

# 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

杨浩楠

(广东外语外贸大学 法学院,广东 广州 510006)

**摘要:**我国现行解雇保护制度显现出用人机制僵化、违法解雇行为成本较低、违法解雇法律责任缺乏针对性以及全国层面统一适用解雇保护法律制度缺乏必要社会经济基础四种弊端。以雇佣自由规则为基础的美国解雇保护制度有用人机制灵活、违法解雇成本较高、违法解雇法律责任针对性强以及以州为单位差异性适用解雇保护制度等特征。对中美解雇保护制度及其背景进行对比分析可知:应在坚持我国严格解雇保护制度整体强度不变的基础上,适当放宽无过失性解雇保护制度行为模式、有针对性地加大违法解雇法律成本以及尊重不同地区经济社会发展差异。

**关键词:**美国雇佣自由规则;解雇保护制度;劳动合同法

**中图分类号:**D922.54 **文献标识码:**A **文章编号:**1009-0150(2016)01-0097-12

### 一、引言

解雇保护,即限制雇主的解雇权,以保护劳动者的职业稳定。稳定劳动关系,历来是各国劳动法的首要功能,作为调整劳动关系退出机制的解雇保护制度乃劳动法的重中之重。我国《劳动合同法》中的解雇保护制度,受欧洲大陆国家立法影响较大,较之《劳动法》,显然加重了解雇保护的力度。然而,其效果不尽如人意,一方面,有学者对其冠以“世界上最为严格”之名,批评其解雇保护过度而导致用人机制僵化;<sup>①</sup>另一方面,《劳动合同法》实施以来,不当解雇现象常见,被学者评论为解雇保护不足,<sup>②</sup>劳动关系不稳定仍然是突出问题。面对如此对立的评价和似乎矛盾的问题,若以比较法研究的思路来解释,与欧洲大陆国家劳动法相比,或许与美国劳动法的比较更能得出有价值的解释结论。因为,欧洲大陆国家劳动法对我国《劳动合同法》的影响较大,而美国劳动法与欧洲大陆国家劳动法风格迥异,其对我国的启示可能更有新意。

美国是目前世界上主要工业化国家中在劳动法领域唯一实行雇佣自由规则的国家。<sup>③</sup>作为世界上解雇保护制度最为宽松的国家,美国私人部门中的雇主一般可随时以任何理由解雇雇员而无需承担法律责任。尽管自20世纪30年代以来,雇佣自由规则不断受到成文法和判例法的限制,但其依然是美国劳动关系运行的基础。鉴于此,本文旨在结合中美解雇保护法律制度运行的背景,对

收稿日期:2015-10-21

作者简介:杨浩楠(1988—),男,湖南湘潭人,广东外语外贸大学法学院讲师,法律经济学博士。

① 董保华:《论我国无固定期限劳动合同》,《法商研究》2007年第6期,第59页。

② 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,第107页。

③ Cheryl S. Massingale, "At-Will Employment: Going, going...", University of Richmond Law Review, Vol.24:201(1990).

中美解雇保护法律制度进行全方位、多角度的动态对比分析,以求准确剖析我国解雇保护制度的不足,并在立足于我国国情的基础上借鉴美国解雇保护制度之经验,最终提出完善我国解雇保护制度的措施。

## 二、中美解雇保护法律制度背景分析

对一国解雇保护法律制度的剖析不能脱离其具体的社会、经济、政治、法律和文化背景。法律层面的解雇保护制度仅是众多调整劳动关系的社会控制手段中的一种,同劳动力供求关系、集体劳动关系、市场经济体制、民主政治体制以及社会文化制度等要素相互作用和渗透,共同对雇主的不当解雇行为形成了综合性的制约机制。只有通过对于一个国家解雇保护法律制度的具体运行背景进行综合剖析方能对解雇保护法律制度做出准确的评判。

### 1. 美国解雇保护法律制度背景评析

由于奉行雇佣自由规则,美国法定解雇保护制度较为宽松,远低于世界主流水平。虽然绝大多数集体劳动合同均含有“正当理由解雇”条款,<sup>①</sup>但集体劳动关系的持续衰落,也难以以为雇员提供有效的解雇保护。从历史数据来看,私人部门中雇员加入工会的比例逐年下降。1956年非农雇员加入工会的比例为34%,<sup>②</sup>而较新的数据显示,2012年受薪雇员加入工会的比例已不足12%。<sup>③</sup>然而,供求关系总体均衡的竞争性劳动力市场(美国劳工部2015年2月最新公布的统计数据显示,总人口失业率已降至5.5%<sup>④</sup>)、完善有效的优胜劣汰市场经济机制以及发达、迅捷的社会舆论监督机制均可对雇主可能实施的或者已经实施的不当解雇行为形成有效制约。此外,美国基督教文化传统也在一定程度上从道德层面对雇主所实施的不诚信或者违反社会伦理的解雇行为起到了约束作用(美国中央情报局2007年的统计数据显示,美国基督教徒约占美国总人口的78.5%<sup>⑤</sup>)。因此,纵使在法律制度层面奉行雇佣自由规则,且集体劳动关系对雇员提供的解雇保护较为有限,但在劳动力供求关系、市场经济机制、民主舆论监督机制以及以基督教为基础的社会道德标准对雇主不当解雇行为的多元化制约下,雇员在法律层面之外所享有的解雇保护较为完备和有效。在这种多元化解雇保护机制的协同作用下,雇员实际上享有的解雇保护水平较高。据资料统计,20世纪80年代末期,在和雇主建立了自由雇佣劳动关系的7200万雇员中,一年内遭受雇主不当解雇的概率仅为0.2083%。<sup>⑥</sup>这也表明美国社会有条件、有理由、有能力在法律层面适用雇佣自由规则。

### 2. 中国解雇保护法律制度背景评析

我国解雇保护法律的具体运行背景如表1所示。

① Daniel A. Mathews, "A Common Law Action for the Abusively Discharged Employee", *Hastings Law Journal*, Vol.26: 1448(1975).

② Seymour Moskowitz, "Employment-at-Will and Codes of Ethics: The Professional's Dilemma", *Valparaiso University Law Review*, Vol.23:47(1988).

③ Robert Sprague & Abigail E. Fournier, "Online Social Media and the End of the Employment-at-Will", *Washburn Law Journal*, Vol.52:578(2013).

④ United States Department of Labor, *Employment Situation Summary*, <http://www.bls.gov/news.release/empisit.nr0.htm>,最后访问日期2015年3月13日。

⑤ Central Intelligence Agency, *The World Factbook*, <https://www.cia.gov/library/publications/the-world-factbook/geos/us.html>,最后访问日期2014年12月10日。

⑥ Mayer G. Freed & Daniel D. Polsby, "Just Cause for Termination Rules and Economic Efficiency", *Emory Law Journal*, Vol.38:1106-1107(1989).

表1 中美解雇保护法律制度及其背景对比<sup>①</sup>

	解雇保护法律制度	集体劳动关系	劳动力供求关系	市场经济机制	宗教道德机制	解雇保护整体强度
中国	行为模式严格 法律后果宽松	有名无实	供大于求	不完善、 不发达	普遍无宗教信仰	弱
美国	行为模式宽松 法律后果严格	工会规模 持续萎缩	供求平衡	完善、发达	普遍具有基督教 信仰传统	强

由表1可知:第一,《劳动合同法》规定雇主须具有法定理由方能合法地实施解雇行为,故法定解雇保护制度强于美国,能对雇主的不当解雇行为起到一定程度的制约作用;第二,集体劳动关系处于婴幼儿期,工会代表性和独立性严重欠缺,集体劳动合同流于形式;第三,现阶段劳动力供求关系整体上呈现出严重的供大于求态势,劳动力市场属于买方市场,雇员可替代性强、替代成本低,雇主在劳动力市场上占据市场优势(社会科学院公布的2009年《社会蓝皮书》中显示,城镇人口失业率为9.6%,已超过国际失业率警戒水平<sup>②</sup>);第四,市场经济由计划经济转轨而来,市场经济制度起步晚,行政垄断现象严重,大量生产要素仍以非市场形式配置,优胜劣汰功能受阻,致使雇主实施无效率的不当解雇行为并不必然遭受经济上的损失;第五,在发展市场经济的过程中,宗教信仰缺失,导致经济人自利本性缺乏必要的宗教道德标准约束。

### 3. 我国严格解雇保护法律制度的正当性辨析

就我国解雇保护法律的制度运行背景而言,囿于我国集体劳动关系有名无实、劳动力市场供求关系失衡、市场经济机制不完善、社会舆论监督机制不发达、宗教道德标准作用有限的特殊国情,解雇保护法律制度背后的各种制度性背景因素难以对不当解雇行为形成有效的威慑和制约。而集体劳动关系的成熟、劳动力市场供求关系的均衡、市场机制的健全、社会舆论监督机制的完善、宗教道德信仰的复兴,均需要一个相对漫长的时间过程。于是,解雇保护法律制度承受了不能承受之重。因此,现阶段以《劳动合同法》为基础而建构的严格解雇保护制度是对我国特殊国情的合理回应,是法律制度实现公平、正义目标的应有之义。亦即我国没有条件、没有能力、也没有理由在法律层面实行宽松的解雇保护制度,而只能在维持这种较为严格的解雇保护法律制度整体强度不变的前提下,对解雇保护法律制度中存在的问题进行完善。

## 三、中美解雇保护法律制度调整模式对比分析

中美两国解雇保护法律制度在行为模式、法律后果、法律责任、法律制度的适用以及法律实施的效果方面均存在较大差异。详见表2。

表2 中美解雇保护法律制度调整模式对比<sup>③</sup>

	美国	中国
解雇保护制度行为模式	允许正当理由、无理由解雇,仅禁止不正当理由解雇	仅允许以法定理由解雇,禁止无理由、不正当理由解雇
解雇保护制度法律后果	正当理由、无理由解雇:无法律后果 不正当理由解雇:判例法个案裁定为主,成文法确定为辅	正当理由:过失性解雇,无法律后果;无过失性解雇:经济补偿金 无理由、不正当理由解雇:赔偿金(两倍经济补偿金)
解雇保护制度法律责任	包括惩罚性损害赔偿金和精神损害赔偿金在内的侵权责任、合同违约金	以本单位工龄为基础计算赔偿金(金额和时间基数双封顶)

<sup>①</sup> 杨浩楠:《美国雇佣自由规则研究》,上海财经大学法学院2015年博士学位论文,第250页。

<sup>②</sup> See ADB Basic Statistics 2014.

<sup>③</sup> 杨浩楠:《美国雇佣自由规则研究》,上海财经大学法学院2015年博士学位论文,第252页。

续表2 中美解雇保护法律制度调整模式对比

	美国	中国
解雇保护制度法律适用	以州为单位呈现较大地区性差异	全国统一适用《劳动合同法》及其《实施条例》
解雇保护法律实施效果	不当解雇行为发生概率较低	违法解雇行为较为普遍

### (一)中美解雇保护制度行为模式差异

在解雇保护法律制度的行为模式方面,中美间差异如下:美国因适用雇佣自由规则而仅禁止雇主以不正当理由实施解雇。一般而言,在雇员不能证明雇主的解雇行为违反成文法规或者属于判例法中之不当解雇行为的情况下,美国法院并不要求雇主对解雇行为的理由进行说明。换言之,美国雇主除了可以合理的商业理由实施解雇行为外,还可实施无理由解雇行为。我国仅允许雇主以法定理由实施解雇行为,禁止雇主在法定理由之外实施解雇行为。结合《劳动合同法》以及《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(一)》第十三条的规定来看,雇主负有向法院或者仲裁机构证明解雇行为具有法定理由的举证责任。换言之,雇主不能无理由实施解雇行为,且只要雇主不具备法定解雇理由,则不能合法实施解雇行为。由此可知,中美解雇保护法律制度在行为模式方面的最大差异在于:美国解雇保护法律制度从反面禁止雇主实施不当解雇行为,属于反向禁止型行为模式,而我国解雇保护法律制度从正面对雇主可合法解雇的情形做出了列举式规定,属于正面许可型行为模式。因此,从解雇保护法律制度行为模式的选择上来看:在美国,只要解雇行为不属于不当解雇即合法;而在我国,只要解雇行为不满足法定解雇条件即违法。美国这种从反面限制雇主实施不当解雇行为的做法为美国企业灵活、敏捷地进行人事决策预留了必要的空间,而我国这种从正面对合法解雇行为进行列举式的做法在一定程度上限制了企业的人事管理权。

### (二)中美解雇保护制度法律后果差异

中美解雇保护法律制度的行为模式以及判例法系与成文法系的差异均导致与解雇行为相对应的解雇法律后果存在相应的差别,这种差别表现在法律后果的范围以及法律后果的针对性两个方面。就美国而言,一方面,在反向禁止型的解雇保护法律制度行为模式下,雇主仅需对不当解雇行为承担不利法律后果,而无需对具有正当理由或者无理由之解雇行为承担不利法律后果。另一方面,由于美国是一个判例法国家,对于不当解雇行为的法律后果一般由法院根据个案中雇主的主观恶性以及解雇行为的危害性进行确定,而仅在解雇行为违反成文法规定时方由法规统一设置。例如,解雇行为违反了《国家劳动关系法》中有关禁止因雇员参与工会而将其解雇的规定,或者违反了《民权法案》中有关禁止歧视性解雇的相关规定。

就我国而言,一方面,在正面许可型的解雇保护法律制度行为模式下,雇主仅在具备法定解雇理由时方能免于承担不利法律后果。由于《劳动合同法》对于雇主具有正当理由的无过失性解雇行为也苛加了支付经济补偿金之法律后果,故严格说来我国雇主仅在实施过失性解雇行为时方能免于承担不利法律后果。换言之,雇主在实施违法解雇行为以及无过失性解雇行为时均需承担不利法律后果。另一方面,《劳动合同法》对于所有的违法解雇行为不区分雇主的主观恶性以及解雇行为的危害性而机械式地统一设置法律后果(两倍经济补偿金)。由此观之,美国解雇保护制度法律后果范围较窄,针对性较强,而我国解雇保护制度法律后果范围较宽,针对性较弱。

### (三)中美解雇保护制度法律责任差异

美国不当解雇法律责任以判例法责任为主,成文法责任为辅。一般而言,当法院认定雇主实施的解雇行为违反公共政策或者违反诚实信用和公平交易原则时,会对雇主苛以侵权法上的责任。

如果雇主的主观恶性较强,解雇行为危害性较大,法院还会要求雇主向雇员支付精神损害赔偿金甚至巨额的惩罚性损害赔偿金。当法院认定雇主的解雇行为违反默示合同理论时,一般会对雇主苛以合同法上的责任。总体而言,法院对于实施不当解雇行为的雇主施加了较为严格的法律责任。据资料记载,美国法院曾对实施不当解雇行为的雇主苛以总计高达800万美元的侵权法责任以及合同法责任。<sup>①</sup>另据美国学者统计,1982年至1986年期间,在加利福尼亚州审理的不当解雇案件中,原告(雇员)的胜诉率约为73%,且在这些案件中平均每一个陪审团裁定雇主向胜诉之雇员支付的损害赔偿金高达652 100美元。<sup>②</sup>

我国解雇保护法律制度对违法解雇行为不区分主观恶性以及危害后果而统一设置了两倍经济补偿金形式的法律责任。依据《劳动合同法》第87条的规定,雇主实施违法解雇行为的法律责任为:工作年限 $\times$ 月工资 $\times$ 2(且工作年限最高不超过12年,月工资最高不超过本地区上年度职工平均月工资的3倍)。据2012年普华永道会计师事务所发布的《2011年中国企业长期激励调研报告》显示,中小企业平均寿命为2.5年,集团型企业平均寿命为7年至8年。<sup>③</sup>另据国家统计局最新发布的统计数据显示,2013年城镇单位就业人员平均工资为51 474元。<sup>④</sup>借助上述数据,可作如下粗略分析:雇主违法解雇一个中小型企业雇员的平均成本不超过25 737元 $[3 \times (51\,474 \div 12) \times 2 = 25\,737]$ ,违法解雇一个集团型企业雇员的平均成本不超过68 632元 $[8 \times (51\,474 \div 12) \times 2 = 68\,632]$ 。<sup>⑤</sup>对这些数据作进一步分析可知,目前遭受违法解雇行为侵害之雇员获得的经济补偿要远远低于20世纪80年代美国加利福尼亚州遭受雇主不当解雇行为侵害之雇员获得的损害赔偿金。按照2015年3月27日国家外汇管理局公布的美元兑人民币中间价计算(100美元可兑换613.97元人民币),<sup>⑥</sup>美国加利福尼亚州20世纪80年代遭受不当解雇之雇员所获得的损害赔偿金至少分别是我国目前遭受违法解雇雇员能获得的经济补偿金名义上的155.6倍以及58.3倍。<sup>⑦</sup>这些数据可说明我国不当解雇法律制度对雇主设置的违法解雇责任比美国较为轻微。

#### (四)中美解雇保护制度法律适用差异

中美解雇保护制度在法律适用层面存在明显差异。一方面,美国是一个联邦制普通法系国家,每一个州均有相对独立的司法、立法和行政系统,且解雇保护法律制度的实施以法院个案审判为主,适用成文法为辅。我国为单一制成文法系国家,宪法、法律、行政法规以及部门规章的效力均统一适用于全国各地。另一方面,中美两国均存在地域辽阔、经济发展不平衡、劳动关系地域性差异显著等共性。如前文所述,美国的法院以及立法机关以州为单位在认定雇主不当解雇行为以及施加不当解雇法律责任方面均存在显著差异(例如全美仅有蒙大拿州以成文法的形式废除了雇佣自由规则,而纽约州、得克萨斯州、爱达荷州的法院均对雇佣自由规则持较为支持的态度)。美国不同

<sup>①</sup> Cheryl S. Massingale, "At-Will Employment: Going, going...", University of Richmond Law Review, Vol. 24: 203 (1990).

<sup>②</sup> William B. Gould IV, "The Idea of the Job as Property in Contemporary America: The Legal and Collective Bargaining Framework", Brigham Young University Law Review, Vol. 1986: 905 (1986).

<sup>③</sup> 中国经济新闻网, "中国中小企业的平均寿命仅2.5年", <http://www.cet.com.cn/sypd/yw/685061.shtml>, 最后访问日期2014年12月14日。

<sup>④</sup> 中华人民共和国统计局, <http://data.stats.gov.cn/workspace/index?m=hgnd>, 最后访问日期2014年12月14日。

<sup>⑤</sup> 这里需要说明的是:雇员的实际工作年限一般要小于企业的寿命。为了更能说明问题,本文在这里假设雇员从企业一成立起就入职。

<sup>⑥</sup> 国家外汇管理局, <http://www.safe.gov.cn>, 最后访问日期2015年3月29日。

<sup>⑦</sup> 这里需要说明的是:由于笔者没有查阅到有关美国雇员在遭受雇主不当解雇时所能获得的平均损害赔偿金的最新数据,故只能采用美国学者在20世纪80年代在加州统计的数据。有理由相信,随着美国经济的发展,全美遭受不当解雇的雇员目前所能获得的损害赔偿金要高于20世纪80年代的数值。

州根据本州的经济发展水平、劳动关系的实际情形有针对性地在成文法以及判例法上适用或者限制雇佣自由规则,从而创制了最适合本州的解雇保护法律制度。总体而言,这种以州为单位的差异性解雇保护法律制度较好地兼顾了不同地区间社会经济发展以及劳动关系实际情况的地区性差异。我国同样面临着经济社会发展以及劳动关系实际情况存在显著地域性差异的现象。我国社会经济发展不平衡的现象在东部沿海地区和中西部内陆地区间尤为显著。因此,我国在全国范围内无差异性适用解雇保护制度缺乏必要的社会经济基础,这在一定程度上将影响《劳动合同法》的实施效果。

#### (五)中美解雇保护制度实施效果差异

中美两国解雇保护法律制度的上述区别导致了中美两国解雇保护法律制度的实施效果亦存在显著差异。如前文所述,20世纪80年代末期,在和雇主建立了自由雇佣劳动关系的7200万美国雇员中,一年内遭受雇主不当解雇的概率仅为0.2083%,<sup>①</sup>这表明美国解雇保护法律制度在一定程度上较为有效地制约了美国雇主的不当解雇行为。而就在我国《劳动合同法》实施的第一年,最高人民法院民一庭负责人曾公开表示:“劳动争议纠纷案件数量呈井喷式激增。2008年全国法院受理劳动争议案件28万余件,较2007年增长93.93%。2009年上半年受理近17万件,同比增长30%。……劳动争议纠纷案件内容复杂化。当事人的诉求除保留了过去常规的请求事项外,还出现了大量有关要求补办社会保险或退休手续、签订无固定期限劳动合同、要求依据同工同酬原则给付工资及福利待遇,以及确认辞退开除决定无效并恢复工作等新的诉讼内容。”<sup>②</sup>这些数据从一个侧面反映了我国雇主实施违法解雇行为的数量在不断增加,我国解雇保护法律制度对于违法解雇行为的制约作用较为有限,《劳动合同法》实施效果不甚理想。

### 四、我国解雇保护制度调整模式的弊端

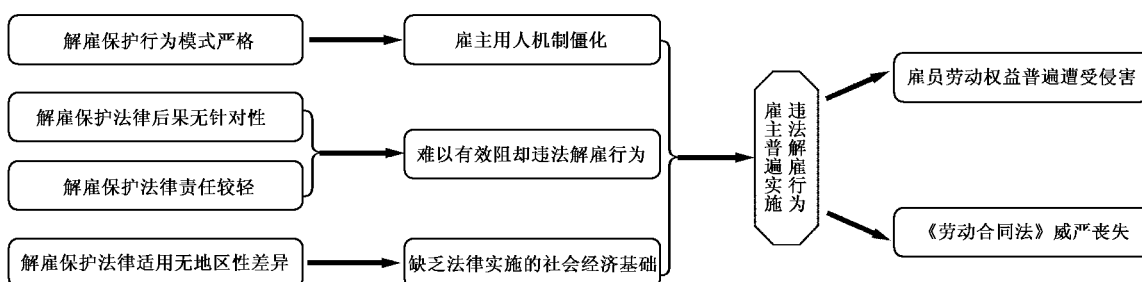
我国现行以《劳动合同法》为基础而架构的解雇保护制度实施效果不甚理想。这种现象的发生与我国解雇保护法律制度调整模式的弊端有一定关联性。第一,解雇保护法律制度中所选择的正面许可型严格行为模式在一定程度上导致企业用工机制僵化。第二,不区分违法解雇行为主观恶性与危害性而统一设置法律后果,以及违法解雇行为法律责任轻微,均导致现行解雇保护制度难以有效阻却违法解雇行为。第三,在全国范围内适用统一的解雇保护法律制度而未兼顾社会经济发展区域不平衡的特殊国情,导致《劳动合同法》的实施缺乏必要之社会经济基础。这些弊端结合在一起共同导致了违法解雇行为频发、雇员劳动权益普遍遭受侵害以及《劳动合同法》威严不足等不良后果,详见图1。

#### (一)用人机制僵化

《劳动合同法》将雇主合法实施解雇行为的情形限制在一种协商性解雇(第36条)、六种过失性解雇(第39条)以及七种无过失性解雇(第40条、第41条)之中。总体而言,《劳动合同法》针对解雇行为设置的行为模式较为严格。第一,雇主可合法解除劳动关系的情形较少。《劳动合同法》采用的正面许可型行为模式(只要解雇行为无法定理由即违法)和美国采用的反面禁止型行为模式(只要解雇行为不属于不当解雇行为即合法)形成了鲜明反差。在正面许可型行为模式下,一旦雇

<sup>①</sup> Mayer G. Freed & Daniel D. Polsby, "Just Cause for Termination Rules and Economic Efficiency", *Emory Law Journal*, Vol.38:1106-1107(1989).

<sup>②</sup> 法制网,“最高法院出台指导意见应对劳动争议案件‘井喷’”,[http://www.legaldaily.com.cn/bm/content/2009-07/13/content\\_1121659.htm](http://www.legaldaily.com.cn/bm/content/2009-07/13/content_1121659.htm),最后访问日期2014年12月14日。

图1 我国解雇保护制度调整模式弊端<sup>①</sup>

主无法向仲裁机构或者法院证明解雇行为具有法定理由则需要承担法律责任，且雇主不能合法实施无理由解雇行为。第二，从非过失性解雇来看，一方面，《劳动合同法》针对雇主实施的非过失性解雇行为设置了较为严格的行为标准。以《劳动合同法》第四十条之（二）为例，<sup>②</sup>从理论上讲，雇主需要先后向仲裁机构或者法院完成三次举证责任（证明劳动者最开始不能胜任工作、企业对劳动者进行了培训或者调整岗位、劳动者仍然不能胜任工作）方能满足合法实施解雇行为的实体性要件。再以《劳动合同法》第四十一条第一款之（三）为例，<sup>③</sup>雇主同样需要向仲裁机构或者法院完成三次举证责任（证明存在企业转产、重大技术革新或者经营方式调整之客观事实、与劳动者变更了劳动合同、仍然需要裁减人员）方能满足合法实施解雇行为的实体性要件。另一方面，《劳动合同法》对雇主在具有正当理由情况下实施的非过失性解雇行为施加了支付经济补偿金的不利法律后果，并且从反面规定了六种禁止解雇的情形（第四十二条）。因此，有理由相信我国解雇保护法律制度之行为模式的设置较为严格，对于企业人事管理权的干预较大，这恐致使雇主的用人机制陷入僵化的困境，从而导致雇主难以根据瞬息万变的市场资讯以及动态的市场需求及时、灵活、有针对性地调整人力资源要素进行必要和迅速的调整。

### （二）违法解雇成本较低且违法解雇责任缺乏针对性

尽管行为模式严格，但违法解雇行为的法律后果轻微，其实际效用必然相互抵消。《劳动合同法》未能有效阻却违法解雇行为的原因正在于此，即违法解雇成本较低且违法解雇责任缺乏针对性。在《劳动合同法》中，不区分违法解雇行为的主观恶性以及危害性而统一机械地设置法律责任（两倍于经济补偿金的赔偿金），难以对违法解雇行为形成有效、合理的制约机制。第一，整体而言，《劳动合同法》对违法解雇行为统一设置的法律责任较为轻微。通过上文中的粗略对比可知，20世纪80年代美国加利福尼亚州的雇员在遭受违法解雇时所获得的损害赔偿金分别是目前我国遭受违法解雇行为侵害的雇员所获得的经济赔偿金的155.6倍（中小型企业）和58.3倍（集团型企业）。如此轻微的法律实难对所有的违法解雇行为进行有效的威慑和阻却。由此可知，有学者在对多个国家的违法解雇赔偿金进行对比研究后得出“我国（违法）解雇赔偿金的水平在数额上处于国

<sup>①</sup> 参见杨浩楠：《美国雇佣自由规则研究》，上海财经大学法学院2015年博士学位论文，第258页。

<sup>②</sup> 《劳动合同法》第40条规定：有下列情形之一的，用人单位提前三十日以书面形式通知劳动者本人或者额外支付劳动者一个月工资后，可以解除劳动合同：……（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；（三）……。

<sup>③</sup> 《劳动合同法》第41条规定：有下列情形之一的，需要裁减人员二十人以上或者裁减不足二十人但占企业职工总数百分之十以上的，用人单位提前三十日向工会或者全体职工说明情况，听取工会或者职工的意见后，裁减人员方案经向劳动行政部门报告，可以裁减人员：……（三）企业转产、重大技术革新或者经营方式调整，经变更劳动合同后，仍需裁减人员的；（四）……。

际水平的前端”的结论较为片面。<sup>①</sup> 第二,我国违法解雇行为之法律责任的设置违反了“行为”和“责任”相适应的法律原则,缺乏针对性,难以对主观恶性强、危害后果大的违法解雇行为进行有效制约。

就违法解雇法律责任而言,不妨以违法解雇行为和未订立书面劳动合同的行为相比较。《劳动合同法》对于主观恶性以及行为危害性较小的未与雇员订立书面合同的行为设置了“两倍工资”之严格法律责任,而这种严格法律责任的设置仅仅因为劳动关系的建立欠缺形式要件(在美国,法律并未对劳动合同的订立形式进行强制性规定,且存在大量以口头劳动合同建立劳动关系的情形)。对于主观恶性以及危害后果更大的违法解雇行为,《劳动合同法》却仅设置了两倍于经济补偿金的赔偿金。不妨作如下假设:在同一个企业中,雇员甲和雇员乙的月工资以及入职时间相同,雇主未与雇员甲订立书面劳动合同且劳动关系已持续一年,同时雇主违法解雇已入职一年的雇员乙。在这种情况下,依据《劳动合同法》第八十二条的规定,<sup>②</sup>雇主对雇员甲所应当承担的法律责任高达11倍月工资(且工资计算的金额基数无上限),而雇主对雇员乙所应当承担的法律责任仅为2倍月工资(且工资计算的金额基数有上限)。在这种假设的情况下,雇主所实施的两种不同的违法行为之成本至少相差5.5倍。

就违法解雇行为的类型而言,美国解雇保护法律制度根据不当解雇行为的主观恶性以及危害性,有针对性地设置了包括精神损害赔偿金甚至惩罚性损害赔偿金在内的侵权法责任以及劳动合同违约金等合同法责任。我国不区分违法解雇行为的主观恶性以及危害性而一刀切地设置法律责任,尤其难以对主观恶性较大以及危害后果严重的违法解雇行为(例如雇员因拒绝按照雇主的要求实施违法犯罪行为,或者因行使法定权利、履行法定义务、检举揭发雇主违法行为而遭受报复性解雇,或者雇主因雇员的性别、民族、年龄、户籍等因素而实施歧视性解雇)形成有效的威慑和阻却。不妨假设雇主确实具有合理的商业理由,但在实施无过失性解雇行为时未能达到《劳动合同法》第40条或者第41条中规定的行为标准要件(如雇主发现劳动者不能胜任工作即将其解雇,或者企业存在存在转产、重大技术革新以及经营方式调整的情形时便实施解雇行为)的情形与企业实施报复性解雇行为(例如雇员因拒绝按照雇主的要求实施违法犯罪行为,或者因行使法定权利、履行法定义务、检举揭发雇主违法行为而遭受报复性解雇)或者歧视性解雇行为(例如雇主因雇员的性别、民族、年龄、户籍等因素而实施歧视性解雇)的情形进行对比,可以发现,依据《劳动合同法》中的有关规定,雇主实施前一种违法解雇行为同实施后两种违法解雇行为所面临的法律责任是一致的。

总而言之,我国解雇保护法律制度对于违法解雇行为法律责任的设置存在责任轻微、针对性不强以及违法解雇行为和法律后果不协调等严重弊端,这些弊端导致雇主实施违法解雇行为的违法成本较低,且这种法律责任设置的不合理性难以对主观恶性强、危害后果严重的违法解雇行为形成

<sup>①</sup> 钱叶芳教授以工龄为20年的雇员遭受违法解雇为例,得出在36个国家中的平均解雇赔偿金约为12.17个月,而我国为40个月的论据。然而,我国遭受违法解雇之劳动者是否能获得40个月的工资存在争议。现行《劳动合同法》第87条、47条以及《劳动合同法实施条例》第25条的相关规定并未明确将“十二年”最高年限的限制排除在违法解雇赔偿金计算标准之外,反而全国人大常委会法制工作委员会张世诚副主任在解释《劳动合同法实施条例》第25条时认为:“如果受到支付经济补偿十二年限制的劳动者在该单位工作年限超过十二年的,用人单位向其支付赔偿金最高不超过经济补偿的最高年限十二年”。其次,这种结论并未将美国遭受违法解雇之劳动者通过提起违约之诉或者侵权之诉向雇主主张违约金或者侵权损害赔偿金(甚至包括高额的精神损害赔偿金和惩罚性赔偿金)的情形考虑在内。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》(西北政法大学学报)2011年第1期。张世城:《中华人民共和国劳动合同法实施条例释义·案例·评析·疑难问题解答》,中国方正出版社2008年版,第81页。

<sup>②</sup> 《劳动合同法》第82条规定:用人单位自用工之日起超过一个月不满一年未与劳动者订立书面劳动合同的,应当向劳动者每月支付二倍的工资。……



有效的威慑和阻却。

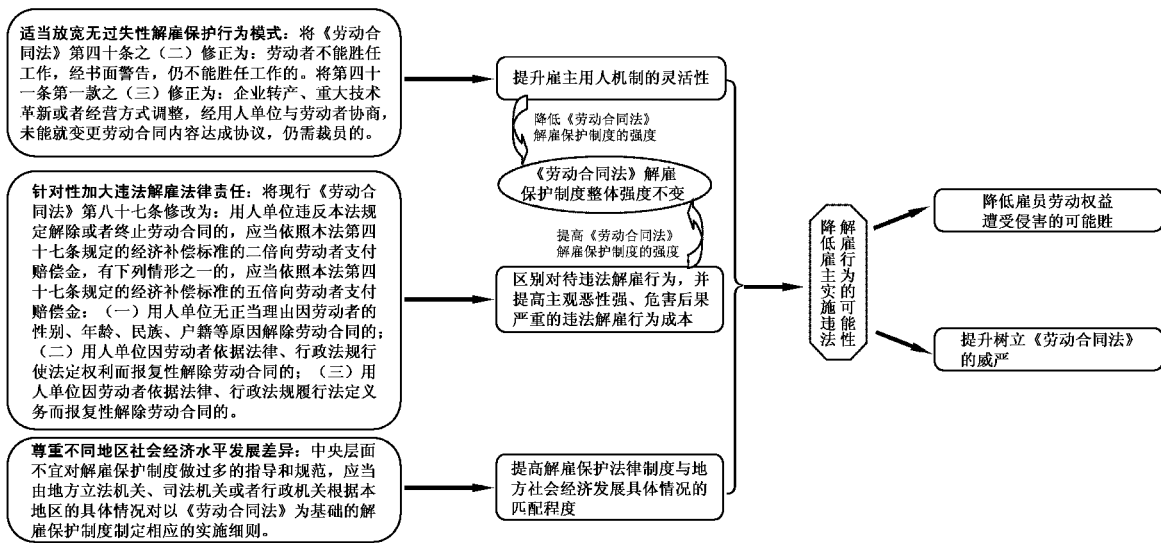
### (三) 缺乏统一适用解雇保护制度的社会经济基础

解雇保护法律制度体现了国家对雇主、雇员以及社会公共利益的平衡和协调。劳动关系的存续与解除,关系到雇主的人事管理权益、雇员的劳动权益以及作为这二者之间平衡点的公共利益。整体而言,美国在全国层面并无普遍适用的解雇保护法律制度(仅在禁止劳动歧视以及保障公民基本宪法权利方面出台了一些联邦法规),其解雇保护制度在成文法和判例法上呈现出以州为单位的地域化差异,这种差异可较好地兼顾到每个州不同的社会经济发展水平、劳动力供求关系以及劳动关系的个性化特征。

我国各个省份之间的经济发展水平、劳动力供求关系以及劳动关系的个性化特征也存在较大差异。而现行解雇保护法律制度以全国统一适用的《劳动合同法》及其《实施条例》为基础,在具体实施中无论是在程序机制上还是在实体权利认定上均难以兼顾到劳动关系在不同地区之间运行的实际情况。这种水土不服的弊端已经被中央和地方之间就解雇保护法律制度如何具体适用而出台的国家司法解释和“地方司法解释”之间所产生的冲突所明证。例如,2013年最高人民法院发布的《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(四)》第12条规定:“建立了工会组织的用人单位解除劳动合同符合劳动合同法第三十九条、第四十条规定,但未按照劳动合同法第四十三条规定事先通知工会,劳动者以用人单位违法解除劳动合同为由请求用人单位支付赔偿金的,人民法院应予以支持,但起诉前用人单位已经补正有关程序的除外。”根据该司法解释可知,雇主在实施无过失性解雇行为时若解雇行为存在程序上的瑕疵可能将转变为违法解雇行为。最高人民法院出台的这条司法解释在一定程度上强调了即使解雇行为符合《劳动合同法》中的实体性要件,但若存在程序性瑕疵的亦可能属于违法解雇行为。而上海市高级人民法院2009年针对《劳动合同法》做出的“地方性司法解释”——《关于适用〈劳动合同法〉若干问题的意见》的第8条规定:“根据《劳动合同法》第四十八条的适用前提,是劳动合同应当履行而实际上已经不再继续履行,不包括劳动合同本来就符合解除和终止条件的情况。即用人单位在不具备合法解除或终止条件的情况下解除劳动合同。因此,如果依法已经具备解除或终止的条件,只是用人单位在办理解除或终止的程序上存在瑕疵的,不属于本条规定的范围。如用人单位在已经具备解除条件的情况下,只是存在未提前30天通知劳动者等程序瑕疵的,则用人单位应当通过支付相应的‘代通金’等方式加以补正,但无需支付赔偿金”。该“地方性司法解释”在一定程度上旨在强调无过失性解雇行为在符合《劳动合同法》中的实体性要件,但存在程序瑕疵的情况下不属于违法解雇。再例如,广东省佛山市中级人民法院2015年2月27日公布的《佛山市中级人民法院关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的指导意见(二)》第6条规定:“用人单位单方解除劳动合同时,未按照《劳动合同法》第四十三条的规定事先征求工会意见,如不存在同时违反其他法律规定的情形的,劳动者以此为由请求支付违法解除劳动关系的赔偿金的,不予支持”。由此观之,佛山市中级人民法院对于《劳动合同法》做出的“地方性司法解释”与最高人民法院就同一问题做出的全国性司法解释似乎截然相反。可见,中央层面的解雇保护法律制度和地方层面的解雇保护法律制度在具体实施的过程中存在若干冲突。这种冲突反映了我国在全国层面适用统一解雇保护法律制度缺乏必要的社会经济基础。

## 五、我国解雇保护制度调整模式之修正

本文认为,在维持我国现阶段严格解雇保护法律制度整体强度不变的基础上,对解雇保护法律制度进行调整的理念可以通过以下方式来实现(见图2):

图2 我国解雇保护法律制度修正路径<sup>①</sup>

### （一）适当放宽无过失性解雇保护行为模式

从《劳动合同法》第四十条的规定来看，雇主在满足一系列近乎“苛刻”的实体性以及程序性要件后，方能合法解除劳动合同。就《劳动合同法》第四十条之（二）而言，雇主的解雇行为需要分别满足三个实体性要件（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）方才合法。客观而言，劳动者不能胜任工作的情形一般分为两种情况。第一种情况是，劳动者工作态度懒散，例如消极怠工，但又未严重违反用人单位规章制度。在这种情况下，要求雇主对不能胜任本职工作的雇员进行调岗或培训，明显缺乏正当性。第二种情况是，劳动者因为用人单位技术升级、设备更新换代而不能胜任工作。在这种情况下强制性要求雇主对雇员进行调岗或者培训似乎不利于企业人力资源的有效配置。此外，依据《劳动法》第三条的有关规定，劳动者本身负有提高职业技能的法定义务。<sup>②</sup> 因此，综上所述，结合雇员不胜任工作的两种情形来看，无论在哪一种情形下，强制性要求雇主对不能胜任工作的雇员进行调岗或者培训都在不同程度上欠缺正当性。与此类似的是，《劳动合同法》第四十一条第一款之（三）也对无过失性解雇行为做出了较为严格的规定，雇主仅在满足三个实体性要件后（企业转产、重大技术革新或者经营方式调整、变更劳动合同仍需裁减人员）方能合法进行裁员。由于劳动合同的变更需要以双方当事人的合意为基础，雇主不能强迫雇员对劳动合同进行变更。在现实生活中也可能出现劳动者不同意变更合同或者劳动者与用人单位因对合同变更的内容存在分歧而未能变更合同的情形。因此，在劳动合同已出现不能履行的情况下，将雇主与雇员变更劳动合同作为雇主合法实施解雇行为的一个前提条件似乎也缺乏正当性。

从中美解雇保护法律制度对于无过失性解雇行为截然不同的制度设计来看，有理由认为，我国解雇保护法律制度行为模式的选择在一定程度上压缩了雇主的企业管理权，限制了企业根据市场资讯和市场需求迅速进行应对的能力，忽视了法律制度在现实生活中的可执行性。因此，有必要适当放宽法律许可之无过失性解雇行为的行为模式标准，建议对我国《劳动合同法》第四十条、第四十

<sup>①</sup> 参见杨浩楠：《美国雇佣自由规则研究》，上海财经大学法学院 2015 年博士学位论文，第 263 页。

<sup>②</sup> 《劳动法》第三条第二款规定：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。

一条做如下修正。将《劳动合同法》第四十条之(二)修正为:劳动者不能胜任工作,经书面警告,仍不能胜任工作的。将《劳动合同法》第四十一条第一款之(三)修正为:企业转产、重大技术革新或者经营方式调整,经用人单位与劳动者协商未能就变更劳动合同内容达成协议,仍需裁员的。

### (二)加大违法解雇法律责任

在适当降低解雇保护法律制度行为模式标准的同时,有必要加大《劳动合同法》中违法解雇行为的法律责任,从而维持我国现行解雇保护法律制度的总体强度不变。我国违法解雇行为法律责任的设置主要以《劳动合同法》第四十七条和第八十七条为主。现行《劳动合同法》采取的这种不区分违法解雇行为主观恶性以及危害后果而机械地对违法解雇行为统一设置经济赔偿金责任的立法模式存在诸多弊端。本文认为我国可借鉴美国根据具体不当解雇行为主观恶性的强弱以及危害后果的严重性来区别设置不当解雇行为法律责任的做法,即对于主观恶性强、危害后果严重的不当解雇行为施加较为严厉的法律后果,而对于主观恶性以及危害后果相对不太严重的不当解雇行为施加较为轻微的法律后果。我国也有必要对违法解雇行为的类型进行相应的区分,当违法解雇行为的主观恶性较强、危害后果较为严重时,应当加大雇主承担法律责任的强度。例如,在雇主无正当理由的情况下,因性别、年龄、民族、户籍等因素实施歧视性解雇行为,或者雇主因雇员履行法定义务(例如,拒绝按照雇主的要求实施违法犯罪行为、<sup>①</sup>违背雇主的意旨出庭作证<sup>②</sup>等)、行使法定权利(例如依据有关法律法规的规定向有关部门检举揭发雇主或同事的违法犯罪行为、<sup>③</sup>向雇主讨要拖欠的工资、<sup>④</sup>要求雇主提供符合职业安全标准的工作环境<sup>⑤</sup>等)而实施报复性解雇行为时,应当加大对雇主违法解雇行为的惩处力度。具体而言,本文建议将现行《劳动合同法》第八十七条修改为:用人单位违反本法规定解除或者终止劳动合同的,应当依照本法第四十七条规定的经济补偿标准的二倍向劳动者支付赔偿金,有下列情形之一的,应当依照本法第四十七条规定的经济补偿标准的五倍向劳动者支付赔偿金:(一)用人单位无正当理由因劳动者的性别、年龄、民族、户籍等原因解除劳动合同的;(二)用人单位因劳动者依据法律、行政法规行使法定权利而报复性解除劳动合同的;(三)用人单位因劳动者依据法律、行政法规履行法定义务而报复性解除劳动合同的。

### (三)尊重不同地区社会经济水平发展差异

以《劳动合同法》为基础的解雇保护法律制度在实际实施过程中仍需要对一些实体性规定以及程序性规定做出进一步的细化和完善。例如上文中谈到的雇主解雇行为具有合法理由,但在程序上存在瑕疵时,对于雇主实施的解雇行为是否属于违法解雇行为这一问题,最高人民法院做出的司法解释和地方司法机关做出的“地方性司法解释”似乎存在冲突之处。我国幅员辽阔,各个地区之间的社会经济发展水平、集体劳动关系的整体情况、劳动力供求关系、市场经济机制乃至社会道德标准都在不同程度上存在差异。这些差异因素既影响雇主、雇员以及社会公共利益的协调和平衡,也关系到法律层面的解雇保护制度在整个解雇保护机制中所处的地位和扮演的角色。本文认为,中央层面不宜对解雇保护法律制度做过多的指导和规范,应当由地方立法机关、司法机关或者行政机关根据本地区的具体情况对以《劳动合同法》为基础的解雇保护法律制度制定相应的实施细则,

<sup>①</sup> 《宪法》第五十三条规定:中华人民共和国公民必须遵守宪法和法律,保守国家秘密,爱护公共财产,遵守劳动纪律,遵守公共秩序,尊重社会公德。

<sup>②</sup> 《刑事诉讼法》第六十条规定:凡是知道案件情况的人,都有作证的义务。

<sup>③</sup> 《劳动合同法》第七十九条规定:任何组织或者个人对于违反本法的行为都有权举报,县级以上人民政府劳动行政部门应当及时核实、处理,并对举报有功人员给予奖励。

<sup>④</sup> 《劳动合同法》第三十条规定:用人单位应当按照劳动合同约定和国家规定,向劳动者及时足额支付劳动报酬。

<sup>⑤</sup> 《劳动法》第五十四条规定:用人单位必须为劳动者提供符合国家规定的劳动安全卫生条件和必要的劳动防护用品,对从事有职业危害作业的劳动者应当定期进行健康检查。

以期更好、更合理、更有的放矢地保护雇主按照其认为最合适的方式进行经营管理的合法权益、雇员合法的劳动权益以及在二者之间找到一个合理平衡点为基础的社会公共利益。

## **On the Shortcomings and Perfection of Chinese Termination Protection System: From a Perspective of Comparative Study of China-US Termination Protection Systems**

Yang Haonan

*(School of Legal Studies, Guangdong University of Foreign Studies,  
Guangdong Guangzhou 510006, China)*

**Abstract:** China's current termination protection law has shortcomings as follows: inflexibility of human resource management, low costs of unlawful dismissal, a shortage of pertinence in terms of legal liabilities of unlawful dismissal and a lack of necessary socioeconomic base of the implementation of universal termination protection law nationwide. US termination protection law, based on employment at will rule, has features such as flexibility of human resource management, high costs of unlawful dismissal, strong pertinence in terms of legal liabilities of unlawful dismissal and differentiated implementation of termination protection law at state level. The comparative study of China-US termination protection law and its background indicates China's termination protection law could be improved on the premise of maintaining its current rigidity through rationally loosening the behavior pattern of non-fault termination protection, specifically increasing costs of unlawful dismissal and respecting socioeconomic development disparities among provinces.

**Key words:** US employment at will rule; termination protection institution; labor contract law

(责任编辑:海林)

(上接第10页)

the history. Firstly, because this mode of production takes the dominance of the nature as the premise and the pursuit of surplus value (especially relative surplus value) as the core motivation, it is destined to the development of natural science to its vertex and has the tendency of giving production scientificity and reducing necessary labor of workers to a minimum; secondly, owing to the discovery, creation and satisfaction of new needs of the society, this mode of production plays a huge driving role in the whole construction of modern social scientific knowledge system. The other side of Marx's philosophy of science and technology is of practice significance to further implantation of innovation-driven development strategy or the idea of innovation development in China.

**Key words:** capital; mode of production; science; social science knowledge

(责任编辑:海林)