

文章编号: 1674 - 5205 (2010) 03-0127- (008)

雇主不当解雇雇员的赔偿责任

谢增毅

(中国社会科学院法学研究所, 北京 100720)

摘要】 根据国际劳工组织相关公约和许多国家的立法, 雇主解雇雇员必须具备正当事由并遵守正当程序, 雇主缺乏正当事由或违反正当程序将承担不当解雇的责任。雇主不当解雇雇员责任的确定需考虑雇员的工资收入、工龄、剩余工作年限、找到类似工作的可能性、寻找其他工作的费用等复杂因素。目前我国《劳动合同法》的相关规则过于简陋, 应该借鉴国外的经验, 建立既具有可操作性又能反映雇员实际损失的赔偿规则。

关键词】 不当解雇; 解雇保护; 雇主责任

Abstract: Under the related LO convention and dismissal laws in some jurisdictions, employers should have good cause and observe legal procedure when dismissing employees. If there is no good cause or employers fail to follow legal procedure, employers would assume the liability of unfair dismissal. The amount of damages of employers in unfair dismissal should be based on the complex factors including salary, seniority, remaining period before retirement of the employees, the prospects and reasonable expenses of finding new employment, and etc. The current rule governing unfair dismissal in Labor Contract Law is too simple, which should be replaced by a new rule that could reflect the actual losses of the dismissed employees and is easily to be enforced.

Key Words: unfair dismissal; protection against unfair dismissal; employers' liability

中图分类号: DF47 文献标识码: A

劳动合同解除是劳动法的重要问题。例如, 在英国, 劳动合同解除 (termination of employment) 成为现代劳动法的核心问题。许多劳动法纠纷都与劳动合同的解除有关。在 2008 - 2009 年度, 在劳动法庭处理的 151, 028 件劳动纠纷中, 涉及不当解雇的案件有 52, 711 件, 涉及遣散费的案件有 10, 839 件。在我国, 与劳动合同解除相关的案件数量亦不少。目前, 劳动争议案件主要以劳动报酬、社会保险及福利、经济补偿金赔偿金违约金等三类诉求为主, 占劳动争议案件总数的 79.21%。雇主不当解雇雇员的责任是劳动合同解除的一个重要问题。因此, 研究雇主不当解雇雇员的责任意义重大。

一、不当解雇的含义及不当解雇责任的由来

国际劳工组织 1982 年《雇主提出终止雇用公约》(第 158 号公约) 规定, 工人的雇佣不应被终止, 除非存在与该工人能力或行为相关的正当事由或者基于事业、企业或服务经营的需要。依据该公约, 雇主解雇雇员必须具备正当事由, 即雇主只有当存在与工人能力或行为相关的理由或者由于经营上的需要方可解雇雇员, 否则构成不当解雇。

尽管国际公约对正当解雇做了原则的规定, 但各国不当解雇的具体标准以及赔偿责任并不相同。不当解雇的概念以及雇主不当解雇责任的确立也经历了一个过程。由于劳动合同乃从传统的雇佣契约

收稿日期: 2010-01-20

基金项目: 2009 年度司法部项目《劳动合同法实施效果实证研究》(09SFB3031) 之阶段性成果。

作者简介: 谢增毅 (1977—), 男, 福建厦门人, 中国社会科学院法学研究所副研究员, 法学博士。

Employment Tribunal and EAT Statistics (GB), 1 April 2008 to 31 March 2009.

参见《全国人民代表大会常务委员会执法检查组关于检查中华人民共和国工会法实施情况的报告》——2009 年 10 月 30 日在第十一届全国人民代表大会常务委员会第十一次会议上。

Convention Concerning Termination of Employment at the Initiative of the Employer (Termination of Employment Convention, 1982), Art. 4.

发展而来，雇佣契约作为民事合同之一种，普通法或民法典对雇佣契约的解除主要依据合同法的规则，并不要求雇主解除合同需具备正当事由。随着人们对雇佣关系认识的深入，为了实现劳工保护政策目标，许多国家和地区通过普通法或民法之外的劳动立法，要求雇主解雇雇员必须具备正当事由并遵守正当程序，雇主不当解雇的法律责任便逐渐从普通法或民法中独立出来，成为劳动法的一个重要问题。

在英美法国家，普通法并不要求雇主在解雇雇员时需具备正当理由（fair reason）。^{[1] 1252}例如在英国，普通法对雇员在合同解除程序中的保护主要是预告制度，雇主在解雇雇员时必须提前通知，否则构成非法解雇（wrongful or unlawful dismissal）。^{[1] 1251}预告期间长短由合同规定，如果合同约定的预告期低于法定的最低预告期，该约定的预告期无效，适用法定的最低预告期；约定的预告期长于法定的最低预告期时，适用约定的预告期。^{[1] 1251}在预告期间，雇主有义务继续支付工资。如果雇主违反预告制度，由于劳动合同具有人身属性，法院通常不愿意发布禁令要求当事人继续履行合同。因此，除非雇主违反了合同约定的程序，对于违反预告制度的非法解雇，雇员通常获得的救济是赔偿。在确定赔偿金额时主要考虑合同中的预告期，而不考虑雇员由于失去工作在未来可能的失业期间的损失；而且也不考虑雇员由于被解雇可能遭受的痛苦或者名誉上的损失。但在固定期限合同场合，如果合同中有关于解雇预告的规定，根据赔偿金应该体现实际损失的原则，赔偿金为合同剩余期间雇员在收入上的损失。^{[1] 1256 - 257}可见，普通法奉行合同的基本原则，除了预告之外，并没有对雇员提供过多的保护，雇主无需正当理由即可解雇雇员，赔偿金额也依据合同原理加以确定。

在大陆法国家，民法典将雇佣合同作为合同的一个类型，对雇佣合同解除的规制也主要体现在解除的预告制度上。例如，《德国民法典》第 622 条规定了劳动关系的通知终止期间。劳动关系终止的基本预告期为 4 周。雇主解雇雇员的预告期和雇员的工作时间有关，雇员的工作时间越长，预告期越长。当然，法律允许雇主和雇员在劳动合同中约定长于法定预告期的期间。^{[2] 126}《德国民法典》在第 626 条规定了即时的通知终止，即合同当事人任何一方因重大原因而通知对方终止雇佣关系，无需遵守预告期的规定。可见，和普通法类似，《德国民法典》对解雇的规制主要限于预告制度，并没有要求解雇应具备实质性的理由或遵守特殊的程序。

普通法和民法典的预告制度对雇员的保护是远远不够的。由于雇主解雇雇员无需正当事由，使雇员的工作处于无法预期的状态，而且，雇主无需理由便可解除合同，使雇主可以滥用该项权利，雇员经常受到不公正的解雇。为了实现“就业安全”（employment security）的目标，加强对雇员的保护，一些国家开始制定有关解雇保护的法律，弥补普通法和民法典的不足。“就业安全”旨在保护雇员在雇主内部的地位，侧重于规制雇主相对于雇员的惩戒和管理的权力。换言之，“就业安全”的核心在于通过立法的规制保护雇员，防止雇主管理上的武断决策，^{[3] 387 - 388}防止雇主滥用权利，使雇员可以稳定工作，不受雇主不正当解雇。

例如，英国 1996 年《劳动权利法案》（Employment Rights Act）规定雇主解雇雇员必须具备正当事由。根据该法，法定的解雇正当事由包括：第一，能力和资格。能力标准指雇员没有能力从事工作，即由于任何原因不能达到可接受的标准或者由于疾病或事故使雇员无法从事先前的工作。资格，指与工作相关的任何学位、学历或其他技术或专业资格。第二，行为。根据判例，如果雇员存在不当行为，例如严重的旷工和迟到、不忠诚、拒绝遵守雇主合法且合理的指示、不诚实、暴力或其他斗殴行为，雇主可以解雇雇员。第三，裁员。雇主也可以经济原因而将“裁员”作为解雇的正当事由。第四，法律的限制。例如，某一雇员的唯一或主要职责是驾驶汽车，如果不再具有驾驶汽车的法定资格，雇主可以正当地解雇他。第五，其他实质性的原因，包括“商业需要”以及“第三方的压力”。雇主解雇雇员时如果缺乏以上正当事由或者法院不认可雇主的理由或者雇主违反法定程序，将承担不当解雇的责任。

由于工作是雇员生存的重要基础，雇员的工作以及与此相关的福利不应被随意剥夺，除了实现雇员保护的目标之外，要求雇主解雇雇员时必须具备正当事由的原则也受社会观念和民法基本原则的影响。德国 1969 年通过了《不公正解雇保护法》。它试图对构成雇员生存基础的劳动关系加以保护。^{[4] 1127}该法第 1 条就规定，如解雇雇员不具社会正当性（socially unjustified），那么在法律上无效。关于“社会正当性”，该法规定，一项解雇是“不具社会

Employment Rights Act 1996 (ERA 1996), s 86.
Johnson v Unisys Ltd (2001) IRLR 279.
Employment Rights Act s 98 (1) (2).

正当性”的,除非该解雇是基于与雇员的人身、行为有关的原因或者是经营上的需要。换言之,解雇被推定为是不正当而无效的,除非雇主具有正当事由。正当理由的要求和禁止权利滥用、公序良俗原则类似。^{[2]28}可见,有关解雇的正当事由和正当程序规则也受到民法禁止权利滥用以及公序良俗基本原则的影响,是民法基本原则在劳动合同解除领域的具体化和体现,同时体现了劳动法强烈的社会政策色彩。相比《德国民法典》简单规定预告制度的作法,《不公正解雇保护法》对雇员的保护大大加强了。

根据《不公正解雇保护法》,雇主解雇雇员只能基于法定的正当理由。这些理由主要包括三种类型:雇员人身的原因、雇员的行为以及雇主明显的经营上的原因使得无法继续雇用雇员。因此,合法的解雇包括与人身相关的解雇(person-related dismissals)、与行为相关的解雇(conduct-related dismissals)以及与经营原因有关的解雇(dismissal for operational reasons)。与人身相关的解雇主要适用于雇员由于生病而长期无法上班的场合。^{[5]400}与行为有关的解雇,主要指雇员的行为违反合同的义务而被雇主解雇的情形。雇员的行为包括未经允许离开工作场所、长期的迟到、或者其他使雇主认为雇员不能符合法定预期的情形。^{[2]28}与经营有关的解雇主要包括外部的经济危机以及雇主采取的措施,例如采用新技术。雇主必须证明由于经济原因,雇主雇用雇员事实上变得不可能,例如,新的工作或生产方法的引入、工厂的关闭、外包以及工作地点的更换等等,将减少工作或人员数量。^{[2]31}可见,德国法律对正当事由的要求和英国大体相似。

解雇必须具备正当事由正逐渐成为大部分国家劳动法的一项基本原则。即使成文法没有明文规定,判例也认可这一原则。例如,日本在成文法中并没有对解雇的具体事由做出规定。日本长期以来,有关解雇的正当事由主要由判例法确立。二战后,日本经济萧条、食品短缺、工作岗位不足、劳动力剩余,解雇将严重影响雇员的生计,对劳动者的影响甚大。而且,劳动者在一家公司的资历并不必然带到别的公司。在此情形下,法院认为有必要对雇主的任意解雇加以限制。为了达到该目的,法院引用民法典的权利滥用条款,认为如果解雇是客观上不合理或者是社会无法接受的,则解雇属于权利滥用。因此,尽管成文法没有规定解雇需具备正当事由(just cause),但实践中,雇主解雇雇员需要正当事由才能获得法院的认可。^{[6]23-24}《劳动基准法》规

定,“如果解雇缺乏客观合理的理由,并且在社会整体条件下并不被认为是适当的,该解雇将被认为是权利滥用和无效的”。2007年日本通过《劳动合同法》,该法第16条做了同样的规定。可见,不当解雇主要指雇主滥用权利,在不具备正当事由的情形下与雇员解除合同的行为,这一点和德国法颇为类似。

以上分析表明,不当解雇规则体现了民法的基本精神和原则,特别是考虑了社会的评价标准,并加以成文化和具体化,体现了很强的道德色彩。因此,缺乏正当事由的解雇被称为“不当解雇”是相当贴切的。从上述也可以看出,不当解雇的规则主要是在普通法或民法预告制度之外,通过单独的劳动法或者判例确立起来的规则,其核心是对雇主的解雇权利进行限制,保护雇员工作的稳定性,要求雇主在解雇雇员时必须具备正当事由并遵守正当程序。雇主解雇雇员如果缺乏正当事由或违反正当程序将承担不当解雇的法律责任。

二、我国《劳动合同法》规则的检讨

从我国《劳动合同法》第39、40、41条关于解雇条件的规定看,该法要求雇主解雇必须具有正当事由,这些事由与英国、德国的规定大致相同,也可概括为三种主要类型:雇员自身的身体或能力、雇员的行为以及雇主自身经营的需要。关于雇主不当解雇的责任,《劳动合同法》第87条规定,用人单位违反本法规定解除或者终止劳动合同的,应当依照该法第47条规定的经济补偿标准的二倍向劳动者支付赔偿金。概言之,如雇主解雇雇员具备正当事由,且雇员无过错的,雇主则支付经济补偿金,支付的标准为雇员每工作满一年支付一个月的工资;如果雇主缺乏法定事由,即不当解雇,则必须按照经济补偿金的双倍向雇员支付赔偿金。该规定虽简便易行,计算方法简单,但其规定过于简单和机械,在法理上则存在缺陷。

Protection Against Unfair Dismissal Act, § 1.

Protection Against Unfair Dismissal Act (2001), §10.

日本《劳动基准法》(Labor Standards Law)(1947年制定,2004年修订版,2005年生效,英文版)18条之二。

日本《劳动合同法》(Labor Contract Law)(2007年,英文版)第16条、补充规定第2条。

违反解雇的程序也构成不当解雇,本文主要讨论在雇主缺乏实质性正当事由时的责任,不探讨雇主违反法定程序构成不当解雇的责任。此外,很多国家关于雇主不当解雇的责任都区分定期合同和不定期合同,由于这些国家把定期合同视为特殊合同,不定期合同是主流的合同形式,因此,本文主要针对不定期合同的不当解雇展开论述。

首先, 这种规定在法理上难以自圆其说。在雇主合法解除合同场合, 雇主需要支付的是经济补偿。从立法的规定看, 经济补偿适用于雇主具备正当事由而解雇雇员的场合, 由于此时雇主解雇雇员具有正当性, 因此经济补偿的主要目的不在于减缓雇员在失业期间的后果, 而在于承认雇员对其工作的一种权益 (stake)。因此, 即使雇员在被解雇后立即获得了一份工作, 雇员仍可以获得经济补偿。而随着雇员工作时间的增加, 雇员对工作的权益也增加, 经济补偿应随着雇员年龄和工作时间的增加而增加。^{[1] 354}因此, 应根据雇员的工作年限计算雇主合法解雇雇员时的经济补偿金额。但在雇主不具正当事由而违法解除合同场合, 即不当解雇场合, 赔偿的目的主要是弥补劳动者合同剩余期限的工资损失和其它损失, 二者的目的不同, 两项制度的机理并不相同。因此, 简单的适用双倍规则与法理并不吻合。

第二, 依据该标准, 在许多场合, 赔偿金的数额并不合理。用人单位违法解除合同, 将其赔偿数额固定为雇主依法解除合同时支付的经济补偿的 2 倍, 在许多情形下, 会造成赔偿金额畸高或畸低。举例说明之, 假设一名劳动者与用人单位签了一份 5 年期限的固定期限合同或无固定期限合同, 劳动者工作 1 年后, 如用人单位违法解除合同, 此时雇主的赔偿标准仅为 2 个月的工资 (1 月工资的 2 倍), 劳动者可能损失的 4 年甚至更长的工资和其它损失都无法得到赔偿, 此时的赔偿标准明显过低。而且, 简单套用经济补偿的双倍计算违法解雇的赔偿金额容易鼓励用人单位尽早违法解除合同, 因为劳动者已工作期间越短, 雇主的赔偿金额越少。与此相反, 由于《劳动合同法》没有规定雇主责任的限制, 在某些场合, 雇员又可以获得高额的不合理赔偿。假设一名 59 岁的雇员, 在某一单位已工作满 40 年, 假设其工资并没有高于当地平均工资的三倍, 如其在退休之前被雇主不当解雇了, 根据经济补偿金的计算标准以及违法解雇的赔偿金额计算方法, 此时该雇员可以获得的赔偿为 4 年工资的双倍, 也即 8 年的工资。雇员在其退休的前一年可以获得 8 年工资的赔偿金额, 这显然极不合理! 因此, 现有规则的漏洞以及在许多情形下的不合理性非常明显。

因此, 《劳动合同法》规定的不当解雇赔偿责任的计算方法, 虽然简便易行, 但却无法反映雇员在被不当解雇后的实际损失或者大体的损失, 现行的不当解雇赔偿金额计算标准过于僵化, 与不当解雇中雇主承担责任的并不相符, 容易使雇主承

担过低或过高的不合理的赔偿责任。因此, 必须根据不当解雇赔偿的目的, 借鉴国外的相关经验, 改革现行的不当解雇责任规则。

三、雇主不当解雇责任的比较法考察

(一) 英国法

在英国, 对不正当解雇的救济主要依据成文法的规定而不是合同的约定。由于成文法认为雇员对其工作享有财产权利, 因此, 劳动法对不正当解雇的首要救济是“复职” (reinstatement), 重新给予雇员其原有的工作; 法庭在决定是否发布复职指令时, 通常需要考虑雇员的意愿、雇主执行该指令是否可行、发布该指令是否公正。其次是“重新雇佣” (re-engagement), 给予雇员其他替代的工作。法庭可以发布指令要求雇主提供类似的工作。如果前述两种救济方式不可行, 则给予雇员经济上的赔偿 (financial compensation), 根据其年龄和工作年限在一定程度上补偿其实际损失。^{[1] 326}由于法庭提供前两种救济的案件占案件总数不足 1%, ^{[1] 347}因此, 赔偿成为不正当救济的主要方式。赔偿金由三部分构成, 基本赔偿金 (basic award)、补偿性赔偿金 (compensatory award) 以及额外赔偿金 (additional award)。基本赔偿金在于补偿雇员工作的丧失, 依据雇员的年龄和工作年限确定。年龄 22 岁以下的雇员, 每工作 1 年获得半周的工资; 年龄在 22 岁至 40 岁之间的雇员, 每工作 1 年获得 1 周的工资; 年龄超过 41 岁的雇员, 每工作 1 年获得一周半的工资。但以上金额的计算不得超过法定的最高工资以及 20 年的工作期限。当然, 法庭可以考虑以下因素减少赔偿金额: 雇员的行为 (雇员是否存在导致被解雇的原因)、雇员不合理的拒绝复职邀请、雇员获得的遣散费、雇员的其他获益。补偿性赔偿金在于补偿雇员被解雇后遭受的损失。法庭要考虑的因素包括雇员收入的即时损失 (immediate loss)、收入的未来损失、额外的福利损失、寻找工作的费用、养老金权益的损失、劳动保护的损失以及雇主解雇的方式。即时损失指雇员自被解雇之日起至庭审时的损失扣除失业以及其他福利。未来收入的损失需要考虑雇员未来可能的失业期间, 但雇员有义务减少损失。补偿性赔偿金有最高额限制, 根据 1999 年《劳动关系法案》, 补偿性赔偿金不得超过 50,000 英镑, 这一金额逐年提高。如雇主拒绝雇员复

ERA 1996, s 116 (1).

Employment Relations Act 1999, s 34 (4).

职或者重新订立合同、解雇带有歧视性或者解雇是由于某些法律禁止的事由, 法庭可以要求雇主支付额外的赔偿金。额外赔偿金根据事由的不同, 可为26周至52周的工资、104周的工资甚至156周的工资。^{[1] 348-350}可见, 额外赔偿金具有明显的惩罚性。

尽管法律规定了较高的赔偿额。但实际的赔偿额要远远低于法定最高的赔偿额。在1986-1987年度, 中等的赔偿金为1,676英镑, 1990-1991年度为1,773英镑, 2003-2004年度为3,375英镑。赔偿金不高的部分原因是许多不当解雇诉求者工资较低且工作年限较短、法庭对损失的计算方式、部分雇员在解雇中存在过错、雇员被解雇后没有积极减少损失, 等等。由于实践中的赔偿金额过低, 有学者认为这不能有效防止雇主的不正当解雇行为。^{[3] 530-531}从英国的实践也可以看出, 赔偿金额的计算并非易事。

(二) 德国法

在德国, 如果雇员对雇主解雇的决定不服, 雇员可以向地方劳动法院提起诉讼, 劳动法院决定解雇是否有效。如果法院不接受雇主的解雇决定, 法院通常不是判决赔偿金而是判决劳动关系继续存在, 雇员可以继续领取工资。但如果法院认为继续维持劳动关系是不合理的, 劳动法院可以要求雇主支付离职赔偿金 (severance pay) 而终止劳动关系。如果雇员要求离职赔偿金代替复职, 离职赔偿金的标准为雇员每工作一年, 支付半个月的工资, 但对于一般雇员, 离职赔偿金最多不超过12月的工资。在决定离职赔偿金的计算期限时, 法院通常会支持年龄越大、资历越深的雇员获得更多的赔偿。如果雇员年龄超过50, 且已工作超过15年, 则离职赔偿金最高可为15个月工资, 如果雇员年龄超过55岁, 且已工作超过20年, 则离职赔偿金最高可为18个月的工资。如果雇主要求用离职赔偿金代替复职, 雇主必须证明雇员的复职并不符合公司的商业利益。^{[5] 340}实践中, 尽管雇主的解雇不合法时, 雇员可以要求复职, 但赔偿金逐步取代复职, 成为最重要的救济方式。^{[5] 343}

(三) 美国法

与国际劳工组织公约的规定以及许多欧洲国家不同, 美国贯彻“雇佣自由”原则, 雇主解雇雇员并不需要正当事由。因此, 除非合同为固定期限合同或者雇主的解雇行为违反合同的约定、诚信和公平交易义务、违反公共政策, 即使雇主的解雇行为没有正当事由, 雇主也无需承担责任。^{[7] 746-747}

但是, 如果双方的合同是定期合同, 且雇主在

合同到期之前解雇雇员, 法院通常会判决被告赔偿原告合同解除时至合同到期日之间的工资损失。^{[7] 817}

如果双方的合同是无固定期限合同, 而且雇主在其员工手册或其他承诺中表明雇主只能基于正当理由解除合同, 如果原告对雇主提供无固定期限工作产生了合理期待, 则雇主在没有正当事由解雇雇员时, 法院通常会通盘考虑雇主如果未解除合同时雇员可以获得的收入、雇员剩下的工作年龄等因素来决定赔偿金额。在 *Beales v. Hillhaven, Inc* 案件中, 内华达州最高法院支持了陪审团对一名62岁女雇员赔偿208,476美元的裁决, 因为原告举证她很难在该领域找到类似的工作, 而且可能工作到65或者70岁, 并证明了其损失将在49,152美元至315,791美元之间。在 *Diggs v. Pepsi-Cola Metropolitan Bottling Co., Inc* 案中, 第六巡回法院根据原告解雇后的工作薪酬和原有薪酬的差距, 判决被告支付其26.5年的未来工资损失赔偿。在 *Stark v. Circle K Corp.* 案中, 蒙大拿州最高法院根据专家证人的意见支持了一项支付给原告28年未来工资损失的赔偿。当然, 法院对这种高额的判决也有所担心。俄亥俄最高法院在一个案例中指出, 法院担心赔偿未来工资对雇主和雇员利益的影响, 未来工资的赔偿意图在于通过为受损害的雇员在寻找类似工作的期间提供补偿而为其提供帮助, 因此, 原告在具有工作能力的期间负有从事其他工作的义务, 而不应该得到其被解雇后至退休之前整个期间工资损失的赔偿。法院在此类案件中应该考虑四大因素: 雇员的年龄以及找到类似工作的可能性, 工资以及津贴等其他无形的福利, 原告找到新工作的费用, 原告重新找到工作之前合理期间可以获得的诸如汽车、保险等额外福利的替代价值。^{[7] 818-819}可见, 尽管美国的大部分劳动合同属于自由合同, 雇主无需正当理由即可解除合同, 但是, 如果雇主和雇员约定雇主只能在具备正当理由时才可以解雇雇员, 则雇员受到不当解雇时, 雇主应承担责任, 包括赔偿雇员的未来工资收入损失, 而且, 赔偿金额可能是巨大的。不过, 一些法院也意识到个别案件中的高额赔偿可能对雇主造成过重负担以及对雇员在被解雇后应该承担的义务。

Protection Against Unfair Dismissal Act (2001), §10
108 Nev. 96, 825 P. 2d 212 (1992).

861 F. 2d 914 (6th Cir. 1988).

230 Mont. 468, 751 P. 2d 162 (1988).

Worrell v. Multipress, Inc., 45 Ohio St. 3d 241, 543 N. E. 2d 1277 (1989).

(四) 日本法和法国法

在日本,根据权利滥用原理,雇主不当解雇的行为是无效的,因此,除了承担赔偿责任之外,雇主还必须重新雇用被解雇的雇员。不管雇主承担多大的赔偿责任,雇主重新雇用的义务不能免除。赔偿责任为雇员被解雇期间的工资。当然,如果劳资双方的诉讼很长,双方的信任关系可能遭到破坏,工作环境的变化也可能使雇员的技能无法继续胜任雇主的工作,因此,一些学者主张通过金钱赔偿允许双方结束劳动关系。在判例中,雇主有义务赔偿雇员在诉讼期间的工资损失,即使诉讼期间长达10年。当然,雇员在此期间的收入应当被扣除。^{[6]27}

在法国,如果雇主不能证明其解雇具有正当理由,雇主的赔偿责任根据雇员的实际损失计算,赔偿额一般为雇员6个月的工资。^{[5]439}

四、雇主不当解雇赔偿责任的考量因素

从以上国家和地区的立法例可以看出,欧洲国家例如英国、德国和法国,在劳动成文法中对解雇保护有较为详尽的规定,特别是对解雇的正当事由、不当解雇的赔偿责任以及赔偿责任的限制等都有较为明确的规定。由于美国和许多国家不同,其并无实质意义上的解雇保护法,因此,其主要通过合同法的原则确立雇主的赔偿责任和赔偿范围。日本则主要通过民法上的禁止权利滥用原则来确立雇主不当解雇的责任基础。在不当解雇的救济中,尽管雇员有权利要求恢复工作,雇主也有义务继续雇用雇员,但劳动关系是雇主和雇员具有高度信任和合作的关系,如果双方发生争议,往往双方之间的信任关系不复存在,因此,尽管理论上,雇员可以要求恢复工作,但如上文所述,赔偿成为主要的救济方式。因此,在不当解雇救济中,赔偿责任的合理设置至关重要。通过上文分析,本文认为雇主不当解雇责任特别是责任范围的设计应当考虑以下因素。

(一) 不当解雇责任的主要目的在于为雇员提供“就业安全”

在普通法和民法典之外通过特殊的劳动立法规定解雇的条件和程序以及不当解雇的责任的基本目标在于实现“就业安全”。就业安全并不等于就业稳定,其意图不在于为雇员提供一种长期、稳定甚至终身的合同,限制人员的流动,而是使雇员处于一种可预期的状态。首先,雇员仅仅在雇主具备正当事由的情形下才能被解雇,这种制度安排可以使雇员获得稳定的预期,从而激发雇员为雇主努力工作。因为,雇员如果表现良好就可以稳定地获得工

作;如果表现不佳,则可能被雇主依法解雇。因此,雇员在受到解雇保护法保护的条件下有利于雇员和雇主建立彼此的信任和稳定的关系。如果雇员不受解雇保护法的保护,雇员随时可能被雇主解雇,则其将处于一种不可预期的状态。这不利于培养雇员对雇主的忠诚,也不利于鼓励雇员为了长期服务于雇主而对自身人力资源的投入,例如努力参加培训,提高自身技能。同时,如果没有解雇保护法,雇员随时可能被雇主无理由的解雇,也不利于雇员形成获得稳定工资收入的预期,从而可能抑制雇员的消费,不利于消费需求的增长。第二,解雇保护法也对雇员提供了一种保护。雇员在一家单位的资历并不必然带到别的单位,而且,工作对于雇员的重要性相比某一雇员对雇主的重要性通常要大,雇主在缺乏正当理由的情形下解雇雇员,不仅在观念上无法被社会接受,对雇员本身也是不公平的。第三,解雇保护法有利于克服雇员从属地位带来的不利影响。雇员由于其地位所决定,在工作中必须接受雇主的指挥和控制,具有一定的从属性。劳动法甚至被认为是“关于劳动生活中处于从属地位者(雇员)的雇佣关系的法律规则(从属地位劳动者的特别法)的总和”。^{[4]1}如果不对雇主的不当解雇进行规制,放任雇主随意解雇雇员或者以解雇相威胁,就会加剧雇员的不利地位。因此,不当解雇责任范围的设计应当有利于防止不当解雇的发生。换言之,雇主不当解雇的赔偿责任不宜过轻,否则就无法实现解雇保护法的立法目的。

(二) 不当解雇赔偿金额应考虑诸多复杂因素

在不定期合同中,如果雇主不当解雇了雇员,此时雇员不仅遭受工资损失,还将遭受由于雇员身份丧失而产生的其他福利损失,诸如养老金、住房福利、工龄等福利的损失甚至包括声誉的损失,因此,损失的具体金额难以计算。而且,此时的合同是不定期合同,不定期并非终身合同,雇员将来可能因其表现不佳或其他原因离开雇主,因此,工资和其他福利的损失期间也是难以确定的。而且,雇员在遭到雇主解雇后可能很快找到类似的工作也可能难以找到工作。同时,由于雇员被解雇,雇员可能获得失业救济等福利收入。因此,在不定期合同的不当解雇中,要计算雇员的实际损失几乎是不可能的。完全按照合同法的赔偿原理,对被解雇的雇员赔偿其全部的实际损失是几乎做不到的,这也是一些国家,例如英国和德国,虽然在确定赔偿金额时需全面考虑诸多因素,但以雇员的工资和工龄为基础计算赔偿金额的重要原因。

根据劳动合同的特点,笔者认为,在确定雇主不当解雇的责任时应当考虑以下几个因素:雇员的工资收入、工龄、津贴以及其他无形福利;雇员退休之前的剩余工作年限;雇员的年龄以及找到类似工作的可能性;雇员寻找其他工作可能的费用;雇员在失业期间可能获得福利;雇主过错的程度以及是否存在违反公共政策,例如雇主因为雇员参与工会活动或者举报其违法行为将其解雇因具有明显的违法性,应承担更大的责任;雇员本身是否存在过错。理论上,在具体个案的裁判中应该综合考虑这些因素,但如何根据这些因素测算出具体的赔偿金额并不容易。

(三) 不当解雇责任的责任限制

从上面的分析也可以看出,准确计算雇员在不当解雇案件中的实际损失几乎是无法做到的。从上文的美国家庭案例中也可以看出,如果不考虑雇员另找工作的可能性,完全按照雇员被解雇时到其退休年龄之前整个期间的工资和其他损失给予雇员赔偿,雇主的赔偿金额可能是一个巨大的数字,这对雇主将是一个沉重的负担。从英国、德国和法国的立法可以看出,这些国家通常都对不当解雇的最高赔偿额进行限制。这种限制是合理的,除了实际损失难以计算之外,对雇主责任进行限制的合理性还基于以下理由。首先,有助于减轻雇主的负担。当雇员被不当解雇之后,如果其难以寻找到其他工作,这时其实际损失可能是非常巨大的,如果完全由雇主承担,雇主可能面临很大的负担。特别是对于一些小企业,如果面临如上文美国家庭案例中雇主的巨额赔偿,雇主可能陷入破产边缘,这不仅对雇主不利,也不利于其他雇员继续在雇主处进行工作。而且,通常雇主已经为雇员购买了失业保险,雇员在失业时也可以获得失业保险收入,雇主的责任也应当得到减轻,雇员的全部损失不应由雇主承担。第二,对雇主责任的限制有利于控制风险,促进雇主积极雇用更多的雇员。尽管雇主解雇雇员通常具有正当理由,但在诉讼中,雇主的理由并不一定被裁判机构所接受,其败诉的风险始终存在。如果不当解雇的成本非常高,雇主在雇用人员时就会更加谨慎,反而不利于促进就业。例如,我国《劳动合同法》颁布以后,也有一些企业担心企业裁员成本大,在用工上更加谨慎。因此,对雇主不当解雇的责任进行适当的限制,控制雇主解雇雇员的风险也有利于促进就业。第三,对雇主责任的限制也有利于雇员积极寻找工作。如果雇员在被解雇后可以获得在不定期合同剩余期间的工资和其他福利损失的赔偿,

雇员将得到高额的赔偿,此时雇员将缺乏动力积极寻找工作,也不利于促进就业,不利于人尽其用。概言之,雇主不当解雇责任的范围应考虑其对雇主的影响、对雇员就业和行为的影响,避免过重的责任对雇主以及就业市场造成负面影响。

五、如何确立我国雇主不当解雇责任的规则

从上文分析可以看出,准确计算雇员在不当解雇时的实际损失是相当困难的,而且雇员的实际损失由于雇员被解雇后的诸多不确定因素,实际上也是无法确定的。因此,一些国家例如英国、德国和法国一般根据雇员的工作年限和工资设定一个计算标准给予员工赔偿,并且设立了赔偿最高额的限制,这应该是一种比较现实而可行的办法。如果没有一个一般的计算标准,由于雇员被不当解雇需要考虑的因素非常复杂,法官或其他裁判者就会缺乏统一的标准,这对法官和裁判者将是一个巨大的挑战,也无法保证执法的统一。特别是我国实行“先裁后审”制度,劳动案件必须经过仲裁才进入法院的诉讼程序。而目前,我国许多仲裁员并没有受到专业的法律训练,如果没有一个一般的赔偿标准,仲裁的质量就难以保证,这是我国必须考虑的一个重要现实。例如,根据调研,在我国南方某省,根据该省劳动行政部门提供的2006年数据,该省专职仲裁员中,大学本科以上的仅占28%,法律专业毕业的仅占15%。因此,我国在确立雇主不当解雇的赔偿责任时,需要一个具有可操作性的赔偿标准。同时该标准又不能过于机械,不能违背不当解雇责任的原理。

比较英国、德国和法国的经验,笔者认为,英国的经验既具有操作性同时又体现了灵活性。根据英国的经验,其赔偿金由三部分构成:基本赔偿金、补偿性赔偿金以及额外赔偿金。基本赔偿金在于补偿雇员工作的丧失,依据雇员的年龄和工作年限确定。补偿性赔偿金在于补偿雇员被解雇后遭受的损失,补偿性赔偿金一般不超过50,000英镑。如果雇主存在主观恶意,法庭可以要求支付额外的赔偿金。英国的规定比较全面合理,既便于操作,同时又体现了灵活性,充分考虑雇员的各种损失以及雇

例如,中国社会科学院人口与劳动经济研究所课题组对沿海地区企业进行了访谈,不少企业担心解雇难度和成本加大,表示在雇用劳动力上会更加谨慎。参见蔡昉主编:《中国人口与劳动问题报告 NO. 10》,社会科学文献出版社2009年版,第82-103页。尽管调研只是针对个别企业展开,而且企业也存在对法律理解不够透彻的问题,不过,这种情形也反映了部分企业对解雇难的担忧。

主解雇的情节和过错的程度, 具有相当的可采性。

比较国外的经验, 特别是借鉴英国的制度和理念以及考虑与我国相关制度的衔接, 在我国, 雇主不当解雇的赔偿责任可由两部分构成, 即经济补偿金和额外赔偿金。经济补偿金的计算标准按我国现行的标准, 即工作满 1 年按 1 个月的工资支付。这一部分主要是对雇员丧失其工作的补偿, 和我国经济补偿制度是相吻合的。额外赔偿金则主要考虑雇员未来的工资和福利损失、寻找其他工作将支付的成本, 并对雇主进行一定的制裁; 同时法律还应该设定一个最高赔偿额。这样的制度安排既有可操作性, 也赋予仲裁员和法官一定的自由裁量权, 允许仲裁员或法官针对个案做出具体处理。在确定赔偿金额时, 应考虑雇员的工资收入、工龄、津贴以及其他无形的福利; 雇员退休之前的剩余工作年限; 雇员的年龄以及找到类似工作的可能性; 雇员寻找其他工作的费用; 雇员在失业期间可能获得的福利; 雇主过错的程度以及是否违反公共政策; 雇员是否存在过错; 企业的规模和承受能力。关于责任的最高额限制, 根据上文的分析数据, 德国为 18 个月工资, 法国的赔偿额一般为 6 个月的工资, 英国补偿性赔偿的最高限额一般为 50, 000 英镑, 不过实际的赔偿额并不高。借鉴英国、德国和法国的作法, 考虑我国不当解雇的现象较为严重, 例如, 根据北京市工会系统 2008 年 6 月的一份调研, 在接受调研的 114 位民营企业职工中, 相当一部分职业反映企业存在强迫加班、交押金、任意辞退员工和拖欠工资等行为, 其中 14% 认为企业强迫加班, 28.9% 认为企业任意辞退员工,^{[8][19]} 企业任意辞退员工的现象在我国较为突出, 因此, 我国不当解雇雇主赔偿的最高额不宜过低, 以有效减少企业的不当解雇现

象。同时, 最高赔偿限额也不宜过高。因此, 借鉴英、德、法的经验, 在我国, 不当解雇赔偿的最高限额可定为职工 2 年的工资, 而且, 对工资的计算标准也可以参考目前经济补偿金的限制, 即劳动者月工资高于用人单位所在直辖市、设区的市级人民政府公布的本地区上年度职工月平均工资 3 倍的, 工资的标准按职工月平均工资 3 倍计算, 以防止由于雇员的高额薪酬雇主必须支付的高额赔偿金。

总之, 由于劳动关系的复杂性以及雇员被解雇后存在的诸多难以量化的因素, 难以准确计算雇员的真实损失, 且各国对雇主解雇的正当事由的要求并不完全相同, 解雇保护法本身也体现了一定的政策色彩。相应的, 雇主的赔偿责任也体现了一国劳工保护的政策, 难以寻求统一的标准, 宜根据合同解除的基本原理, 劳动力市场的状况、劳工保护状况、裁判机构的能力等因素, 制定出既符合解雇保护法的原理, 又能体现本国的劳工政策和劳动力市场的要求, 具有操作性和灵活性的不当解雇赔偿责任规则。

笔者在调研中还发现, 许多劳动仲裁机构的工作人员是从其他单位充实到仲裁岗位的, 没有接受过系统、专业的劳动法律培训。

由于雇员的实际损失难以计算, 不当解雇责任也包含对雇主的制裁, 因此, 雇主的规模以及其承受能力也是雇主责任应考虑的因素之一。例如, 在美国的反就业歧视诉讼中, 根据《民权法案》第七章, 用于补偿单个原告未来的金钱损失和精神损害的惩罚性损害赔偿和补偿性损害赔偿的总额受到限制。按照雇主的规模, 适用以下标准: 1. 雇员人数在 15 - 100 之间的, 赔偿金额不超过 50, 000 美元; 2. 雇员人数在 101 - 200 之间的, 赔偿金额不超过 100, 000 美元; 3. 雇员人数在 201 - 500 之间的, 赔偿金额不超过 200, 000 美元; 4. 雇员人数超过 500 的, 赔偿金额不超过 300, 000 美元。See Harold S. Lewis, Jr. and Elizabeth J. Norman, *Employment Discrimination Law and Practice*, West Group, 2001, pp. 519 - 520.

参 考 文 献

- [1] Deborah J. Lockton, *Employment Law* (5th Edition), Palgrave Macmillan, 2006.
- [2] Stefan Lingemann, Robert von Steinau - Steinruck and Anja Mengel, *Employment and Labor law in Germany*, Verlag C. H. Beck, 2003.
- [3] Simon Deakin & Gillian S. Morris, *Labor Law* (4th Edition), Hart Publishing: Oxford and Portland, Oregon, 2005.
- [4] [德] W. 杜茨. 劳动法 [M] 张国文, 译. 北京: 法律出版社, 2005.
- [5] Blainpain, Bison - Rapp, Corbett, Josephs, and Zimmer, *The Global Workplace: International and Comparative Employment Law - Cases and Materials*, Cambridge University Press, 2007.
- [6] Takashi Araki, *Labor and Employment Law in Japan*, the Japan Institute of Labor, 2002.
- [7] Mark A. Rothstein, Charles B. Craver, Elinor P. Schroeder, Elaine W. Shoben, *Employment Law*, West, 2005.
- [8] 戴建中. 北京社会发展报告 (2008 - 2009) [M] 北京: 社会科学文献出版社, 2009.

(本文责任编辑 涂永前)