

## 美国劳动法对雇主不当解雇行为的规制： 源流、发展与反思

胡立峰

**内容提要：**美国历史上秉持传统的雇佣自由原则，法律不干涉劳资双方因解雇发生的争议。自20世纪30年代起，美国开始通过制定法和司法判例引入对不当解雇的规制。但这种规制是不彻底的，既缺乏系统和完备的立法，司法过程中的态度也不统一。对不当解雇的法律规制引发了美国社会的广泛争论，争论的焦点在于公平和效率在社会经济发展中何者优先保护。从美国劳资关系发展的现状来看，强调社会公平，对不当解雇进行法律规制是必要的。

**关键词：**劳资关系 雇佣自由原则 劳动法 不当解雇

胡立峰，厦门大学法学院民商法专业博士研究生。

### 一 美国劳动法上不当解雇的范畴界定

每种劳动法律制度都会对雇主终止劳动关系的情形做出规定。从雇主角度来看，其单方结束劳动关系的权力与其从应聘者中招聘员工的权力同样重要。雇主尽可能有效地经营企业是自由的一个不可缺少的方面。从社会的普遍观念来看，如果工人可以持续拥有工作，而不考虑其所工作的企业的经济或技术状况，竞争经济中的公共福利将会受到损害。<sup>[1]</sup> 因此，解雇无论从雇主利益还是从社会公益的考虑来说，都是社会经济发展过程中不可避免的现象。

解雇是指在劳动关系中，雇主一方单方面解除劳动合同的行为，<sup>[2]</sup> 是劳动法的调整对象之一。从劳动法的角度来看，人们主要是通过与工作相关的收入来保障自己的社会和经济福利。<sup>[3]</sup> 但是，商业的低迷可能导致企业劳动力需求的减少。当雇主想要违反劳动者意愿终止对劳动者的雇佣时，企业利益和劳动者利益之间就会发生尖锐的冲突。<sup>[4]</sup> 在大多数西方国家，公共部门的雇员享有稳定的工作保障，法律对解雇设置了具体限制，明确规定要有“正当理由”才能解雇雇员。公共部门采用这种保护性规定的理论基础是基于雇员所具

[1] Bob Hepple, "European Rules for Dismissal Law?", *Comparative Labor Law & Policy Journal*, Vol. 18, 1997, p. 204.

[2] 涂俊：《规范解雇行为刍议》，载《中国劳动》2000年第5期。

[3] [美]卡尔·克拉尔：《劳动法的革新》，丁广宇译，载林嘉主编：《劳动法评论》（第一卷），中国人民大学出版社2005年版，第355页。

[4] A. C. L. Davies, *Perspectives on Labour Law*, Cambridge: Cambridge University Press, 2004, p. 155.

有的忠实、正直、自律性,或者雇员为完成工作已经进行了相当的、特定的人力资本投入的事实。而在私营部门,工作保护的规定却相对较少,美国劳动力市场在这一点上表现得尤为突出。<sup>[5]</sup> 私营部门雇员的解雇保护,被描述为一个“错综复杂的法律理论体系”,它随着各州的判决而不同,随着不同法院的观点而变化,它导致现有的雇佣关系处于极不稳定的状态,使现行法律所规范的雇佣关系的可预见性大受影响。

在市场经济条件下,解雇权作为雇主用工自主权的重要组成部分,是其实现自主经营、完善管理所不可缺少的,也是劳动力市场实现资源配置的重要前提条件。但是,对解雇权不加限制的恣意行使,必然导致解雇权滥用,给劳动者带来损害。不当解雇导致的失业将会对被解雇的员工十分不利。失业,特别是在与员工个人的能力或行为无关的情况下导致的失业,对他们来说是一个严重的心理打击。从社会的角度来看,长期大量的失业将给社会稳定增加沉重的负担,浪费人力资源,是导致犯罪率上升的温床,它终将损害经济和社会进步所赖以依存的政治稳定。<sup>[6]</sup> 这就产生了在保护雇主依法解雇员工权利的同时对雇主任意解雇施加法律控制的必要性,并继而采用一定的正当性标准对解雇行为是否合乎正义做出基本判断,因此出现了在实践中对不当解雇进行界定的需要。

一般认为,不当解雇是指雇主基于与员工的能力或行为以及雇主的经济效益状况等因素没有任何关联的理由进行的解雇,包括基于员工参与工会组织、参加罢工等产业行动以及基于性别、年龄等各方面歧视性原因所导致的解雇。美国社会长期以来缺乏综合性解雇保护立法,现行的权利法案只是笼统规定了某些特殊群体有权抵御某些类型的解雇,而没有对整个劳动者群体的权利做出规定。<sup>[7]</sup> 多年来,美国司法过程中积累的判例大都确认在下列三种情形下,雇员不能任意地受到解雇:(1)雇主的解雇行为违背公共政策,如因雇员拒绝从事违法活动或揭发雇主违法行为而被解雇;(2)雇主的人事政策、管理流程、口头承诺明示或隐含了续订雇用合同的承诺;(3)违反合同所遵循的诚实信用和公平合理原则,如雇主故意剥夺合同中约定的雇员的权益、奖金或津贴等等。<sup>[8]</sup> 近年来,“美国许多州的法院已经确认了一项诉因,允许员工基于下列任一理由引发的解雇提起诉讼:违反公共政策、与当事人在合同中创设的默示权利相冲突、违反雇佣合同中的诚实信用默示条款和默示的公平交易义务”。<sup>[9]</sup> 通过为受害人提供诉因,再次确认了上述针对不当解雇的起诉标准和司法审查标准。

在美国,根据传统的雇佣自由原则,雇主可以自由地解雇员工而不受到任何来自于法律方面的约束。不当解雇是在否定传统的雇佣自由原则的基础上产生和发展起来的概念。20世纪80年代以来,随着美国工会组织的加速衰退,使得过去那种更多依靠集体谈判对解雇进行保护的法律体系已经改变,这促使法官承认不受限制的雇佣自由原则在适用上出现了许多例外,促使更多的员工为保护权益提起不当解雇诉讼。<sup>[10]</sup> 这种局面的出现,主要是源于对长期承袭的雇佣自由原则内在缺陷的反思,越来越多的人已经认识到这一雇佣原则在

[5] J. Addison, *Job Security in the United States: Law, Collective Bargaining, Policy and Practice*, *British Journal of Industrial Relations*, Vol. 24, 1996, pp. 381 - 418.

[6] Bob Hepple, "European Rules for Dismissal Law?", *Comparative Labor Law & Policy Journal*, Vol. 18, 1997, p. 204.

[7] 王益英主编:《外国劳动法和社会保障法》,中国人民大学出版社2001年版,第293-300页。

[8] 程延园:《英美解雇制度比较分析》,载《中国人民大学学报》2003年第2期。

[9] Mark Berger, "Unjust Dismissal and the Contingent Worker: Restructuring Doctrine for the Restructured Employee", *Yale Law & Policy Review*, Vol. 16, 1997, p. 9.

[10] 程延园:《英美解雇制度比较分析》,载《中国人民大学学报》2003年第2期。

竞争经济的背景下已经脱离时代的要求应加以限制乃至废除。

## 二 美国劳动法对待不当解雇立场的历史演变

### (一) 第一阶段:传统雇佣自由原则的盛行时期(20 世纪初至 30 年代)

在美国劳资关系实践中,劳动合同分为固定期限的劳动合同和任意期限的劳动合同(At-will Contract)。传统理论根据雇佣自由原则认为,对于不定期劳动合同,雇主可以在任何时间以任何理由或者根本没有理由而终止劳动合同,<sup>[11]</sup>却无需为此承担责任。雇佣自由原则扎根于契约自由理论。“契约自由代表了这样一种原则:市民社会中的自由和平等个体应能彼此订立表达他们受到国家最低限度干涉的意志和愿望的协议。人们认为自治的当事人协商可以达成互利的协议。”<sup>[12]</sup>“雇佣合同的当事人可以选择确定构成终止合同正当性的雇佣条款或者其他特定情况的条款,只要该条款是互利的。”<sup>[13]</sup>如果当事人没有约定这类条款,就推定他们本来就不同意约定这类条款,劳动合同可以在任何时候无需任何正当理由而解除。在最初,该原则适用的唯一条件是“雇主和员工之间不存在相反合同约定的情形”。<sup>[14]</sup>雇佣自由原则在美国各州已经盛行了几乎一个世纪,直到晚近以来才开始出现通过制定法和司法创设的例外情形。<sup>[15]</sup>

雇佣自由原则最初仅适用于从事非体力劳动的雇员,后来实际上扩展覆盖至各种类型的工人。这一规则后来被滥用的典型,是雇主享有了绝对自由的解雇权:无论被解雇员工人数多少、解雇理由充足与否甚至违反道德要求时,解雇行为也是绝对自由和合法的。该原则被尊奉到最极端程度的一个表现是,连美国联邦最高法院也对之深信不疑,甚至认为雇主任意解雇权是一项理应受到美国宪法保护的权力。例如,在 *Adair v. United States* 案<sup>[16]</sup>中,最高法院即判决一项禁止雇主因其员工参加工会组织而直接解雇该员工的联邦劳动法违宪。最高法院认为,受雇者离职另谋他就的权利不论基于什么理由,与雇主基于任何理由解雇受雇者的权利是完全对等的。也就是说,员工可以基于自愿向雇主提出辞职,雇主也有权基于自己的考虑解除与员工的劳动关系,这就是当时社会所奉行的劳资关系法则。因此,任何企图改变雇主与员工之间的这种平等权利关系的立法均属违宪,因为这种立法被认为是对契约自由原则和受联邦宪法第五修正案所保障的财产权的恣意干涉和侵犯。七年后联邦最高法院在 *Coppage v. State of Kansas* 案<sup>[17]</sup>中,更进一步宣告 Kansas 州通过的一项禁止“黄狗契约”<sup>[18]</sup>的法案违宪,理由是 Kansas 州通过的该法案不当侵犯雇

[11] Ronald A. Anderson, Ivan Fox, David P. Twomey, Marianne M. Jennings, *Business Law & The Legal Environment* (17th edition), Cincinnati: West Educational Publishing Company, 1999, p. 769.

[12] Robert Braucher, “Freedom of Contract and the Second Restatement”, *Yale Law Journal*, Vol. 78, 1969, p. 601.

[13] Arthur S. Leonard, “A New Common Law of Employment Termination”, *North Carolina Law Review*, Vol. 66, 1988, p. 641.

[14] John P. Frantz, “Market Ordering Versus Statutory Control of Termination Decisions: A Case for the Inefficiency of Just Cause Dismissal Requirements”, *Harvard Journal of Law & Public Policy*, Vol. 20, 1997, p. 556.

[15] Teresa A. Cheek, “The Employment-at-will Doctrine in Delaware”, *Delaware Law Review*, Vol. 6, 2003, p. 311.

[16] *Adair v. United States*, 208 U. S. 161 (1908).

[17] *Coppage v. State of Kansas*, 236 U. S. 1 (1915).

[18] 所谓“黄狗契约”(“yellow-dog” contracts),是指雇主与员工签订的以员工明确表示其为雇主工作期间不参加任何工会组织为雇佣条件的雇佣契约。现代国家普遍认为雇主主要求员工订立“黄狗契约”的行为属于干涉劳动者团结权的不当劳动行为。

主受美国联邦宪法第十四修正案所保障的财产权。根据上述两个著名案例的裁判结果,法院或者立法机关均不应干涉劳资双方对雇佣条件协商确定的结果,而应由相关当事人基于契约自由原则以自己的意思来处理相互关系。上述判决显然是以劳资关系双方当事人谈判能力相互平等为前提条件的,认为如果受雇者可以基于任何理由解除与雇主的劳动关系,则雇主也理应享有单方解雇员工的绝对权利,除非存在例外情形,员工就解雇对其雇主并不具有法律上认定的诉因或索赔原因。<sup>[19]</sup>

在雇佣自由原则下,基于合同法或侵权法原理,多数对员工的解雇是不可诉的。在多数的司法判决中,雇主在解雇员工时,不承担商业合同所要求的诚实信用和公平交易责任。<sup>[20]</sup>雇主在做出解雇的决定时,也不承担其根据侵权法通常所应承担的对员工的合理照顾义务。<sup>[21]</sup>因此,可以说,片面追求契约自治和财产权保护的雇佣自由原则是以牺牲员工利益为代价而发展起来的劳资关系准则。

## (二) 第二阶段:不当解雇法律规制的开始(20世纪30-80年代)

### 1. 立法方面的规制

由于雇佣自由原则实际上有利于雇主,对占社会成员绝大多数比例的普通劳动者造成损害,引发了他们的强烈反对。特别是立法机关考虑到在劳资关系中,员工通常是根本无法拥有与雇主相匹敌的谈判能力而不得不接受雇主所提出的条件接受雇佣,主张应对雇主的权力加以适当限制以缓和劳资关系紧张导致的社会矛盾加剧状况,于是逐渐开始对不当解雇行为进行法律干预。

自20世纪30年代开始,美国联邦和许多州先后通过了一系列法律,确保雇员不因其合法行为受到雇主的解雇,这被视为政府局部调整先前所秉持的雇佣自由立场的举动。1935年颁布的《国家劳资关系法》(又称《瓦格纳法》)确立了解雇保护制度,规定雇员不因参加合法组织或从事产业行动而被解雇。“对那些参加或支持工会的雇员,雇主最早采用的报复形式就是黑名单——任何雇主都不会雇佣一个众所周知的工会支持者”,<sup>[22]</sup>但是《瓦格纳法》明确规定雇主的上述行为属于不公平劳动行为而触犯法律。《瓦格纳法》是美国在1935-1947年间联邦政府处理劳资关系的基本法。该法的出台,与1929年发生的世界范围内的经济危机关系密切。此次经济危机后,美国政府为恢复经济和稳定社会,必须要限制雇主对工会和劳动者的不合理的压制和干涉,以避免由于雇主在劳资关系中的过度专权而引起劳资对抗和社会不稳定。<sup>[23]</sup>《瓦格纳法》将雇主采用解雇等办法以禁止员工加入任何劳动组织的行为和对依法作证或提出指控的员工予以解雇的行为视为违法行为,雇主在雇佣期间不得以上述理由解雇员工,否则即属不当解雇。1938年的《公平劳动标准法》规定禁止解雇那些对最低工资、加班时间提出抗议的工人。从20

[19] J. Wilson Parker, "At-will Employment and the Common Law: A Modest Proposal to De-Marginalize Employment Law", *Iowa Law Review*, Vol. 81, 1995, pp. 347-350.

[20] 一些司法裁判已经将诚实信用和公平交易原理适用于雇佣关系中,但它们的适用是有限的和反复无常的。参见 J. Wilson Parker, "At-Will Employment and the Common Law: A Modest Proposal to De-Marginalize Employment Law", *Iowa Law Review*, Vol. 81, 1995, pp. 359-370.

[21] 解雇员工只有在适用公共政策例外或者终止雇佣违反联邦或州反歧视法规的情况下才可能引发侵权诉讼。参见 J. Wilson Parker, "At-Will Employment and the Common Law: A Modest Proposal to De-Marginalize Employment Law", *Iowa Law Review*, Vol. 81, 1995, pp. 393-401.

[22] [美]道格拉斯·L. 莱斯利:《劳动法概要》,张强等译,中国社会科学出版社1997年版,第61页。

[23] 常凯:《劳权论》,中国劳动社会保障出版社2004年版,第339页。

世纪 50 年代开始,美国又相继颁布了类似法律,保护那些对工作安全表示异议的工人,以及对污染环境进行投诉的工人。随着 1964 年《民权法案》的颁布,美国相继出台了一系列反歧视法,对各类雇员提供了有限的解雇保护。这些保护性立法虽然在一定程度上改变了雇主任意解雇员工的状况,但并没有为大多数劳动者的工作保障提供足够的法律支持。

## 2. 司法方面的规制

当雇佣合同在彼此拥有平等谈判权的雇主与员工之间订立时,契约自由作为调整雇佣关系的原则是有意义的。然而,现代社会中更加通常的情况是,雇佣合同是在单个员工与公司之间订立。员工为了获得谋生所必需的工作,也许因此不得不同意对其不利的条款。“在经济上不能自立时,人们是不自由的”,经济上的从属性使“契约自由……在适用于一名雇主与一名普通的单个雇工签订的契约时,成为一个幌子”。<sup>[24]</sup> 在当事人地位不平等时,双方当事人将达成表达其意愿的互利协议的理论就不能适用。出于对这种不平等的认识,在许多司法裁判中法院已经开始适用普通法原则为解雇提供救济。<sup>[25]</sup>

在司法的层面上看,美国联邦最高法院的相关判决反映出了一些耐人寻味的倾向。联邦最高法院在 *NLRB v. Jones & Laughlin Steel Corp.* 案<sup>[26]</sup> 中,除维持《国家劳资关系法》的合宪性外,更进一步指出,1938 年的《公平劳动标准法》并未不当干涉雇主解雇权的正常运作,而反之禁止雇主利用解雇来做威吓胁迫工具。最高法院的此项判决,等于是部分废弃它在前述 *Adair* 及 *Coppage* 两案判决中所持守的立场,因为它确认雇主在普通法上所享有的绝对解雇权,可由国会以制定法的形式对雇佣自由原则增设诸多限制。这一时期虽然雇主任意解雇员工的局面一定程度上得到了改变,先前的劳资关系紧张态势趋于缓和,但是并没有从根本上解决问题。这种情况到后期虽有所改观,<sup>[27]</sup> 但仍然起伏不定,令人喜忧参半。

### (三) 第三阶段:雇佣自由原则的反弹时期(20 世纪 90 年代至今)

美国由于一向崇尚私法自治原则,对政府公权力过分介入私人雇佣合同关系的做法,总是尽量设法避免。虽然雇佣自由原则备受各方的批评和攻击,但时至今日,它仍然是规范美国雇佣关系的一项重要原则。

晚近以来,许多美国法院从坚持普通法上的“意思自治原则”(At-will Rule)立场出发,倾向于认为法院不应当篡改缔约双方的合同。<sup>[28]</sup> 基于这种理念,司法实践中的不少判决对雇主解雇自由给予了较高程度的认可。例如,在 1995 年的 *Stumpp v. Stroudsburg Mun. Auth.* 案<sup>[29]</sup> 中,宾夕法尼亚州法院判决指出:“宾夕法尼亚州法律充分表明……对员工可以在任何时候,基于任何理由或者无需理由而解雇之。”在 1998 年的 *Montgomery County Hosp.*

[24] [美]伯纳德·施瓦茨:《美国法律史》,王军等译,中国政法大学出版社 1990 年版,第 138 页。

[25] Lindsay B. Jackson, “A Lesson from Germany on How the United States Could Reform Its Laws on Dismissal,” *The Georgetown Journal of Law & Public Policy*, Vol. 4, 2006, pp. 525 - 526.

[26] *NLRB v. Jones & Laughlin Steel Corp.*, 301 U. S. 1 (1937).

[27] 具体可以参见 *NLRB v. International Van Lines*, 409 U. S. 48 (1972) 等案件的法院判决。

[28] Ronald A. Anderson, Ivan Fox, David P. Twomey, Marianne M. Jennings, *Business Law & The Legal Environment* (17th edition), Cincinnati: West Educational Publishing Company, 1999, p. 771.

[29] *Stumpp v. Stroudsburg Mun. Auth.*, 658 A.2d 333, 335 (Pa. 1995).

Dist. v. Brown 案<sup>[30]</sup>中,得克萨斯州法院判决指出:“一个多世纪以来,多数美国司法表明,这个国家的普遍原则并没有发生具体的改变,雇佣关系仍然可以由雇主或者员工基于正当理由或者不当理由甚至根本无需任何理由而终止。”在放宽对雇主解雇权限制的同时,员工作为劳资关系中的自由意志主体的地位也得到法院的承认。法院认为员工与雇主一样,也拥有任意解除劳动合同的权利。例如,在1997年的 Pipkin v. Pa. State Police 案<sup>[31]</sup>中,宾夕法尼亚州法院判决道,“作为一般规则,宾夕法尼亚州法律认为,员工可以任意解除合同”。在2002年审理的 Midland Judicial Dist. Cmty. Supervision & Corr. Dep't v. Jones 案<sup>[32]</sup>中,得克萨斯州法院判决指出,“在得克萨斯州,雇佣关系被推定为是任意的”,由此员工可以自由地基于任何理由甚至不需要理由而解除劳动合同。

上述趋势,反映出传统的雇佣自由原则在美国社会仍然具有相当广泛和持久的影响力。美国劳动法对不当解雇的初步干预虽然不能说没有成效,但至少应该说是不彻底的,雇佣自由传统观念的彻底涤清仍然需要一个长期的过程。

### 三 美国劳动法关于不当解雇行为规制的规则构造

#### (一) 联邦和州的反歧视法律

反歧视法律的制定是为了对抗美国社会中对特定阶层的历史性歧视。在联邦的层面上,反歧视法律大多是由国家立法制定的,制定法禁止在解雇过程中基于下列原因导致的歧视:种族、肤色、性别、宗教信仰、国籍、年龄以及残疾。目前在多数司法中适用的反歧视法律尚不适用于由于家庭地位、性取向或者40岁以下年龄导致的解雇。保护个人免受雇佣歧视的法律包括战后重建时期民权法案(Reconstruction Era Civil Rights Acts),1964年民权法案第7章(Title VII of the Civil Rights Act of 1964),以及雇佣年龄歧视法(Age Discrimination in Employment Act, ADEA)和美国残疾人保护法(Americans with Disabilities Act, ADA)等。

#### (二) 联邦和州保护检举人的条例

联邦和州的制定法关于检举人保护的规定明确禁止对检举雇主不法行为员工的报复性解雇。这些制定法对公共部门和私营部门的员工都提供保护,但是员工可以获得的救济措施和获得救济的程序基于所适用的制定法不同而差别很大。多数制定法提供经济赔偿和强制性救济等措施。有些制定法还提供惩罚性赔偿和律师费赔偿。另外,有些制定法还规定违法雇主应向国家交纳罚金。雇佣自由原则允许雇主基于任何理由甚至包括不当理由解雇员工,检举人保护条例的规定将基于报复性解雇这一特定不正当理由进行的解雇规定为不合法。因此,这些规定进一步限制了雇佣自由原则的适用。

#### (三) 各州的普通法原则

##### 1. 诚实信用和公平交易的义务

在美国,那些将诚实信用义务适用于处理解雇案件的法院认为,如果解雇将剥夺员工所享有的雇佣合同约定的利益,雇主不可以基于恶意或其他不正当理由解雇员工,诚实信用和

[30] *Montgomery County Hosp. Dist. v. Brown*, 965 S.W.2d 501, 502 (Tex. 1998).

[31] *Pipkin v. Pa. State Police*, 693 A.2d 190, 191 (Pa. 1997).

[32] *Midland Judicial Dist. Cmty. Supervision & Corr. Dep't v. Jones*, 92 S.W.3d 486, 487 (Tex. 2002).

公平交易义务有助于防止雇主们任意行使他们的解雇权力。

诚实信用和公平交易的原则对雇佣自由而言是最有力的例外,<sup>[33]</sup>但是该项例外并没有得到普遍适用,那些拒绝适用诚实信用原则的法院认为,它是“一项对雇佣自由原则而言太过宽泛的例外”,它将“导致每一起解雇都受到司法干涉以致恶意的概念将变得不确定”,或者它会“被解释为要求雇主只能基于正当理由而解雇”。<sup>[34]</sup>由于诚实信用原则还没有得到法院广泛接受,迄今为止它还没有对雇佣自由构成重大限制。

## 2. 违反公共政策

在美国,许多法院禁止那些违反明确和实质性的公共政策的解雇。<sup>[35]</sup>公共政策例外允许受明显违反公共政策的不当解雇对待的员工对其雇主提起不当解雇诉讼,该例外的适用通常需要法院权衡不同的利益关系。<sup>[36]</sup>雇佣自由的公共政策例外保护员工避免由于下列原因受到解雇:(1)拒绝从事一项非法或不当的行为;(2)履行公共义务;或者(3)行使法定权利或特许权利。<sup>[37]</sup>法院已经将公共政策例外适用于对具有下列情形员工进行的报复性解雇:向工会组织者告发雇主,拒绝代表其雇主作伪证,请假参加陪审团,或者拒绝其上司的性侵害。多数法院认为,违反公共政策的解雇在侵权法上是可诉的,因此员工可以获得丧失的工资收入、补偿性和惩罚性损害赔偿。<sup>[38]</sup>各州的法律和实践对违反公共政策的解雇行为进行了各自的界定。因此,虽然多数州均保护员工免遭违反公共政策的解雇,但是保护的程度各州略有不同。

## 3. 事实上的默示合同条款

在劳资关系中,雇主为了在劳动力市场中寻找到合适的受雇者,同时为了避免其已经雇佣的员工离职他就,往往会在招聘广告或者企业人事手册中,特别强调其所提供职务具有相当永久性或终身性,借以吸引新员工,或安定原有员工的工作意愿。如今,美国司法部门在劳动合同解释方面正发挥着越来越大的作用。<sup>[39]</sup>法院已经确认基于员工手册(employee handbooks)和管理人员口头陈述(oral statements of supervisors)的事实上默示合同条款的效力。<sup>[40]</sup>法院愿意适用这些条款是因为,虽然雇佣关系被推定为自由的,雇主和员工可以通过添加相反的合同条款改变这种关系。变更雇佣关系的条款可以由当事人采用书面或口头陈述或行为来创设合理的例外。<sup>[41]</sup>因此,如果雇主通过意思表示导致员工对工作保障产生

[33] Michael Kittner & Thomas C. Kohler, "Conditioning Expectations: The Protection of the Employment Bond in German and American Law", *Comparative Labor Law & Policy Journal*, Vol. 21, 2000, pp. 289 - 290.

[34] 参见 *Fortune v. National Cash Register Co.*, 364 N. E. 2d 1251, 1257 (Mass. 1977)。

[35] 在美国,已经有 43 个州确认了公共政策例外,这些州包括佛罗里达、佐治亚、路易斯安那、缅因、内布拉斯加、纽约和罗德岛等。

[36] Virginia Brown, "Revisiting the Public Policy Exception to the Employment-at-will Doctrine Following *Thibodeau v. Design Group One Architects*: Applying an Ethic of Care Analysis", *Connecticut Public Interest Law Journal*, Vol. 3, 2004, p. 237.

[37] *Peterson v. Browning*, 832 P. 2d 1280, 1281 (Utah 1992)。

[38] Michael Kittner & Thomas C. Kohler, "Conditioning Expectations: The Protection of the Employment Bond in German and American Law", *Comparative Labor Law & Policy Journal*, Vol. 21, 2000, p. 283.

[39] 杨燕绥等:《劳动法新论》,中国劳动社会保障出版社 2004 年版,第 233 页。

[40] Michael Kittner & Thomas C. Kohler, "Conditioning Expectations: The Protection of the Employment Bond in German and American Law", *Comparative Labor Law & Policy Journal*, Vol. 21, 2000, p. 284.

[41] RESTATEMENT (SECOND) OF CONTRACTS § 4 (1981); see, e. g., *DeMasse v. ITT Corp.*, 984 P. 2d 1138, 1143 (Ariz. 1999)。

了某种合理的期待,法院可以对雇主自由解雇加以限制。<sup>[42]</sup>

#### 4. 允诺禁反言原则

因雇主在雇员应征职位时,或者在雇佣期间,多次以口头明确保证将会对雇员继续长久任用,而推定雇主应受允诺禁反言原则的限制,因此,雇主不得在嗣后拒绝任用,或者任意将其解雇。在美国,允诺禁反言原则并未被广泛接受为对雇佣自由的限制,但在某些法院的司法裁判中也是适用该原则的。<sup>[43]</sup> 为了使得允诺禁反言的起诉得以成立,员工应该证明雇主对持续不间断雇佣做出过明确的允诺,并且雇主可以预见到员工将信赖该允诺,员工也合理地信赖该允诺对其不会造成损害。<sup>[44]</sup> 当一个员工基于雇主持续雇佣的允诺接受一份工作而放弃另一份工作,但随后却被解雇的时候,法院将支持基于允诺禁反言原则对不当解雇提出的索赔。

#### (四) 集体谈判协议

在有工会组织存在的美国私营企业,具备工会会员身份的员工,通常都受集体谈判协议的特别保障,在这些协议有效存续期间内(通常是二到三年),除非是基于正当理由,否则雇主不得任意加以解雇。正当理由的标准是模糊的,通常雇主必须提供一项与“员工责任、工作表现或行为、或者雇主的合理商业需要”有关的理由。<sup>[45]</sup> 一般而言,根据正当理由条款对因工作表现欠佳而做出的解雇只有在员工具有下列情形时才有效:(1)已经获得其工作表现欠佳的通知;(2)雇主已经说明认为员工表现欠佳的具体理由;(3)员工能够获得陈述和反驳的机会。另外,该解雇必须与以前对相同的表现欠佳的处理情况一致。因此,一个受到不当解雇的员工通常有权恢复完全年资,还可以获得全额补助金和积欠工资。<sup>[46]</sup> 通过对解雇理由和程序规范的要求,集体谈判协议创设了对雇主任意解雇的又一限制。

#### (五) 专门解雇保护法律

为了使员工获得实质性的解雇保护,改变美国州和联邦的制定法与普通法原则适用时导致的混乱状况,有必要制定专门的解雇保护法,美国已经开始这方面的尝试。美国全国统一州法委员会已经于1991年制定了《模范雇佣终止法》(*The Model Employment Termination Act*, META),蒙大拿州也于1987年通过了《蒙大拿州不当解雇法》(*Montana's Wrongful Discharge from Employment Act*, WDEA),成为美国第一个废止雇佣自由原则的州。统一州法委员会起草《模范雇佣终止法》,目的是为了合理平衡雇主和员工的利益,消除制定法和普通法原则适用中的混乱局面,创设一种合理的和统一的解决方案。和所有统一性的法律一样,该法需要经各州立法机关表决通过才能在批准的州得到适用。但是,《模范雇佣终止法》没有得到任何一个州立法机关采纳。

[42] Michael Kittner & Thomas C. Kohler, "Conditioning Expectations: The Protection of the Employment Bond in German and American Law", *Comparative Labor Law & Policy Journal*, Vol. 21, 2000, p. 284.

[43] 基于允诺禁反言的不当解雇索赔曾经在下列各州得到支持:阿拉斯加、加利福尼亚、夏威夷、马萨诸塞、明尼苏达、内布拉斯加、俄亥俄、宾夕法尼亚、得克萨斯和怀俄明。

[44] 参见 *Vajda v. Arthur Andersen & Co.*, 624 N.E. 2d 1343, 1350 (Ill. App. Ct. 1993)。

[45] Michael Kittner & Thomas C. Kohler, "Conditioning Expectations: The Protection of the Employment Bond in German and American Law", *Comparative Labor Law & Policy Journal*, Vol. 21, 2000, p. 274.

[46] LABOR AND EMPLOYMENT LAW (MB) § 9-230.02 (2005); LABOR AND EMPLOYMENT LAW (MB) § 9-230.03 (2005).



## 四 美国劳动法对不当解雇规制的理论争论和反思

### (一) 不当解雇法律规制的理论争论

#### 1. 新古典主义学派学者反对限制雇主解雇行为的观点

理查德·A. 爱泼斯坦(Richard A. Epstein)是对控制雇主解雇权的做法提出最为尖锐批评的学者之一。根据爱泼斯坦的看法,雇佣自由原则在三个方面对雇主具有吸引力:它有利于激励员工,具有灵活性,且采用该原则时企业的管理成本较低。<sup>[47]</sup> 首先,采用该原则有利于激励员工,促进他们在工作上发挥最大的能动性。如果员工知道他们表现不佳将很容易被解雇,他们就会努力工作。如果法律为他们提供工作保障,他们将会受到诱惑而逃避其应尽的工作责任。从雇主角度来看,雇佣自由原则第二个主要优点是具有灵活性。雇主在日常经营过程中,需要对其产品的市场变化做出灵活反应。例如,在产品市场价格普遍下跌时,雇主就需要通过销售机器设备和解雇工人来减少经营管理的成本耗费。任何对自由解雇的限制将削弱雇主的竞争能力。雇佣自由原则的第三个优点是操作起来成本较低,因为根据该原则没有人能要求雇主承担责任,雇主不需要为了应诉和根据法院判决进行赔偿而支出许多成本。相比之下,解雇保护法允许员工提起诉讼。即使原告没有正当的理由而起诉,雇主在应诉过程中也可能需要付出大量成本,这对雇主是不利的。

理查德·A. 波斯纳(Richard A. Posner)持与爱泼斯坦相近的看法,也主张应继续实行雇佣自由,认为解雇保护法对员工的“工作保障并非真正有效率”,而雇佣自由是劳动合同的普遍形式,工人愿意时可以辞职,雇主愿意时可以解除员工。这看起来好像是员工完全处于雇主的控制之下,任凭处置,但事实上并非如此。如果雇主有无端开除雇员的坏名声,那他就不得不向新员工支付额外酬劳,雇主最终并不能在较长时期内得益于无端开除员工的经营策略。<sup>[48]</sup> 在波斯纳看来,雇主在享有自由解雇权的同时,也会因顾及声誉等方面的考虑而谨慎行使这一权力,所以不用担心雇主对解雇权的滥用。

杰弗里·L. 哈里逊(Jeffery L. Harrison)从工作保障法对员工影响的角度,提出反对限制雇主解雇权的看法。他认为,工作保障法将导致员工薪水降低和劳动力需求的减少。首先,工作保障法增加了雇主的成本,因为解雇员工可能引发被解雇者起诉导致的雇主应诉风险。如果雇主败诉,其承担的责任等于雇主另外支付了一笔成本支出。这些成本很可能通过降低员工工资的办法转嫁出去。其次,工作保障法将导致失业者找工作更加困难。根据雇佣自由原则,如果雇主所生产产品的市场需求上升,雇主将另外雇佣工人,如果市场需求再次下降就解雇他们。而根据工作保障法,雇主可能会延迟雇佣额外的工人直到其有把握确定市场需求的上升很可能是长期和稳定的时候为止。<sup>[49]</sup> 因为,法律对雇主解雇不再需要的员工设置了障碍,雇主如果额外聘用员工就可能面临以后难将他们解雇的风险,所以他们倾向于尽量少雇佣员工,即使在企业生产需要员工时也不得不抱着极为谨慎的态度。从这一点来看,工作保障法实际上对保护员工长远利益存在着潜在的不利影响。

[47] Richard A. Epstein, "In Defense of the Contract at Will", *University of Chicago Law Review*, Vol. 51, 1984, p. 948.

[48] [美]理查德·A. 波斯纳:《法律的经济分析》,蒋兆康译,中国大百科全书出版社1997年版,第432页。

[49] Jeffery L. Harrison, "The 'New' Terminable-at-Will Employment Contract: An Interest and Cost Incidence Analysis", *Iowa Law Review*, Vol. 69, 1984, p. 327.

## 2. 新制度主义学派学者赞同限制雇主解雇行为的观点

爱泼斯坦指出理性的雇主绝对不会解雇有效率的员工,但休·柯林斯(Hugh Collins)反对这种看法,他认为至少在两种情形下,理性的雇主可能会解雇有效率的员工。这两种情形都包括雇主方面的机会主义,即雇主为了在短期内节约生产经营成本而忽视诸如维护企业良好声誉等长期目标。<sup>[50]</sup> 第一,当员工被控告存在不端行为时,爱泼斯坦主张雇主应调查指控以确定员工是否是有效率的并因此决定是否留用他。但是调查会导致雇主立即付出明显的成本,而留用有效率员工的利益却将要等到较长时间才会显露出来。因此,雇主很可能为应付紧急情况不经调查就径自解雇员工。第二种雇主可能解雇有效率工人的情形,发生在雇主已经采用了经济学家们有时称之为“迟延效益”支付方案的场合。一个简单的例子是,销售员只有等到与客户的交易完成后才能获得奖金,雇主在该销售员有权获得奖金之前将其解雇,这样就能够节省一笔费用。由此可见,雇主出于成本意识,具有通过解雇有效率工人而实施机会主义解雇行为的动机。

克莱德·W. 萨默斯(Clyde W. Summers)强调指出要想对员工提供更多的法律保护,必须寻求解雇保护方面立法的完善。因为雇用自由原则是法院最早通过判例法创设的,遵循先例的传统使得法院立场僵化,表现出不愿改变它们自己创设的法律原则的态度。<sup>[51]</sup> 他认为,雇用自由原则作为过时的规则,对于美国社会的高效有序运转既不必要也不合适。人们越发认识到,员工对其工作拥有宝贵的权利,社会应保护该权利免遭任意解雇行为的侵害。他反对那种认为雇主不会滥用权力,因此员工极少会受到不当解雇,对员工给予法律保护没有必要的主张,指出雇主的机会主义动机常会导致对缺乏保护的员工进行任意解雇。他认为,有时候成本并不是雇主在解雇员工时所考虑的主要问题。因为有时候即使雇主对其实施不当解雇行为可能导致高昂成本是很清楚的,但他们在做出解雇决定的过程中也还是经常走入歧途。

爱泼斯坦认为,雇佣自由对企业员工来说是一种很好的激励机制:为了避免遭受解雇,员工将会努力工作。对这一看法,有学者指出,刚好相反的论证逻辑也是存在的。如果员工感到不安全,他们会以企业对他们的最低要求应付工作并且随时准备抓住机会逃避工作任务。可以想见的是,员工只有在一个高度信任的环境中才会做出最佳反应。如果他们感到雇主信赖他们,他们就会把工作做得很好,通过痛改前非、辛勤工作和尽力为公司服务来回报这份信任。雇主通过赋予员工自主决定的权利而非不断对其行为进行监督检查,通过避免使员工感到他们经常处于解雇危险之下,就能够创造一个高度信任的工作环境。从这一角度看,对解雇权进行一些法律控制有利于提高工人的忠诚度和工作效率,最终也能够给雇主带来好处。<sup>[52]</sup>

### (二) 关于不当解雇法律规制的反思

首先,按照传统经济理论判断,完全依据合同法上自由契约原则来规范雇主的解雇行为,签约成本应该是最低的。但在劳动力市场上则不然,因为劳动契约与财产契约不同,财

[50] Hugh Collins, *Justice in Dismissal*, Oxford: Clarendon Press, 1992, p. 110.

[51] Clyde W. Summers, "Unjust Dismissal: Time for a Statue", in Alan F. Westin & Stephan Salisbury (eds.), *Individual Rights in the Corporation: A Reader on Employee Rights*, New York: Pantheon Books, 1980, p. 56.

[52] Note, "Protecting At Will Employees Against Wrongful Discharge: The Duty to Terminate in Good Faith", *Harvard Law Review*, Vol. 93, 1980, p. 1816.

产契约规范的是双方的贸易行为,贸易活动一旦完成,双方当事人便再无任何联系。而劳动契约规范的是生产行为,生产行为一旦开始,当事人双方需持续保持合作,构成特定的产业关系。随意辞退员工会破坏产业关系和谐的基础,雇员一旦采取不合作的态度,雇主就很难监控,其对生产有很大的破坏作用,这是由劳动契约固有的不完全性决定的。劳动契约可以规定工作时间,但无法规定雇员在工作时间内的努力程度;可以规定工作的数量、质量,但无法规定雇员的创造精神和责任心。雇员的努力程度、创造精神和责任心的发挥需要通过激发雇员的工作动机来实现。<sup>[53]</sup> 对解雇的限制,可以达到激励员工的结果,对企业也是有利的。

其次,长期以来,美国劳资实践发展的经验表明,“雇主自由解雇工人的特权经常遭到滥用,特别是这种权力的运用能够迫使员工代表雇主去违反法律,或者导致员工牺牲其本有资格获得的各种法律上利益的时候”。<sup>[54]</sup> 因此,完全有理由认为,在私营企业中解雇权这种经济权力的行使也应该像政府公权力的行使那样受到监督和检查。所以,对解雇自由原则进行限制,确保雇主解雇权力的规范行使确有必要。实践表明,员工个人和雇主之间自由协商确定的合同,不是确立员工对其工作的权利和保护员工免受资方解雇权滥用损害的有效方法。得出这种结论是基于这样的事实:拥有雇主提供的一份工作对员工而言,比起留用一个工人对雇主而言重要得多。<sup>[55]</sup> 这种事实导致双方当事人谈判权的失衡,很少有工人会愿意行使法律明确赋予他们的自由,对以任意解雇为前提条件的雇佣合同提出修改的要求。因此,必须借助于法律的介入和干预。

再次,根据美国《国家劳资关系法》,只有加入工会的员工才享有通过集体谈判获得权益保障的权利。因此,加入工会的员工通常都享有广泛的工作保障方面的权利,直至雇主可以基于正当理由解雇这些员工为止。该权利受到侵害后,员工为了使权利恢复原状,通常可以通过提起申诉仲裁程序等途径实现其权利。<sup>[56]</sup> 因此那些已经加入工会的私营部门员工和为政府工作的雇员享有免受不当解雇的保护,而那些尚未加入工会的私营部门员工不在受保护之列,仍然面临随时遭受解雇的危险。通过全面引入不当解雇的法律规制,可以保护这部分劳动者的利益。

最后,从世界范围内看,日趋激烈的竞争促使企业清醒地认识到成本和效率的重要性,同时也导致政府承受巨大压力,促使其减少对劳动者的保护和推动工业更有效地发展。不同企业渐次通过寻求途径提升生产效率降低劳动力成本,已经实现了自身的转型。<sup>[57]</sup> 在企业已经获得转型契机,实现自身更高程度发展的基础上,对于员工工作给予充分保障是正当其时的。企业效益的提高和社会经济的发展不能建立在劳动者的工作“朝不保夕”的背景之上。美国作为经济最发达的资本主义国家,劳动过程中的资本要素与劳动要素的力量对

[53] 杨燕绥等:《劳动法新论》,中国劳动社会保障出版社 2004 年版,第 145 页。

[54] Paul C. Weiler, *Governing Workplace: The Future of Labor and Employment Law*, Massachusetts: Harvard University Press, 1990, p. 49.

[55] Paul C. Weiler, *Governing Workplace: The Future of Labor and Employment Law*, Massachusetts: Harvard University Press, 1990, p. 50.

[56] 在美国,许多公共事业部门的雇员也享有根据公共事业服务立法提供的类似保护,这种保护通常情况下是通过行政程序得以实施的。

[57] Martin Carnoy, *Sustaining the New Economy: Work, Family, and Community in the Information Age*, Massachusetts: Harvard University Press, 2002, p. 56.

比长期处于失衡状态,雇主始终掌握着劳动用工的主动权。通过劳动法设置解雇保护制度,对激励劳动者努力工作、实现社会经济发展、造福民生大众都是一种有益的尝试。

综上所述,美国劳动法对不当解雇的法律规制具有经济和社会方面的深层基础,符合当代社会劳资关系状况发展的要求。以制定法和判例法来抑制和消除雇佣自由原则的消极影响,实现雇主解雇行为的规范化,是合乎社会正义和公共利益的举措。

---

[Abstract] In history, the U. S. had upheld the traditional principle of employment at will, which excluded the intervention of the law in resolving the disputes arising from dismissal. Since the 1930s, the U. S. began to regulate unjust dismissals through statutory laws and judicial decisions. However, due to the lack of systematic and complete legislation and the inconsistent attitudes of the courts in dealing with the relevant cases, such regulation is not thoroughgoing. This situation is not conducive to the protection of employees' rights and interests and has led to extensive debate in the U. S. The focus of the debate is the issue of how to deal with the relationship between equity and efficiency. The current labor relation situation in U. S. shows that legal regulation of unjust dismissal is necessary.

---

(责任编辑:谢增毅)

## 《法治蓝皮书:中国法治发展报告》2009年卷即将出版

由中国社会科学院法学研究所主编的《法治蓝皮书:中国法治发展报告》2009年卷即将出版,该书对中国2008年的法治发展状况以及一些热点问题进行了总结分析,并预测了今后的立法进展。本书作者阵容庞大,不仅有来自法学研究所相关领域颇有建树的学者、专家,还有来自其他学术机构、国家立法机关、司法机关、行政机关的学者、实务专家。

《法治蓝皮书:中国法治发展报告》2009年卷分为总报告、分报告、专题报告、国情调研篇等部分。总报告回顾了改革开放30年来中国法治化进程,分报告则从立法、行政、司法等角度对2008年中国法治状况进行了评点。专题报告部分讨论了2008年的热点法治问题,比如体育法制、突发事件的政府应急法律体系、公益法实践的进展、城管执法、政府信息公开条例的制定与实施等问题。国情调研篇选取了冰雪自然灾害下的政府应急法治、中国个人信息保护的现状与立法展望等内容。本书采用理论和实践相结合方法,从各个方面总结了2008年中国法治发展的经验和教训,具有一定的权威性、前沿性和实证性,为研究者、政府相关部门一窥中国法治全貌提供了宝贵的资料。