

劳动法上经济补偿的适用范围及其性质

谢增毅*

内容提要 经济补偿作为一项制度与失业保险、解雇保护立法、工会和集体谈判等相关制度密切相关,并没有统一的模式,也不应孤立地考察经济补偿制度。经济补偿的基本目的在于补偿雇员由于遭雇主解雇而丧失的工作上的财产利益,但经济补偿在不同的适用场合,其性质和功能并不相同。因此,在方法上,不必对经济补偿的性质和功能寻求统一的答案。我国《劳动合同法》扩大经济补偿的适用范围,在现阶段具有合理性和必要性。从长远看,我国应该适当缩小经济补偿的适用范围,增强这一制度的科学性和合理性。

关键词 经济补偿 劳动合同解除 解雇 解雇保护

劳动法上的经济补偿,国际劳工组织的公约称之为“离职补贴”(severance allowance),我国台湾地区称之为“资遣费”,英国称之为“遣散费”(redundancy pay),是劳动合同解除和终止制度的重要内容,其性质和功能也一直是学者争论的热点问题,迄今仍存在诸多争论,实践中,涉及经济补偿的案件也占有较大比例^①。

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,当雇主解雇雇员时,被解雇的工人有权得到离职补贴(severance allowance)或其他单独的离职福利,其数额应根据工作年限和工资水平而定,并由雇主或由雇主缴纳费用的基金直接支付。因工人行为严重不端而遭解雇时,雇主可不支付离职津贴或福利。^②由于国际劳工组织的公约法律约束力不强,而且公约规定了很多灵活措施,加上各国劳动法的体系和制度差别甚大,经济补偿的适用范围在不同国家和地区差异明显。相应的,对经济补偿性质的认识也颇为困难。

目前,我国学者对经济补偿的考察主要从国内制度的规定出发,对相关国际公约以及其他国家和地区经济补偿制度的考察并不多,这将影响对经济补偿性质和功能的全面和客观评价。本文主要从比较法角度考察主要国家和地区经济补偿的适用范围,在此基础上探讨经济补偿的性质和功能以及研究方法,并分析指出我国经济补偿制度的利弊。

一、主要国家和地区经济补偿的立法规定^③

(一) 英国的经济补偿制度

在英国,劳动合同解除成为现代劳动法的核心问题。^④许多劳动纠纷都与劳动合同的解除有关。有关劳动合同的解除或终止的规则既有普通法的规则,也有成文法的规定。普通法奉行合同的基本

* 中国社会科学院法学研究所副研究员,法学博士。

① 据北京市人力资源和社会保障局统计,2010年上半年,北京市劳动仲裁机构受理的案件中因经济补偿和赔偿金发生争议的案件6538件,约占案件总数22%。参见北京市人力资源和社会保障局调解仲裁处《2010年上半年调解仲裁工作形势分析》,载《劳动与社会保障》2010年第3期。

② Convention Concerning Termination of Employment at the Initiative of the Employer (Termination of Employment Convention, 1982), Article 12 (1) (3)。

③ 由于经济补偿通常适用于雇主具备正当事由而解雇雇员的场合,因此,本部分在介绍和分析经济补偿制度时将同时介绍和分析该国或地区的解雇制度,阐述雇主解雇雇员的正当事由。

④ Simon Deakin & Gillian S Morris, Labor Law (Fourth Edition), Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2005, p. 385.

© 1994-2011 China Academic Journal Electronic Publishing House. All rights reserved. <http://www.cnki.net>

原则,将雇主和雇员视为平等主体,除了预告制度外,并没有对雇员提供过多保护,雇主无需正当理由即可解雇雇员。为了实现“就业安全”(employment security)的目标,加强对雇员的保护,英国开始制定成文法,以填补普通法的不足。成文法要求雇主在解雇雇员时必须具备正当事由。根据1996年《劳动权利法(Employment Rights Act)》,法定的解雇正当事由包括:(1)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,指与工作相关的学位、学历或其他学术、技术或专业资格。(2)行为。根据判例,如果雇员存在不当行为,例如严重的旷工或迟到、不忠诚、拒绝遵守雇主合法和合理的指示、不诚实、暴力或其他斗殴行为,雇主可以解雇雇员。(3)裁员(redundancy)。雇主也可以经济原因而将“裁员”作为解雇的正当事由。(4)法律的限制。例如,某一雇员的唯一或主要职责是驾驶汽车,如果其不再具有驾驶汽车的法定资格,雇主可以正当地解雇他。(5)其他实质性的原因,包括“商业需要”以及“第三方的压力”。^⑤

在以上的雇主解雇行为中,如果以经济原因实施裁员,雇主负有支付遣散费的义务。裁员包括三种情形:雇主停止营业、雇主营业地点发生变化、雇主减少工作岗位。^⑥雇员主张遣散费的前提是已经连续工作满两年。遣散费的金额依据雇员工作时的年龄和工作年限确定。雇员在年龄不足22岁的工作期间,每工作1年获得半周的工资;在22岁和41岁的期间,每工作1年获得1周的工资;在年龄超过41岁的期间,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。^⑦在裁员情形下,如果雇员存在不当行为,雇员就无法主张遣散费。^⑧

可见,在英国,经济补偿只适用于经济性裁员的情形,而且经济补偿的数额并不高,雇主因其他原因解雇雇员时并不需要支付经济补偿。

(二)德国的经济补偿制度

劳动合同的解除和终止在德国是一个非常复杂的问题,有关劳动关系解除和终止的规范主要体现在《民法典》及1969年《不公正解雇保护法(Protection Against Unfair Dismissal Act)》。根据《不公正解雇保护法》,雇主解雇雇员只能基于法定的合法理由。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。雇主解雇雇员如果不具备上述理由,解雇将具有“社会不当性”,从而无效的。^⑨因此,合法的解雇包括与人身相关的解雇、与行为相关的解雇以及与经营原因有关的解雇。(1)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。但根据法院的判例,对患病雇员的解雇通常只能是最后的办法。如果雇主规模足够大,而且有其他替代的办法解决雇员由于疾病而暂时缺勤的问题,法院通常不会支持雇主解雇有长期疾病的雇员。^⑩(2)与行为有关的解雇主要指雇员的行为违反合同义务而被雇主解雇的情形。^⑪(3)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,雇主留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。如果雇员可以被派到雇主其他空缺的岗位,雇主有义务留用那些可能被裁员的人员到空缺岗位,而且雇主有义务为其提供合理的教育和培训机会。^⑫可

⑤ Employment Rights Act 98. See also, Deborah J Lockton, *Employment Law*, 5th Edition, Palgrave Macmillan 2006, pp. 292 - 308.

⑥ Deborah J Lockton, *Employment Law*, 5th Edition, Palgrave Macmillan 2006, p. 355.

⑦ 前引⑥,第348、365页。

⑧ Employment Rights Act 140(1)。

⑨ Protection Against Unfair Dismissal Act (2001), § 1.

⑩ Blanpain, Bison - Rapp, Corbett, Josephs, and Zimmer, *The Global Workplace: International and Comparative Employment Law - Cases and Materials*, Cambridge University Press, 2007, p. 400.

⑪ Stefan Lingemann, Robert von Steinau - Steinruck and Anja Mengel, *Employment and Labor Law in Germany*, Verlag C. H. Beck, 2003, p. 28.

⑫ 前引⑩,第31页。

见,在德国,法律对正当事由的要求较为严苛。

如果雇员对雇主解雇的决定不服,雇员可以向劳动法院提起诉讼,由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。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,可以获得半个月的工资,但对于一般雇员,离职赔偿金为不超过12月的工资。^⑬

可见,在德国,法律对解雇中的正当事由要求很高,但如果法院认可雇主的解雇事由,雇主无需向雇员支付经济补偿,即使在经济性裁员中,雇主也无需支付经济补偿。雇主仅在解雇的正当事由不成立时,通过支付离职赔偿金的方式终止劳动关系。

(三) 法国的经济补偿制度

在法国,劳动法典承认雇主享有解雇雇员的权力,但雇主解雇雇员必须具备正当事由,即存在“真实而严肃的理由”。雇主解雇雇员时需承担举证责任,证明其解雇具备正当理由。解雇的正当事由包括两类:个人原因(personal reasons)和经济原因(economic reasons)。法国劳动法典并没有明确“个人原因”的具体情形,根据判例,以下事由是判例最可接受的个人原因:(1)职业上的不胜任;(2)结果未达标,包括没有完成指标或销售任务;(3)职业上的不当行为,例如没有遵守公司规章、为了个人的目的使用公司的车辆、休假超过允许的假期,等等;(4)对雇员失去信心;(5)性骚扰。除了实质性的理由,法国法律还规定了严格的解雇程序。^⑭雇主也可以基于“经济原因”解雇雇员。根据劳动法典,经济原因指由于公司的重组影响雇员的岗位或者由于经济困难或技术变化导致对劳动合同的实质改变而与雇员行为无关的原因。^⑮

当雇员已工作满一年,如果该雇员由于个人原因但不包括严重疏忽或故意的不当行为,或者由于经济原因遭解雇时,雇员有权获得补偿。补偿金额根据雇员的工作年限或者根据劳动合同或集体协议的约定确定。法律只规定了补偿金的最低金额,每工作一年可以获得月工资十分之一的补偿金。按照法定的标准,有十年工龄的雇员被合法解雇后,才可以得到一个月工资数额的解雇补偿金。^⑯因此,解雇补偿金的标准是很低的。可以看出,法国经济补偿的适用范围较宽,雇员由于个人原因和经济原因遭解雇时都可以获得经济补偿,但补偿的标准很低。

(四) 美国的经济补偿制度

“雇佣自由”(employment at will)原则一直是美国劳动法奉行的基本原则。根据该原则,除非合同中约定了固定期限,雇主可以以任何理由或无需理由而解雇雇员。该原则自1877年确立以来到19世纪末期一直是美国劳动法不可动摇的核心原则。该原则在20世纪上半世纪几乎未受到任何挑战,但有两项因素对该原则造成了一定的限制。一是1935年《国家劳动关系法》赋予雇员组织、参加工会和集体谈判的权利,使得许多集体谈判协议要求雇主除非具有“正当事由”不得解雇雇员;二是州和地方政府的雇员受到法律的特别保护,不受任意解雇。^⑰因此,自由雇佣作为一项基本原则,开始受到一些例外规则的限制。尽管从上世纪30年代以来,雇佣自由原则受到限制,但雇佣自由作为一项基本原则并没有被撼动,有关的例外适用仍然十分严格,雇佣自由仍是美国劳动法的一项核心原则。这是美国劳动法与许多国家特别是欧洲国家显著不同之处。由于美国贯彻解雇自由原则,雇主解雇雇员时并不需要支付经济补偿。

与上述原则有关,在美国,与许多国家不同,经济性裁员并没有得到法律的充分关注。《国家劳动关

^⑬ 前引⑩,第401页。

^⑭ 前引⑩,第437-439页。

^⑮ 前引⑩,第441-442页。

^⑯ 郑爱青《法国劳动合同法概要》,光明日报出版社2010年版,第165页。

^⑰ Mark A. Rothstein, Charles B. Craver, Elinor P. Schroeder, Elaine W. Shoben, Employment Law, West, 2005, pp. 746-747.

系法)》要求雇主必须与代表雇员的工会就关闭工厂的影响进行谈判,《工人调整与再培训预告法》(Worker Adjustment and Retraining Notification Act, WARN Act)》要求雇主在大量解雇雇员或关闭工厂时必须报告地方政府。但美国法并不要求雇主在大量裁员或关闭工厂时向雇员支付补偿。^⑮ 这一点与英国明显不同。

总之,由于美国贯彻解雇自由原则,雇主可以在不具有正当理由时解雇雇员,美国成文法和判例中并不要求雇主在解雇雇员时向其支付经济补偿。

(五) 日本的经济补偿制度

日本在成文法中并没有对解雇的具体事由做出规定。《劳动基准法》第18条之二规定,“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。”^⑯2007年日本通过《劳动合同法》,该法第16条做了同样的规定,^⑰但也没有对解雇的具体事由做出规定。《劳动基准法》仅仅规定了在员工的某些特殊时期雇主不得解雇以及解雇的预告程序。^⑱

长期以来,日本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。因为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,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。^⑲ 上世纪70年代,由于石油危机导致经济衰退,日本企业面临裁员的问题。由于长期劳动合同的观念根深蒂固,日本公司在裁员上比较慎重,法院对裁员的要求也非常苛刻。进入21世纪以来,由于条件过于苛刻,且成文法并没有严格的规定,一些法院对解雇的条件有所缓和,减轻了经济性裁员的条件。^⑳

值得注意的是,尽管成文法和判例对解雇以及经济性裁员有所规定,但日本在成文法中并没有经济补偿的规定,这一点与德国的成文法是相似的。

(六) 我国台湾地区经济补偿制度

我国台湾地区在立法中明确规定了解雇的正当事由和程序。除了雇员从事不当行为之外,雇主还可以因下列不可归责于雇员的原因解雇雇员:(1)歇业或转让时;(2)亏损或业务紧缩时;(3)不可抗力暂停工作在一个月以上时;(4)业务性质变更,有减少劳工之必要,又无适当工作可供安置时;(5)劳工对于所担任之工作确不能胜任时。^㉑ 这些事由可以概括为雇主的经济原因、不可抗力以及雇员不能胜任工作。在具备以上正当事由时,雇主有义务向雇员支付资遣费。立法规定雇主按照以下标准向雇员支付资遣费:在同一雇主之事业单位继续工作,每满一年发给相当于一个月平均工资之资遣费。未满一个月者以一个月计。^㉒ 值得注意的是,如果雇主存在过错,导致雇员被迫离职的,雇员可以即时解除合

^⑮ 前引⑩,第110页。

^⑯ 日本《劳动基准法(Labor Standards Law)》(2004年修订,2005年生效,英文版)第18条之二。

^⑰ 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。

^⑱ 前引⑱,第19、20条。

^⑲ Takashi Araki, Labor and Employment Law in Japan, the Japan Institute of Labor, 2002, pp. 23-24.

^⑳ 前引⑲,第25-26页。

^㉑ 前引⑱,第11条。

^㉒ 前引⑱,第17条。

同,并可按照以上标准要求雇主支付资遣费。²⁶当然,在雇主存在不当行为而导致雇员辞职时,除了资遣费之外,并不排除劳工另有损害时,主张赔偿请求权。²⁷可见,我国台湾地区经济补偿的适用范围较宽,有明确的经济补偿金额计算标准,而且标准较高。

(七) 我国的经济补偿制度

我国《劳动合同法》规定了雇主解雇雇员的正当理由。根据《劳动合同法》第39条至41条的规定,雇主解雇雇员的正当事由主要包括:(1) 雇员存在不当行为;(2) 雇员患病或非因工负伤;(3) 雇员不能胜任工作;(4) 客观情况发生重大变化导致合同无法履行;(5) 经济性裁员。可见,我国关于解雇正当事由的规定和德国、法国等大陆法系国家的规定是基本一致的。同时,根据《劳动合同法》第46条的规定,用人单位必须向劳动者支付经济补偿的情形包括:(1) 用人单位存在违法行为,劳动者解除劳动合同的;(2) 用人单位提议解除劳动合同,双方达成协议的;(3) 由于雇员本身的健康原因或能力原因雇主解除劳动合同的;(4) 由于客观原因导致合同无法履行的;(5) 由于雇主的经营原因进行经济性裁员的;(6) 固定期限劳动合同期满而终止的;(7) 用人单位被依法宣告破产或被吊销营业执照、责令关闭、撤销或者用人单位决定提前解散的。相比《劳动法》,第(1)(6)(7)项属于新增的经济补偿适用情形。而且,根据《劳动合同法》第47条的规定,经济补偿按劳动者在本单位工作的年限,每满一年支付一个月工资的标准向劳动者支付。可见,我国经济补偿的适用范围非常宽泛,而且经济补偿的标准也很高。

(八) 小结

从以上国家和地区的制度和判例看,经济补偿制度的差异明显。法国除了雇员具有明显过错外,由于个人原因和经济原因遭到解雇的雇员都可以获得经济补偿,但补偿标准很低。在我国台湾地区,雇员因个人原因和经济原因遭解雇以及被迫离职时均可以获得经济补偿,且补偿标准较高。英国仅规定雇员在经济性裁员中可以获得经济补偿。德国虽然解雇的正当事由非常严格,但如果解雇的事由成立,不管是由于个人原因的解雇还是经济性裁员,雇主均无需支付经济补偿。而在日本和美国,在成文法中,法律也没有规定经济补偿。除了适用情形不同之外,经济补偿的数额也差别甚大。关于我国经济补偿制度评析将在下文中展开。

二、不同国家和地区经济补偿制度差异的原因

以上分析表明,尽管国际劳工组织制定了相关公约和建议书,但各国经济补偿制度的差异很大,而且似乎不与一国的劳工保护程度成正比,例如德国和日本都不存在经济补偿制度。这种制度差异的原因令人深思。笔者认为,制度的差异主要源于以下原因。

第一,经济补偿和其他制度的替代关系。尽管各国对经济补偿的性质认识不一,但经济补偿的一个重要功能在于为暂时失业者提供补偿或救助,使其在失去工作时获得保障,这应是各国的一个基本共识。因此,失业救济或其他社会福利可以代替经济补偿而起到相同或类似的作用。最典型的表现是,国际劳动组织1982年《雇主提出终止雇用公约》(第158号公约)规定,当雇主解雇雇员时,被解雇的工人有权获得:(1) 离职补贴(severance allowance)或其他单独的离职福利(separation benefits);或者(2) 失业保险或救助的福利或者其他形式的社会保障;或者(3) 同时获得此类补贴和福利。²⁸可以看出,在劳动合同解除或终止,也即员工失业时,员工的离职补贴(即雇主提供的经济补偿)和其他社会保险或社会

²⁶ 例如,雇主在订立劳动合同时进行虚伪之意思表示,使劳工误信而有受损害之虞的;雇主对劳工实施暴力或重大侮辱行为的;劳动合同所订的工作对劳工健康有危害之虞,经通知雇主改善而无效果的;雇主或其他劳工患有恶性传染病有传染之虞的;雇主不依照劳动合同给付工作报酬或给付劳动报酬不足的;雇主违反劳动合同或劳工法令致有损害劳动权益之虞的。参见我国台湾地区“劳动基准法”(2008年修正)第14条。

²⁷ 黄越钦《劳动法新论(修订三版)》,翰芦图书出版有限公司2006年版,第208页。

²⁸ 前引²,第12条。

救助项目(典型者为失业保险)为失业提供的福利是可以相互替代的。因此,即便一国的法律没有规定雇主必须向雇员支付经济补偿,雇员也可以从社会保险或社会救助项目获得一定的补偿。另一方面,从失业保险制度的相关公约亦可看出经济补偿和失业保险的替代功能。《促进就业和失业保护公约》(第168号公约,1991年生效)规定,当受保护人根据立法或集体合同领取离职金(severance pay)时,每一成员可在下列情况中作出选择:(a)当事人可享受的失业津贴(unemployment benefit)可在一定时期内停发;或(b)离职金可以减少。²⁹可见,当经济补偿和失业保险并存时,失业保险可以停发或者离职金可以减少,足见二者的替代作用。因此,在没有规定经济补偿的国家或地区,可以用失业保险或其他社会保障项目替代经济补偿,起到相同或类似的作用。

第二,集体合同和程序保障。各国经济补偿制度的差异,还与集体协商以及法律提供的程序保障有关。在解雇特别是大规模裁员中,许多国家的法律都规定了严格的协商程序或其他程序,这为雇员和雇主的谈判提供了良好的程序保障,雇员和雇主可以就离职补偿进行充分谈判和协商,这可以弥补成文法规定的不足。例如,上文提到的《促进就业和失业保护公约》就提到离职金可以“根据立法或集体合同”获得。上文也提到,在法国,法律只规定解雇补偿金的最低数额,集体合同和劳动合同都可以约定更高的标准。可见,在经济补偿的数额上,集体合同和立法规定同样重要。此外,一些国家法律规定的解雇程序也为雇员提供了一定的保护,亦可以弥补成文法对经济补偿规定的不足。例如在法国,在经济性裁员中,如果裁员的人数超过一人,雇主必须同雇员代表进行协商,雇主必须告知雇员代表有关解雇的信息并且给雇员代表表达对解雇看法的机会。法国2002年和2005年还通过法律要求雇员人数达到一定数量的雇主在大规模裁员时必须与雇员代表达成“劳动保护计划”的协议,以减轻被解雇雇员的困难并避免将来的集体裁员。如果法院认为这些计划并不充分,可以取消这些计划和雇主的解雇行为。³⁰在英国,除了个人解雇中,雇主必须遵守法定程序,给予雇员陈述和申辩的机会外,在某些经济性裁员中,成文法还要求雇主有义务和工会或者雇员的代表进行协商。³¹美国《国家劳动关系法案》也要求雇主必须与代表雇员的工会就关闭工厂进行谈判。³²因此,如果集体谈判制度完善特别是工会力量强大,雇员代表或工会可以通过集体协商或其他程序与雇主就解雇的相关安排包括经济补偿达成一致,不必拘泥于法律的规定或者完全依赖成文法关于经济补偿的规定。换言之,通过谈判或协商,工会或雇员代表也可以要求雇主为雇员提供离职补偿或其他福利。

第三,经济补偿的适用范围还与解雇的难易程度有关。尽管雇主解雇雇员必须具备正当事由是一项基本原则,但各国正当事由的范围以及认定尺度也存在差异。例如,尽管德国并没有规定解雇时的经济补偿,但雇主解雇雇员的条件相当苛刻,雇员受到合法解雇的风险较小,自然对经济补偿的制度需求就相对较小。因为,成文法或法院对“正当事由”的要求相当严苛,雇主的行为容易被认定为非法解雇。在判断雇主是否可以解雇因疾病而经常缺席的雇员时,法院通常需要考虑三个因素。(1)雇主不仅必须证明雇员在解雇前经常因病缺席,而且必须证明其将来也会由于疾病继续以相同的程度缺席;而且,雇员所患的疾病通常必须是长期性的疾病。(2)雇员的缺勤对雇主的商业利益造成“严重损害”。这种损害表现为对雇主“商业经营的干扰”或者对雇主造成“严重的经济负担”。³³(3)要权衡雇主和雇员的利益。对患病雇员的解雇通常只能是最后的办法。³⁴在德国,对解雇的一般看法是:“解雇不具社会正当性,因而是非法的。”尽管雇主可以推翻这种假设,但这一规则为雇员提

²⁹ 《关于促进就业和失业保护的公约(Employment Promotion and Protection against Unemployment Convention)》(第168号公约,1991年生效)第22条。

³⁰ 前引⑩,第442-443页。

³¹ Deborah J Lockton, *Employment Law*, 5th Edition, Palgrave Macmillan 2006, pp. 366-369.

³² 前引⑩,第110页。

³³ 前引⑩,第29-30页。

³⁴ 前引⑩,第400页。

供了强有力的保护。^⑤ 雇主要合法解雇雇员是相当困难的。如果雇主的行为被认定为非法解雇,此时雇员获得的是非法解雇的赔偿而不是合法解雇的经济补偿。因此,由于雇主要合法解雇雇员相当困难,雇主合法解雇雇员时的经济补偿制度的重要性并不凸显。相反,雇主非法解雇雇员的赔偿责任制度更显重要。

第四,用工形式的多样性也导致了经济补偿制度的差异性。国际劳工公约允许成员对一些特殊用工形式在解雇上实行灵活安排。例如,《雇主提出终止雇用公约》(第158号公约)规定,该公约适用于所有部门的经济活动以及雇员,但成员可以排除下列雇员适用该公约的全部或者部分规定:(1)依据固定期限或特定任务的劳动合同而工作的工人;(2)在试用期或者取得资格的期限的工人;(3)从事短期的非正式工人。但公约要求成员应当对固定期限合同的工人提供充分的保护。^⑥ 因此,各国在解雇上对特殊的用工形式包括定期合同的工人自然会有特殊的安排。在经济补偿制度上,对定期和不定期合同也会有不同的安排,经济补偿制度的多样性也在所难免。

第五,经济补偿主要适用于雇主和雇员均无主观过错的场合,因此,在责任上具有灵活性。由于经济补偿主要适用于因雇员个人身体或工作能力等非主观原因、雇主经营原因或其他客观原因导致劳动合同难以继续履行而解除的情形,通常雇员和雇主并无主观过错,雇主缺乏可责难性,因此,雇主是否承担补偿性的责任以及责任的标准属立法政策范畴而存在差异,难有统一的制度和标准。

总之,经济补偿制度作为一项劳工政策与各国的社会政策和劳动法律传统有关,不能孤立考察经济补偿制度,应全面分析一国的解雇法特别是解雇保护法、相关的社会保险制度尤其是失业保险制度、工会的力量以及集体谈判的作用、用工形式的多样性等因素。如此,才能全面准确理解经济补偿的性质和功能,对一国的经济补偿制度做出客观的评价。

三、经济补偿的性质再探讨

(一) 我国学者关于经济补偿性质的观点和争论

关于经济补偿的性质,学者观点纷呈。典型者包括:林嘉教授等认为,经济补偿应视为是劳动法上特有的和独立的解约经济补偿形式,是对因用人单位解除合同而遭受损失的劳动者进行的补偿,是用人单位的一种特定补偿义务,其适用范围和补偿标准由各国根据对劳动者倾斜保护的程度而定。^⑦ 郑尚元教授认为,经济补偿乃离职补贴,无违法、违约问题,亦无社会保障功能问题。经济补偿的功能在于对提前离职劳动者提供补贴,带有离职时“雇主照顾义务”色彩,同时,带有一定伦理色彩。^⑧ 冯彦君教授认为,用人单位依法行使解除权实质上就是将经营风险的一部分转嫁成为劳动者的就业风险。经济补偿可以看作是用人单位对先前转嫁给劳动者经营风险的一种公平责任分摊。^⑨ 董保华教授认为,经济补偿是用人单位在劳动者被动解除合同这一最需要帮助的时候给予劳动者的资助,是国家分配给用人单位的法定义务,是用人单位帮助义务化或法定化。^⑩

上述观点都存在可取之处,但也有进一步探讨的必要。例如,第一种观点认为经济补偿的适用范围和补偿标准由各国根据对劳动者倾斜保护的程度而定,此种观点值得探讨。例如,德国和日本的劳工保护很发达,但德国和日本都不存在经济补偿制度,因此,经济补偿的适用范围和标准似乎并不与一国的

^⑤ 前引⑩,第401页。

^⑥ 前引②,第2(2)、(3)条。

^⑦ 林嘉、杨飞《劳动合同解除中的经济补偿金、违约金和赔偿金问题研究》,载林嘉主编《劳动法评论》,中国人民大学出版社2005年版,第18页。

^⑧ 郑尚元《劳动合同法制度与理念》,中国政法大学出版社2008年版,第307页。

^⑨ 冯彦君《劳动合同解除的“三金”适用与〈劳动法〉的修改》,载叶静漪等主编《社会正义的十年探索》,北京大学出版社2007年版,第203-204页。

^⑩ 董保华《劳动合同法中经济补偿金的定性及其制度建构》,载《河北法学》2008年第5期。

劳工保护程度直接成正比。第二种观点认为离职带有雇主照顾义务色彩,但雇主“照顾义务”的基础何在,需要进一步分析。第三种观点认为经济补偿是对雇主将经营风险转嫁为劳动者就业风险而对劳动者提供的补偿。但是,在解雇因雇员自身的原因而非雇主的经营原因而发生时,似乎并不存在雇主将经营风险转嫁给劳动者的问题。第四种观点认为经济补偿是在劳动者被动解除合同这一最需要帮助的时候给予劳动者的资助的论证似不够充分,劳动者被雇主解雇之时是否是其最需要帮助之时以及帮助义务的基础都尚需探讨。

由于各国经济补偿的适用范围和标准差异很大,要总结出经济补偿的一般性质和功能是相当困难的。

(二) 国际公约和境外学者的观点

总体上讲,由于在德国和日本等大陆法系国家并不存在法定的经济补偿制度,而英美国家更加注重制度的实用性,因此,境外探讨经济补偿性质的观点并不多见。从国际劳工组织公约的规定看,经济补偿或离职补偿的主要功能在于补偿雇员离职后的工资损失。这一点在《促进就业和失业保护的公约》(第168号公约,1991年生效)的规定中体现最为明显。该公约第22条规定,如果雇员收到“主要用于抵偿他在全失业的情况下造成的收入损失的离职补偿金”时,失业津贴可以停发。显然《公约》认为经济补偿的主要功能在于抵偿雇员在失业时的工资损失。如果从国际劳动组织1982年《雇主提出终止雇用公约》(第158号公约)关于当雇主解雇雇员时,被解雇的工人有权获得离职补贴,或者失业保险或救助的福利,或者同时获得离职补贴和失业保险或救助的福利的规定看,显然该公约认为离职补偿具有失业保险金的功能,而失业保险的基本功能在于补偿雇员失业后的工资损失,帮助失业者重新就业。从这点看,经济补偿(离职补偿)也具有一定的社会保障功能。

由于英国在成文法中规定了裁员时的遣散费,英国学者对遣散费的性质也给予了关注。英国学者 Deborah J Lockton 教授认为,从立法的规定看,遣散费的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,雇员仍可以获得遣散费。而且随着雇员工作时间的增加,雇员对工作的权益也增加,因此,遣散费随着年龄和工作时间的增加而增加。^①显然,Lockton 教授更认可资遣费的补偿功能而不是保障功能,即资遣费是对雇员丧失已有工作的补偿而不是对失业期间的一种保障。英国另外两名知名劳动法学者 Simon Deakin 教授和 Gillian Morris 教授则认为,遣散费的目的在于帮助雇员寻找到替代的工作。因此,如果雇员已到退休年龄就不能主张遣散费。^②将遣散费作为促进工人再就业的一种政策是非常新颖的,不过,这种观点仍然将遣散费作为一种失业的福利,只不过其更强调再就业的功能。可以看出,在英国,对经济性裁员的经济补偿性质的看法也存在较大差异,英国学者的观点主要基于英国法的规定。相比而言,前者的观点更为可取。

我国台湾地区学者黄越钦先生认为,资遣费乃是雇主保护照顾义务之效力所衍生的一种义务,其法律性质为对受解雇劳工之“离职补偿”,具有劳动契约之伦理功能。^③此种观点并没有具体指明资遣费的性质和功能。

以上观点都从不同侧面反映了经济补偿的性质和功能,但经济补偿是一项非常复杂的制度,需要从不同角度做全面和具体的分析,试图归纳出经济补偿的单一性质和功能是难以做到的。

(三) 经济补偿的性质与研究方法

综合国际劳工组织公约和一些主要国家和地区的规定以及学者的观点,本文认为经济补偿的性质具有综合性,应全面考察。

^① Deborah J Lockton, *Employment Law*, 5th Edition, Palgrave Macmillan 2006, p. 354.

^② 前引④,第539-540页。

^③ 黄越钦《劳动法新论(修订三版)》,台湾翰芦图书出版有限公司2006年版,第208页。

第一 经济补偿的基本目的在于补偿雇员由于遭雇主解雇而丧失的工作上的财产利益。就业从法律角度而言,意味着雇员可以获得工资以及其他社会福利等财产收入,这是就业的基本价值。当雇员由于雇主经营的原因或者不可归责于自己的原因而被解雇时,此时由于法律认可雇主的解雇行为,雇员无法获得合同法本身的救济,但却丧失了工作上的利益。这种利益不仅包括工资和福利,还包括雇员在工作期间所积累的技能以及社会评价,因此,应由雇主补偿雇员由于被解雇而遭受的工作上的利益损失。这种损失与雇主本来的工资收入和工作时间联系最为密切,自然的,经济补偿应与雇员本来的工资收入和工作时间挂钩。经济补偿的这一基本功能是得到相关国际公约认可的。

第二 经济补偿具有一定的保障功能。经济补偿的重要目的还在于补偿雇员在失业期间的收入损失,帮助雇员重新就业。国际劳工组织公约规定经济补偿和失业保险等社会保险或社会保障项目可以相互替代就是例证。我国立法者也赞同经济补偿的社会保障功能,认为“经济补偿是企业承担社会责任的主要方式之一,在我国失业保险制度建立健全过程中,经济补偿可以有效缓解失业者的焦虑情绪和生活实际困难,维护社会稳定,形成社会互助的良好氛围。”^④虽然一些雇员被解雇后可能获得失业保险金,但许多雇员无法获得失业保险金或者失业保险金的标准较低,因此,经济补偿在一定程度上可以为被解雇者在失业期间提供一定的保障。

第三 经济补偿具有一定的解雇保护作用,有利于引导和限制雇主的解雇行为。由于雇主解雇雇员必须支付经济补偿,客观上增加了其解雇的成本,因此,即便雇主的解雇行为合法,为了避免解雇的成本,雇主可能会寻求其他替代的措施。因此,经济补偿制度客观上也有利于稳定雇主和雇员的关系,减少解雇和失业。

第四 经济补偿的性质和功能在不同的适用场合并不相同。例如,在不定期合同解雇中,由于雇主的解雇行为超出雇员的预期,经济补偿具有更明显的补偿损失功能;在定期合同终止场合中,由于合同的到期符合双方的预期,经济补偿具有更明显的失业保障功能。在雇员被迫离职场合,由于雇主存在过错,经济补偿具有一定的制裁功能,而且只是作为雇主应该承担的赔偿责任的一部分。因雇员个人的原因导致解雇的经济补偿和因雇主经营原因导致解雇的经济补偿的性质和功能也有所不同。因此,在分析经济补偿的性质和功能时应着眼于其适用的具体情形,要归纳出经济补偿在不同情形下统一的性质和功能是难以做到的。

总之,经济补偿的性质和功能具有开放性。各国制度差异明显,而且各国可能因各自国情之差异和特殊需要而规定不同的经济补偿制度,并赋予其不同的功能。例如,我国《劳动合同法》规定劳动合同期满,满足一定条件的,用人单位应依法支付经济补偿,^⑤这一规定有利于解决劳动合同短期化的问题,可以起到遏制劳动合同短期化的趋势。^⑥可见,经济补偿的性质和功能在不同国家、不同适用场合有所不同。因此,对经济补偿的性质和功能寻求一个统一的答案不但是不可能的,也是不科学的,这也是在研究经济补偿性质的方法上应当加以注意的。

四、我国经济补偿制度适用范围评析

相比一些国家和地区,我国经济补偿的适用范围最为宽泛,除了劳动者主动离职以及劳动者存在过错的情形外,用人单位在合同解除或终止时均需支付经济补偿,而且经济补偿的标准也最高。这种制度安排是否合理?根据上文分析,经济补偿制度是一项政策性很强的制度,尽管我国经济补偿的适用范围较为宽泛,本文认为,目前我国经济补偿适用范围较宽与我国劳动保护的现状以及相关制度有关,这种制度安排仍有其必要性和合理性。主要理由如下:

^④ 前引④,第174页。

^⑤ 《劳动合同法》第46条(五)。

^⑥ 前引④,第174-175页。

第一,尽管我国目前已经建立了失业保险制度,但失业保险制度尚不发达。例如,截至2009年年末,全国就业人员77995万人,全国农民工总量为22978万人。但截至该年年末全国参加失业保险人数为12715万人。^{④7}可见,我国失业保险的覆盖面还很小。而且按照1999年《失业保险条例》,失业保险金的标准,按照低于当地最低工资标准、高于城市居民最低生活保障标准的水平,由省、自治区、直辖市人民政府确定。^{④8}由于失业保险金的标准低于最低工资标准,失业保险金的标准在很长时间内相当低。例如,北京市2009年度失业保险金的标准为562-671元/月,2010年度的标准为632-741元/月,^{④9}失业保险金的标准是很低的。在失业保险制度不健全的情况,经济补偿可以在一定程度上使失业人员获得保障。

第二,经济补偿具有一定的解雇保护作用,有利于引导企业和劳动者建立稳定的劳动关系。这也是《劳动合同法》增加经济补偿适用范围的初衷之一。我国立法者也认为,经济补偿是国家调节劳动关系的一种经济手段,可以引导用人单位长期使用劳动者,谨慎行使解除权利和终止权利。用人单位为了减少成本,避免支付经济补偿,就不会随意解除劳动合同,从而达到稳定劳动关系的目的。^{⑤0}特别是在固定期限合同中,由于终止也必须支付经济补偿,有利于鼓励企业签订长期合同,减少短期合同。

第三,我国侵犯劳动者合法权益的现象比较严重,特别是随意解雇的现象大量存在,经济补偿的适用范围较宽,可以让劳动者离职后得到一定程度的补偿。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,相当一部分职工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。^{⑤1}经济补偿在一定程度上可以为劳动者提供一定的补偿。

第四,我国集体谈判制度和工会的作用没有充分发挥出来,劳动者或者工会在解雇中的维权能力较弱。首先,工会的组织建设和维权能力还比较薄弱。部分企业工会组建难问题依然存在。工会组建率和职工入会率都比较低,不足50%。农民工入会积极性不高。目前我国有农民工2亿多人,加入工会的不到三分之一。^{⑤2}其次,集体谈判、集体合同的作用还比较薄弱。例如,根据北京市总工会的调研,北京市在推进集体工作仍然存在一些问题:社会各界思想认识不到位,签订和履行集体合同存在阻力;合同内容过于原则教条,集体合同针对性和实效性不强;缺乏规范性集体协商,部分集体合同质量不高;基层工会普遍缺乏专业人才,推进集体合同工作后劲乏力。^{⑤3}通过成文法规定较为严格的经济补偿制度可以在一定程度上弥补劳动者和工会在集体谈判中的不足。

因此,鉴于目前我国相关制度不完善,经济补偿适用范围的放宽可以增加对劳动者的保护,减少其他制度不完善对劳动者的不利影响。当然,由于我国经济补偿的适用范围过于宽泛,使经济补偿制度承载了过多的功能,经济补偿的性质变得含混不清,也加重了雇主的负担。从长远看,待我国相关制度完善时,有必要借鉴国际劳工组织及其他国家和地区经济补偿的理念和制度,对我国的经济补偿制度做适当调整,使经济补偿更具合理性和科学性,特别是应与失业保险等制度衔接。

五、小结:基本观点与研究方法

劳动法上的经济补偿制度一直是备受学者争议的重要问题,对其研究应有科学的方法。经济补偿

^{④7} 人力资源和社会保障部《2009年度人力资源和社会保障事业发展统计公报》。

^{④8} 《失业保险条例》(1999年生效)第18条。

^{④9} 参见《北京市历年社会保障相关标准》,北京市人力资源和社会保障局网站,访问时间2011年6月26日。

^{⑤0} 前引^{④4},第174页。

^{⑤1} 戴建中《北京社会发展报告(2008-2009)》,社会科学文献出版社2009年版,第118-119页。

^{⑤2} 参见《全国人民代表大会常务委员会执法检查组关于检查〈中华人民共和国劳动合同法〉实施情况的报告——2008年12月25日在第十一届全国人民代表大会常务委员会第六次会议上》。

^{⑤3} 前引^{⑤1},第133-135页。

作为劳动合同解除和终止的一项制度与失业保险、劳动合同解除和终止特别是解雇保护、工会和集体谈判等相关制度密切相关,应该对其和相关制度进行整体考察,不应孤立考察经济补偿制度,就经济补偿论经济补偿。经济补偿的基本目的在于补偿雇员由于遭雇主解雇而丧失的工作上的财产利益,同时经济补偿的性质和功能具有多元性,经济补偿在不同的适用场合,其性质和功能也有所不同。不必也不应对经济补偿的性质和功能寻求统一或单一的答案。

我国《劳动合同法》扩大经济补偿的适用范围,在现阶段具有合理性和必要性。从长远看,我国应当适当缩小经济补偿的适用范围,纯化经济补偿的性质和功能,减轻雇主的负担,并建立经济补偿与失业保险等相关制度的衔接机制。

Abstract: As a system closely related with unemployment insurance, dismissal protection legislation, trade union, collective bargaining, and other relevant systems, economic compensation system has no uniform mode, and it should not be examined separately. The basic purpose of economic compensation is to compensate employees' pecuniary loss if they have been fired. However, it should be mentioned that economic compensation has different functions on different occasions. Consequently, it is not necessary to unify different properties and functions of the economic compensations. At this stage, it is necessary and reasonable to extend the scope of application of economic compensation in the Law on Employment Contracts in China. Nevertheless, in the long term, China should properly reduce the scope of application of economic compensation, and make the system to be more scientific and reasonable.

(责任编辑:王莉萍)