们提出下述立法建议,尝试将美国报复性解雇认定标准及法律责任规则有机地嵌入我国当前解雇保护模式中,以便为司法机关处理日渐增多的报复性解雇纠纷提供裁判依据。

(一)纳入报复性解雇的禁止性事由

在上文所构造的报复性解雇认定的四要素模式中,报复动机与因果关系的认定均涉及成文法是否规定报复性解雇的禁止性事由。报复动机认定的第一步采取客观标准说,即成文法若存在禁止性规定,则可直接判定雇主具有报复的主观动机。因果关系认定的“决定性”标准,雇员的多种行为中既包括涉及社会公共利益的行为也包括与社会公共利益无关的行为,故需将涉及雇员公民权与社会公共利益的行为列入成文法,并禁止雇主因雇员的此类行为而发动报复性解雇。唯有将报复性解雇的禁止性事由列入成文法,才能为司法机关认定报复性解雇行为提供法律依据。

那么,如何将报复性解雇禁止性事由嵌入我国现有的劳动法律体系之中?鉴于近期单独制定《解雇保护法》的时机可能还不成熟,立法机关亦无此动议,且《劳动合同法》因纳入集体劳动关系的内容而广受域内外学界所诟病,报复性解雇除了发生在个别劳动关系领域还存在于集体劳动关系领域,究竟对此二领域的报复性解雇分别立法(分立模式)还是统一于一部法律(合并模式)中?我们赞同后者,故宜将个别劳动关系领域的报复性解雇禁止性事由规定于《劳动法》^①中。《劳动法》第29条规定了禁止解雇的情形,但该条款存在两个“硬伤”:一是缺少报复性解雇事由;二是兜底性规定的法源仅限于法律与行政法规。因此,报复性解雇事由无法嵌入此条款,只能另辟蹊径。基于前文对报复性解雇的类型化梳理,我们认为,可否考虑在《劳动法》第29条之后新增一个条款(即新的第30条),新的第30条表述如下:“劳动者有下列情形之一的,用人单位不得解除劳动合同:(一)依法向用人单位主张支付劳动报酬、改善工作场所条件、缩短加班时间或者承担社会保险责任的;(二)用人单位侵犯劳动者权益,劳动者依法提起申诉、仲裁或者诉讼的;(三)依法向有关部门检举用人单位管理人员或者其他人员的违法行为或者其他不当行为的;(四)拒绝执行用人单位违法的工作指令或者其他不当的工作指令的;(五)拒绝用人单位管理人员或者其他人员的性骚扰或者其他形式骚扰的;(六)法律、行政法规、职业行为准则规定的其他情形。”

(二)保护关联报复性解雇的受害者

报复主体与报复对象通常具有对应性,一般而言,在报复性解雇纠纷中,报复主体即享有解雇权的主体,普通雇员与管理人员均可能成为被解雇的对象,但在关联报复性解雇中,与作出参与行为或反对行为的雇员关系密切之人,亦可能成为被报复对象。对于高级雇员是属于雇

^①王全兴教授曾指出,《劳动法》在我国劳动法律体系中具有基本法、龙头法与母法地位,参见《法治建设新时期亟须修改〈劳动法〉》,载《工人日报》,2014年12月16日,第005版。

主范畴抑或雇员范畴,依据从属性标准可判明,在司法实践中并非难题。我们认为,应特别关注关联报复性解雇中的受害者,因为该类报复性解雇具有较强的隐蔽性。因此,建议在劳动法律中规定,“在具有关联关系的企业中,禁止因劳动者作出符合《劳动法》第30条中的行为,而解雇与该劳动者关系密切的其他劳动者。”

(三) 重塑报复性解雇法律责任体系

美国报复性解雇法律责任体系包括恢复原职、补偿性赔偿金与惩罚性赔偿金。我国劳动法对违法解雇设置的法律责任体系包括恢复原职与赔偿金,其中赔偿金是补偿金的2倍,补偿金按工作年限累计计算,标准较低。在违法解雇的补偿金制度难以撼动的前提下,如何设置报复性解雇的赔偿责任?报复性解雇属于不当解雇体系中性质最为严重的一种类型,惩罚性标准应当高于普通的违法解雇,那么对报复性解雇行为授予惩罚性赔偿金的数额如何确定?我们建议立法机关应作如下规定:对于报复性解雇行为,用人单位应当按照经济补偿金标准的3倍以上10倍以下支付经济赔偿金,在确定具体金额时应当综合考虑解雇行为的主观动机、劳动者被侵犯的权利性质、劳动者遭受损害的程度、用人单位的财富状况等因素。

(四) 制定《公益告发者保护法》

在报复性解雇的所有类型中,因告密而被解雇是在美国被讨论最多的一种类型。在美国,首先是司法实践中出现大量的因告密而被报复性解雇的案例,通过普通法予以救济,后来为了更好地保护雇员利益和社会公共利益,许多州纷纷制定了专门的《告密者保护法》。对于因告密而导致的报复性解雇的规制,特别法与普通法并不矛盾,而是互为补充的关系,如《伊利诺伊州告密者保护法》对于普通法,既有扩大的地方又有缩小的地方。^①鉴于我国劳动法在规制报复性解雇问题方面存在严重的漏洞,即便在《劳动法》中将报复性解雇事由列入其中,但仍需要进一步细化。而劳动者的告密行为,不但发生概率高,而且与公共利益的联结最为显著,业已引起我国学界的广泛关注。此外,美国多个州已实施《告密者保护法》多年,为我国制定《公益告发保护法》提供了较为成熟的经验。

七、结 论

报复性解雇行为侵犯了雇员工作权与公民权以及社会公共利益,具有极大的危害性。本文对报复性解雇的概念作了界定,并对其予以类型化。在考察美国立法与司法经验的基础上,本文重点研究了报复性解雇的认定标准与法律责任规则,提出报复性解雇应当按照“四要素”模式来认定,即报复主体、报复对象、报复动机、因果关系,并拟定了对每一具体要素的认定规则;同时,提出报复性解雇的法律责任体系应涵括恢复原职、补偿性赔偿金与惩罚性赔偿金,着重研究了惩罚性赔偿金规则。针对我国当前解雇保护制度的不周延之处,本文试图将报复性解雇认定标准及法律责任规则嵌入其中,并提出在未来完善相关法律时应考虑下述要点:纳入报复性解雇禁止性事由、保护关联报复性解雇受害者、重塑报复性解雇法律责任体系以及制定《公益告发者保护法》。我们希望本文的研究将有助于推动构建我国反报复性解雇规则体系,有助于司法机关认定报复性解雇行为并课以合适的法律责任,有助于保障劳动者的权利和社会的公共利益。

长期以来,解雇问题是学界一个经久不衰的研讨话题,并出现了一批有价值的研究成果,但对报复性解雇的研究却极为薄弱。目前我国劳动法领域正处于亟待建立规则的初级阶段,本

^①Sarah M, Baum, Callahan V. Edgewater Case & Rehabilitation Center: The illinois whistleblower act does not preempt the common law tort of retaliatory discharge, Depaul Law Review, Vol. 5, 2007, p. 166.

文系针对“报复性解雇认定标准及法律责任”这一主题尝试构建相应规则,但这也仅是一次粗浅的尝试。尽管在写作过程中,笔者竭尽全力,但终因学力所限,本文不可避免地存在诸多不足之处,恳请读者批评和指正,并期望学界同仁做进一步深入研究,以推动我国解雇保护制度的完善。

主要参考文献:

- [1] Phillips A E. Employment law-retaliatory discharge-illinois relaxes the standard of retaliatory discharge actions: *palmateer v. international harvester*[J]. *Suffolk University Law Review*, 1981, 15(3): 1355-1371.
- [2] Spitzig J R, Sackett-Chicago M V. Extension of the tort of retaliatory discharge to employees covered by collective bargaining agreements[J]. *Loyola University Chicago Law Journal*, 1995, 30(5): 799-824.
- [3] O'Dell P L. Retaliatory discharge: Corporate counsel in a catch-22[J]. *Alabama Law Review*, 1993, 44(2): 573-598.
- [4] Schneier M. Public policy limitations on the retaliatory discharge of at will employees in the private sector[J]. *U. C. Davis Law Review*, 1980-1981, 14(2): 811-837.
- [5] Baker-Seal D. From retaliatory discharge to retaliation by association: The expanding scope of viable retaliation claims against employers[J]. *IDC Quarterly*, 2010, 23(3): 1-20.
- [6] Van Noppen D. Workers' compensation-retaliatory discharge-the legislative response to *dockery v. Lampart Table Co.*[J]. *North Carolina Law Review*, 1980, 58(4): 629-646.
- [7] Pike N. The interpreting the meaning of willful under the north carolina retaliatory employment discrimination act and federal employment protection statutes[J]. *Charleston Law Review*, 2012-2013, 7(1): 533-556.
- [8] Love J C. Retaliatory discharge for filing a workers' compensation claim: the development of a modern tort action[J]. *Hastings Law Journal*, 1986, 37(1): 551-590.
- [9] Malin M H. Protecting the whistleblower from retaliatory discharge[J]. *University of Michigan Journal of Law Reform*, 1983, 16(4): 277-318.
- [10] Alvin L. Goldman. *Labor law in the USA*[M]. New York: Wolters Kluwer Press, 2014.

The Design of Identification Standard and Legal Liabilities of Retaliatory Discharge: In View of US Experience of Legislation and Judicature

Mao Jing

(School of Law, Wuhan University, Hubei Wuhan 420072, China)

Summary: Recently, our judicial authorities have met with some cases of retaliatory discharge. However, it is difficult for judicial authorities to identify retaliatory discharge and how to grant proper legal responsibilities. Owing to the dismissal mode of statutory reasons, our judicial authorities tend simply to compare retaliatory discharge with wrongful discharge, ignoring the uniqueness of retaliatory discharge. As a result, employees who are discharged usually could not gain effective remedy. In other words, in China, the current system of dismissal protection has some defects. The action of retaliatory discharge not only violates the employees' right to work, but also encroaches employees' citizenship and social public interests. With the globalization, constantly rising civil right consciousness of new generations and the ruling by constitution to

protect the basic rights of citizens, it is vital to protect employees' rights and social public interests. So we have to take retaliatory dismissal into the orbit of legalized governance. In terms of prohibiting retaliatory dismissal, there are two most important rules, namely identification and accountability rules. Before setting up the rules of identification and accountability, first of all, this paper defines the concept of retaliatory discharge and makes a typological analysis. Then according to the legislative and judicial experience in America, it constructs identification standard and legal responsibilities. These rules are the main innovation points of this paper. As for the construct of identification standard of retaliatory dismissal, we should respectively justify retaliatory subject, retaliatory target, retaliatory motive and causality. As for the construct of legal responsibilities of retaliatory dismissal, it is essential for us to build the system of legal responsibilities which revolves around punitive damages. These legal responsibilities contain reinstatement, compensatory damages and punitive damages. Compensatory damages are divided into the damages of actual benefit losses and the ones of expected benefit losses. The specific amount of punitive damages should be controlled by judicial activities. In other words, the judicial authorities should consider a lot of factors when determining specific amount of punitive damages. In the end, it is practical to refer to the rules of identification standard and legal responsibilities of retaliatory dismissal in USA, based on the condition that the basic framework of our current dismissal protection system is invariable. Taking the rules of identification standard and legal responsibilities into our system of dismissal protection, the legislators should note the following points. In particular, they have to pay attention to the provision of prohibitive regulations of retaliatory discharge, the protection of victims related to retaliatory discharge, the rebuilding of the system of legal responsibilities of retaliatory discharge and the formulation of the act of protecting public prosecution.

Key words: retaliatory discharge; identification standard; legal responsibility; wrongful discharge

(责任编辑: 海 林)