

域外解雇制度比较研究

张旺新

(华南理工大学法学院,广东广州 514000)

[摘要]本文以比较法的方法对德国、法国、美国及英国诸国的解雇法律制度做了有层次、有逻辑的考察,先厘清各法域在解雇理由、解雇程序、不当解雇的法律救济及补偿标准诸方面的主要差异,继而自然、妥帖地引出结论:不同国家由于劳动市场政策及社会保障理念不同,在解雇保护的强度上确实有明确区别。因此文中也由此顺理成章地给出对完善我国解雇制度的极佳启示。

[关键词]解雇制度;比较研究;不当解雇;法律救济;劳动法完善

[作者简介]张旺新,男,江西吉安人,MBA 社会导师,法学硕士,工商管理硕士,研究方向:劳动用工风险规避、人力资源管理、民商法。

[DOI] <https://doi.org/10.62662/llyj0202011>

[中图分类号] D922.5

[本刊网址] www.oacj.net

[投稿邮箱] llyj2025@163.com

引言

解雇制度作为劳动法最核心、最敏感的环节,必然直接关系劳动者的职业稳定及企业的用人自主权,因此也就不难理解,各国在解决劳动力市场弹性与安全性之间的矛盾时形成了各具特色、彼此分明的解雇保护模式。从德国严格法定到美国自由雇佣,不同法域在解雇理由、程序及救济标准上均有清晰而有逻辑性的差别。故而本文拟对德国、法国、美国及英国的解雇法律制度进行系统比较,厘清其背后所承载的法理逻辑及社会政策考量,由此自然、妥帖地引出我国在优化营商环境与保护劳动者权益之间求平衡的制度思路。

一、域外各国解雇制度比较

(一)美国:所谓解雇自由制,就是用人单位可以自由、优先解雇职工的制度

1. 劳动关系解雇的基本原则是解雇自由,因此宜从解雇自由的角度予以阐述

美国劳动关系体系中最突出、最有特色的原则无疑是“雇佣自由意志原则”(Employment-at-Will Doctrine),它也是美国解雇制度的基础:雇佣关系被恰如其分地视为一项自由契约,因此雇主原则上可以随时、凭任何理由或无理由解除雇佣关系,但必须注意不得违反明确的法定限制及公开的政策,雇员亦有权随时辞职。更重要的是,该原则源于美国长期奉行的自由主义传统及契约自由理念,实质上体现的是对市场自主调节机制极大程度的信任。

从历史渊源可以十分自然、妥帖地考察解雇自

由原则:该原则在19世纪末到20世纪初被美国法院广泛采纳,其理论基础系古典契约理论。1884年田纳西州法院审理的“Payne v. Western & Atlantic Railroad Co.”一案中,法官做了非常清楚、典型的阐述:“所有雇员都可以因故或因无故被解雇,雇主有权根据自身判断解雇员工,无论这种判断是公平或不公平。”因此,美国解雇自由原则的司法基础得以明确。更值得重视的是,该原则最初适用于蓝领工人及白领管理层,但后来在司法实践中逐渐演变为全美雇佣关系的默认规则。

解雇自由原则的运作逻辑可以十分自然、妥帖地用美国劳动力市场的特点来解释:第一,它给予雇主极大的管理自由,因而有利于企业在美国经济快速扩张、技术高度变革的背景下及时、灵活地调整用工规模。第二,它降低了雇佣的法律风险及管理成本,因为雇主解雇员工时无须就每次解雇都准备详细理由及相应证据,故而简化了人力资源管理程序。第三,它与美国现有较为成熟、完善的社会保障体系形成极好的配合,失业救济、职业培训诸种公共服务切实缓解了劳动者失业的冲击,因此解雇自由的社会代价在美国被最大限度地控制。

然而,该原则的绝对性在20世纪后半叶受到了民权运动及劳动者权利意识高涨的直接而有力的冲击,故法院、立法机关都自觉地认识到解雇自由的种种限制,遂在判例法及立法中创设种种例外规则,因此美国的解雇制度从纯粹的“自由”发展到“有条件的自由”。

2. 解雇自由的例外

美国解雇自由原则在当代已经不是绝对的,故可十分自然、妥帖地归纳为三大类例外规则,而诸种例外实质上是对雇主解雇权的明确限制,也是美国劳动法保护社会价值及劳动者权利的进一步体现。

公共政策例外是最早确立、也最重要的例外,因此可以十分清楚、妥帖地表述:凡解雇行为违反明确的公共政策即构成违法解雇。各州法院通过判例发展出若干典型、成熟的适用情形:①雇员拒绝从事非法活动(诸如拒绝做伪证),②雇员行使法定权利(诸如提起工伤赔偿请求、参加陪审团),③雇员履行公共义务(诸如举报雇主的违法行为),④雇员参与工会活动。1974年“*Petermann v. International Brotherhood of Teamsters*”案中,加州上诉法院明确、有力地认定雇主因雇员拒绝在立法听证会作伪证而解雇其员工的行为违法,由此自然、妥帖地总结出公共政策例外的适用标准。更根本地说,该例外的发展实质上是司法机关对社会公共利益予以主动保护,防止雇主滥用解雇权来阻碍公共政策的实施。

默示契约例外是以合同解释的方法来限制雇主的解雇自由的:即若雇佣关系中存在明示或默示的契约条款限制解雇权,雇主违反该条款的解雇行为即构成违约。明示契约自然就是书面雇佣合同中明确记载的具体条款,诸如“仅在正当理由下解雇”条款,而默示契约一般从员工手册、公司政策、口头承诺及雇佣行为中合理推定而来。1980年“*Toussaint v. Blue Cross & Blue Shield of Michigan*”案是该规则最经典、最明确的示范,密歇根州最高法院认定雇主在员工手册中所作的“仅因正当理由解雇”的承诺构成默示契约,故雇主违反该承诺的解雇应当承担违约责任。因此,该例外客观上促使雇主在制定人力资源管理政策时更加审慎,也由此促进雇佣关系的规范化及可预期性。

默示的善意及公平交易义务是雇佣法中十分明确、有层次的例外:即雇佣合同中隐含着—项默示条款,即双方应以善意、公平的方式从事交易,因此恶意解雇(尤其是为了剥夺员工的养老金、佣金及其他应得利益)直接违反该默示义务。但毋庸讳言,各州对此例外的接受程度存在明显差异,加利福尼亚、马萨诸塞等州对该理论采取十分积极的接纳态度,而其他若干州持保守立场。1988年“*Foley v. Interactive Data Corp.*”案中,加州最高法院对善意及公平交易义务的内涵、适用标准做了极为周密、逻辑极强的论证,也因此自然、妥帖地将其打造

成了限制解雇自由的有力工具。

此外,反歧视立法是解雇自由最完整、最明确的成文法例外。1964年《民权法案》第七章禁止以种族、肤色、宗教、性别或国籍为理由的雇佣歧视,1967年《就业年龄歧视法》专门保护40岁以上的雇员,1990年《美国残疾人法案》禁止歧视残疾人,而联邦立法与各州反歧视法律彼此衔接、层层补充,形成了严密、周全的反歧视体系。因此,雇主以被明确禁止的理由解雇雇员,势必招致恢复原职、欠薪支付、补偿性及惩罚性赔偿诸种严重法律后果。

例外规则的发展绝不是线性的,必然伴有明显的州际差异,这是美国联邦制结构下劳动法特点的直接体现:美国劳动法主要是各州自行制定、实施的,因此解雇自由的例外在各州差别极大。具体而言,蒙大拿州于1987年通过《不当解雇法》,明确、妥帖地确立了“正当理由”解雇原则,对雇主的解雇自由做了十分严格的事前限制,而多数州仍然沿袭传统的解雇自由原则,例外规则相对有限。故而美国的解雇制度实质上是各州制度的集合,绝非统一的国家制度。

3. 所谓经济性裁员

经济性裁员在美国一般被恰如其分地称为“裁员”(Layoff)或“减少劳动力”(Reduction in Force),故其规制体系与解雇自由原则有明确联系又彼此不同,这也正是美国劳动力市场政策在效率、公平之间所做的审慎平衡。

从法律性质上可以十分清楚、妥帖地界定:美国法上所指的经济性裁员一般不被当作“解雇”的一种特殊形式,而被明确视为因经济原因作出的雇佣终止。因此,解雇自由的例外规则对经济性裁员的适用性是有严格限制的,即只有当裁员决策中存在歧视性或报复性因素时方适用。由此也自然地引出美国企业的做法:美国企业进行经济性裁员时享有比德国、法国更大的自主权,无须严格遵守后者那种繁复的程序及实体标准。此种安排与美国自由市场经济理念高度契合,有利于保持劳动力市场的灵活性,也有利于企业对经济变化迅速做出反应。

然而,虽然经济性裁员并不是完全不受规制的,但毋庸讳言,《工人调整和再培训通知法》是美国规制大规模裁员最明确、最成熟的联邦法律。具体而言,雇佣100人以上的企业在进行50人以上的“工厂关闭”或“大规模裁员”时,必须提前60天向受裁员影响的员工、工会(如有)及各有关州政府正式通知裁员原因、受影响岗位及人员数量、裁员时间表诸种信息。未依该法规定尽到通知义务的雇

主要承担十分具体、可操作的法律后果:支付受影响员工60天的工资及福利、缴纳民事罚款等。因此该法的立法目的十分清楚:给即将失业的工人充分的过渡时间去寻找新工作或接受再培训,由此切实减轻大规模裁员对个人、家庭及当地社区的不利影响。

由于WARN法案的适用有十分明确、体系化的例外及豁免,即“不可预见的企业情况”“自然灾害”“罢工或停工”,故其在2008年金融危机及2020年新冠疫情期间被大量、审慎地援引,不少企业主张突发经济危机属于“不可预见情况”,因而没有履行提前通知义务。但毋庸讳言,此种做法虽减轻了企业短期的行政负担,却弱化了法律对劳动者的保护效果,因此也自然地引出了长久以来有关经济灵活性与工人保护如何平衡的激烈讨论。

美国经济性裁员制度与欧洲各国相比有十分明确、突出的特点:即没有强制性协商程序。欧洲各国的雇主在裁员之前必须就避免裁员、减少裁员人数、减轻裁员影响诸种方案与工会或者员工代表进行实质性的协商,而美国虽然工会化企业可以依据集体谈判协议进行协商,但是毋庸讳言,美国绝大多数企业是非工会企业,美国法并不赋予其强制协商的法定义务。因此该制度差异也自然地与美国劳资关系的分散化特征及美国集体谈判制度的相对弱性相呼应。

美国经济性裁员中所采用的选择标准十分灵活,雇主可以就裁员对象按业务需要、员工表现、技能适用性诸种因素作出判断,但必须严格遵守反歧视法律。因此美国实务中常见两种明确、有逻辑性的做法:一种是采用“后进先出”原则裁减最近雇佣的员工,另一种是以绩效考核结果作为裁员依据。此种灵活性有利于企业就具体情形作出最优人员调整,但毋庸讳言,若使用不当,也极易导致对年长员工、高薪员工等群体的不利影响。

美国法律对裁员后的再雇佣权利保护十分有限,故与德国等国家要求雇主业务恢复以后优先重新雇佣被裁员工的规定形成十分明确的对照:美国法一般不赋予被裁员工优先再雇佣权,除非集体谈判协议或雇佣合同中有特别约定,因此被裁员工再就业的不确定性更大,其失业的经济、心理成本也相应更高。

从政策效果可以十分清楚、有层次地考察美国经济性裁员制度:其有利于保持劳动力市场的灵活性,有利于提高美国企业在全世界经济波动中的应变能力,也有利于维持美国企业的竞争力。但毋庸讳言,该制度对劳动者的保护十分薄弱,大规模裁员

必然给工人家庭、当地社区带来重大冲击,尤其是在社会保障不够充分的地区。因此,该制度与美国所采用的“工作导向”福利模式高度契合:以就业而非福利来保障生活水平,鼓励个人承担职业转换的风险。

4. 不当解雇的责任

美国法律中所确立的不当解雇的法律体系系普通法传统与成文法规则彼此交融的结果,故其责任形式多种多样,救济手段威慑力极强,二者自然地构成对雇主解雇行为的有效约束。

普通法下的侵权责任是追究不当解雇责任十分自然、成熟的法律途径:凡雇主解雇行为违反公共政策或者默示的善意及公平交易义务,雇员即可提起侵权诉讼。与合同诉讼相比,侵权诉讼有十分明确、可辨识的优势:第一,侵权损害赔偿可以包括补偿性赔偿及惩罚性赔偿,而合同诉讼一般只予补偿实际损失,第二,侵权诉讼的诉讼时效通常更长,第三,侵权责任不要求当事人之间存在明确的契约关系,故其适用范围更广。具体而言,在恶意解雇案件中,若雇员能充分证明雇主解雇的动机系恶意的(例如为了剥夺即将到期的佣金),法院很有可能据此作出惩罚性赔偿的判决,所赔金额可达补偿性赔偿的数倍。

成文法下的责任体系十分系统、严谨,因此违反反歧视法律的解雇行为自然地触发《民权法案》第七章等法律所确立的明确、可操作的追责机制:雇员可以先向平等就业机会委员会投诉,也可直接向联邦或州法院提起诉讼,成功的原告可获得种种充分救济,诸如恢复原职、欠薪支付、前瞻性工资、补偿性损害赔偿(含精神损害)及惩罚性损害赔偿,以及合理的律师费。更重要的是,1991年《民权法案》修正案对补偿性及惩罚性赔偿设定了十分周密、层层平衡的上限,即根据雇主规模从5万美元到30万美元不等,其立法目的正是在保护雇主合法权益与提供充分雇员救济之间作出妥帖平衡。

集体诉讼及代表诉讼在美国不当解雇争议中有着十分明确、举足轻重的地位:因同类原因被不当解雇的多名雇员可就其争议提起集体诉讼,因此诉讼效率大大提高,雇员在与雇主谈判时也因而更有筹码、更占主动。更重要的是,就系统性歧视或大规模违法解雇的案件,集体诉讼往往能促成高额和解或有利判决,且其结果必然产生重大影响。沃尔玛性别歧视集体诉讼便是典型,该案涉及150多万名女性雇员,最终达成数亿美元的和解协议。

替代性争议解决机制的广泛应用是美国不当

解雇责任体系十分鲜明、有逻辑性的特点:大量雇佣合同都包含仲裁条款,故解雇争议原则上应由仲裁而非法院诉讼解决。仲裁程序有速度快、保密性强、成本低诸种优势,但是毋庸讳言,也存在仲裁偏袒雇主、缺少正式上诉机制之批评。因此近年来强制仲裁条款的强制执行性及公平性都受到更严格、更审慎的司法审查及立法限制,实质上是对雇员程序性权利更充分的保护。

美国法就损害赔偿的计算有十分明确、灵活且值得称许的制度设计:补偿性损害赔偿除实际工资损失外,一般也包括福利损失、再就业成本、医疗费用及精神损害赔偿,而法院在计算具体损失时必然要考察雇员的年龄与技能、当地就业市场状况、找到可比工作的可能性诸种因素,由此尽可能将雇员恢复到若未发生不当解雇即可享有的经济地位,因此该制度完美地贯彻了完全补偿原则。

惩罚性赔偿在美国不当解雇案件中有着十分明确、可辨识的威慑功能:即当雇主的解雇行为被法院认定为“恶意”“故意无视他人权利”或“鲁莽”时,法院很有可能判处惩罚性赔偿,其赔偿数额常大大超过实际损失。因此惩罚性赔偿的目的绝不止是惩罚违法行为,更主要是借此威慑雇主及所有潜在违法者。但毋庸讳言,惩罚性赔偿的适用必然受到美国宪法正当程序条款的严格限制,美国最高法院在数个判例中一再重申,惩罚性赔偿应当与补偿性赔偿保持合理比例,切忌过度惩罚。

由于禁令救济在不涉及恢复原职的案件中十分罕见,故宜注意的是,法院在有关报复性解雇的案件中有时会作出禁止雇主解雇或要求雇主重新雇佣雇员的禁令,而此种救济在言论自由、举报人保护等公共政策相关案件中最为常见。

从比较法的角度可以十分自然、有层次地归纳美国不当解雇责任体系的诸种特征:第一,救济方式以金钱赔偿为主,实际履行(恢复原职)极少见,第二,惩罚性赔偿及集体诉讼机制大大强化了法律威慑力,第三,反歧视法律有极为充分、周密设计的专门保护,第四,各州法律的差异使整个责任体系呈现出明显的地域多样性。也正因如此,该体系在保护雇员权利与维持劳动力市场灵活度之间做了审慎平衡,但毋庸讳言,其对低薪工人及未加入工会的工人的保护尚有改进空间。

(二)德国:所谓多重解雇模式

1. 正常解雇即按常规程序解除劳动合同

德国正常解雇制度是德国劳动法典型而清楚的范例,即有严格的实体控制、繁复的程序要件及周密的利益平衡机制,与此形成极好对照的是美国

的解雇自由原则。故而德国的正常解雇以“社会正当性原则”为根本基础,解雇须形式合法,更要实质上具备正当性。

解雇的社会正当性原则是德国解雇保护法最根本、最核心的原理,《解雇保护法》第1条第2款明确、妥帖地规定:解雇不具有社会正当性,若其不是基于与雇员个人、所涉行为或企业紧急经营需求直接相关的原因,或者选择解雇某雇员时没有充分考虑相关社会因素。因此该原则自然地引出严格的司法审查要件:法院必须就解雇是否合理、必要及符合比例作出实质判断。具体而言,在行为原因导致的解雇案件中,法院会具体考察违规行为的严重程度、雇员主观上的过错程度、雇员此前的表现,以及解雇是否属于“最后手段”。正因德国司法机关对解雇争议作高度实质性的审查,德国的解雇争议解决更公平、更可靠,但毋庸讳言,此种严格审查也客观上延长了争议解决过程,增加了法律不确定性。

解雇理由分类体系是德国法精细化特征极为典型、极为清楚的体现:德国法把正当解雇理由恰当地划分为三类,即与人相关的原因(长期患病影响工作能力)、与行为相关的原因(违反工作纪律)、与企业相关的原因(岗位削减),且每一类都配有明确、可操作的判断标准及具体要件。具体而言,与人相关的解雇要求雇主先作岗位调整或采取康复措施,与行为相关的解雇要求所涉违规行为达到“严重”程度并一般先予警告,与企业相关的解雇须能证明经营必要性,同时严格遵守所涉选择标准。因此该分类体系既有利于给雇主明确指引,也自然地促使雇主在解雇前做好充分的事实调查及程序准备。

程序性要求在德国正常解雇中占有举足轻重的地位:雇主首先必须严格遵守法定预告期,其长度按雇员工作年限从4周渐次递增到7个月,因此自然地给雇员寻找新工作留有合理过渡时间。更根本的是,雇主解雇前必须征询企业职工委员会的意见,这是德国劳资共决制度最典型的、最明确的体现。《企业组织法》规定职工委员会就计划解雇有正式异议权,若雇主不顾职工委员会的意见作出解雇决定,该解雇原则上应被认定为无效。故此该程序既保护雇员集体利益,也实质上为解雇决定设置了有效的内部制衡机制。

司法审查的双层结构是德国解雇制度中十分典型、有匠心设计的制度安排:雇员在收到解雇通知之后三周内可就解雇事项向劳动法院提起解雇保护诉讼,诉讼期间解雇效力暂停,故雇员可继续

工作并正常获得报酬,除非法院依紧急申请裁定解雇立即生效。因此该“暂停效力”机制对雇员提供了极其有力的临时性保护,能切实防止雇主以解雇形式制造既成事实。但毋庸讳言,此种保护也有可能被滥用,即雇员提起无实质理由的诉讼以延长雇佣关系,进而加重雇主的负担。

解雇保护诉讼的实践是德国劳动司法高度专业化的极为清楚、典型的体现:德国专门的劳动法院系统,审理案件的法官一般都受过严格的劳动法专业训练,不少法院又有来自雇主、雇员组织的名誉法官直接参审诉讼。诉讼程序把调解放在优先位置,因此大多数案件在庭审前即经调解解决。若进入正式审理,法院会依职权主动、系统地进行证据调查及事实认定,判决除就解雇是否有效作出裁判外,常就赔偿金额、恢复雇佣的条件一并作出明确裁决。故而德国劳动司法的裁判质量高、可预期性强,但毋庸讳言,其程序耗时较长,平均从起诉到终审判决需要6~12个月。

正常解雇中所适用的经济补偿制度是德国劳动法妥协精神十分明显、逻辑十分清楚的体现:凡法院认定解雇没有社会正当性而恢复雇佣关系不适宜的,即判令雇主支付补偿金,其数额按照雇员年龄、工作年限、企业规模诸种因素予以确定,最高不超过12个月工资。更重要的是,该制度给雇主以明确而合理的灵活性:即使解雇有瑕疵,只要支付相应补偿金,雇佣关系即可合法解除,毋需强制恢复雇佣。因此也自然地体现了德国劳动法保护雇员权益与维护企业经营效率二者的平衡。

2. 解除劳动合同

非常解雇又称即时解雇,是德国解雇制度中十分明确、特殊的解雇形式,即雇主在有重大事由时不经预告期即解除雇佣关系,但毋庸置疑,其适用要件十分严格,故而德国法对即时终止雇佣关系采取极其审慎的态度。

重大事由的认定标准十分明确、严苛,从《民法典》第626条可以很自然、妥帖地看到,重大事由被定义为“基于事实,在考虑所有具体情况并权衡双方利益后,解雇方无法被期待继续雇佣关系直至预告期届满的情况”。因此判例法对该抽象标准作了十分具体、可操作的类型化列举:严重违反忠实义务(盗窃、欺诈)、严重违反工作义务(长期怠工、多次严重违反安全规定)、严重破坏信任关系(严重侮辱上司或同事)、因雇员原因导致雇佣关系实际无法继续(被判处监禁)。更为重要的是,法院在判断是否构成重大事由时必然要考察行为的严重性、所造成的具体后果、雇员的过错程度、其过往表现以

及比例原则,最终确认解雇是否系应对该行为的“最后手段”。

虽然程序要求相对简化,但是毋庸讳言,雇主在知悉重大事由之后必须在两周内发出解雇通知,否则即丧失即时解雇权,故此该短限制有十分明确、合理的目的:促使雇主及时果断地处理,避免拖延导致事态恶化。虽然非常解雇毋需咨询职工委员会,但是雇主仍有法定义务通知职工委员会解雇情况。因此,在实务中,多数雇主在存在重大事由时仍选择做正常解雇处理,给予预告期,此种做法实质上体现了非常解雇在实际适用中所隐含的审慎精神。

司法审查在非常解雇争议中表现得十分明确:即时解雇剥夺了雇员的预告期保护,故法院对解雇理由必然予以严格、审慎的审查,即雇主不仅要证明有重大事由,还必须证明该事由足以正当证明立即终止雇佣关系的必要性。具体而言,在不当行为引发的争议中,法院会要求雇主就行为发生的背景及情境提供充分证据,主动考察是否有其他可采之替代措施(诸如警告、调岗)。因此德国法对雇员的工作权予以极高的保护,也自然地用严格审查来防止雇主滥用即时解雇权。

救济措施的特殊性十分清楚、明确:法院若认定非常解雇无效,雇员当然有权恢复雇佣并主张解雇期间的工资,但是毋庸讳言,非常解雇一般系因重大信任破裂所致,故强制恢复雇佣在司法实践中极为罕见,因此法院更常见、更稳妥的做法是作出支付赔偿金的判决。也正因如此,程序合规在此类案件中具有实质性意义。

3. 进行解雇变更

变更解雇是德国解雇制度中十分典型、有明确逻辑结构的制度:即雇主以变更劳动合同条款(一般为降低劳动条件)作为解雇的理由,若雇员不同意变更,解雇即生效。因此它实质上为雇主调整雇佣条件提供了一个极为妥帖的法律工具,也体现了德国劳动法对经济变化高度灵活的态度。

变更解雇的正当性要件与正常解雇的情形十分相似,即必须以与企业直接相关的实质性理由为基础,诸如经济困难、技术变革或者组织重组,故而雇主必须就变更的必要性予以明确证明,且变更内容本身必须合理、适当,符合比例原则。具体而言,因经济困难而要降低工资时,雇主首先要提供充分的财务资料证明困难的存在及严重程度,其次所作的工资降低幅度宜与困难程度成严格对应关系。法院自然会审查变更是否为最小损害的措施,以及是否考虑过其他替代方案。

协商义务是变更解雇程序中举足轻重、不可替代的环节,故而雇主在发出变更解雇通知之前首先要努力与雇员协商达成一致,协商不成的,变更解雇通知必须清楚、明确地说明变更内容、变更理由及生效要件,雇员由此获得三周的法定期限以接受变更或者提起解雇保护诉讼。具体而言:若雇员接受变更,按新条件继续雇佣;若雇员拒绝且解雇被认定为有社会正当性,雇佣关系即告终止,雇员可主张解雇补偿;若解雇被认定为无社会正当性,雇员自可依原条件继续工作。

由于司法实践中对变更解雇制度的适用已有十分明确、妥帖的平衡思路,故可以很自然、合理地看到,法院审理变更解雇争议时必然要就雇主的经营需要与雇员的权益保护予以精细平衡:既承认雇主因经营环境变化调整雇佣条件的必要性,又主动保护雇员不受不合理变更之侵害。因此变更解雇是德国劳动法中最技术化、最不确定的领域之一。

4. 不当解雇的责任

德国不当解雇的责任体系有完善、分层、有效诸种特点,故其对雇员有极好的保护作用,又因有金钱补偿机制而使雇主获得相当程度的确定性。

恢复雇佣的优先性是德国不当解雇责任制度中十分明确、根本的原则:若法院认定解雇无效,则默认的救济措施就是恢复雇佣关系,雇员因此可以回到原岗位工作并要求获得解雇期间的工资损失。显然,这是德国劳动法对雇佣关系持续性予以极高重视的具体体现,也契合德国法对雇员工作权作为核心社会权利的充分保护。但毋庸讳言,实践中解雇常导致信任关系破裂,故不少雇员选择接受金钱补偿而非恢复雇佣,尤其是在雇主提供了合理补偿方案的情形下。

金钱补偿的计算体系十分严密、有层次,从《解雇保护法》可以十分清楚地看到:若解雇无效但恢复雇佣不适宜(例如因信任关系彻底破裂),法院可以判决雇主支付补偿金,而补偿金的具体数额系综合考察雇员年龄、工作年限、企业规模、解雇的严重性、双方过错程度诸种因素之后予以确定的。更重要的是,法律对补偿金设定了明确、审慎的上限:一般情形下为12个月工资,年长者(50岁以上)且工作年限较长者(15年以上)的补偿金上限为15个月工资,年长者(55岁以上)且工作年限更长者(20年以上)的补偿金上限为18个月工资。此种设计既有利于给雇主可预期、可控制的财务风险,也有利于切实保护雇员合法权益。

程序性补偿是德国法极为典型、十分成熟的制度设计:若解雇被正确地认定为因程序瑕疵(未咨

询职工委员会)而无效,且实体理由成立,雇员不能主张解雇保护法所规定的补偿金,但是可以主张程序性补偿,其数额一般很低。因此德国法对实体、程序及形式、实质都做了极其清晰、审慎的区分,也由此自然妥帖地鼓励雇主遵守程序要求,而不过度惩罚程序性失误。

社会保障的衔接十分完善,故可以十分自然、妥帖地规定:被解雇的雇员可领取失业救济金,但只有当解雇不是由于其自身重大过错所致,若雇员因自身过错被解雇,就要经历12周的失业救济金等待期。因此该规定把解雇责任与社会保障体系真正衔接起来。

(三) 法国:以正当理由解雇

1. 关于解雇的理由

由于法国解雇保护制度以严格性、对雇员权利的高度保护著称,故其“真实且严肃事由”原则可被十分自然、妥帖地视为解雇合法性的根本标准,也是法国劳动法限制雇主解雇权的具体体现。

“真实且严肃事由”原则由《劳动法典》第L1232-1条十分明确、系统地加以确立:雇主的解雇决定必须有真实且严肃的事由,而判例法对该抽象标准已有极为丰富、层次分明的解释。“真实”指解雇事由必须以客观事实为根据,排除虚构或未予证实的指控,“严肃”指事由必须足够重大,故解雇系对之合理、必要的回应。更重要的是,最高法院在若干判例中对此作了严谨梳理,即事由的性质及严重程度应当与解雇这一严厉措施相称。

虽然解雇事由的分类体系不如德国那么细致,但是法国法律对解雇事由有十分清晰、有逻辑性的分类方式:法国法没有对解雇事由作严格形式上的分类,而是从判例中自然地归纳出三大典型类别:与雇员个人有关的事由(长期患病影响工作、能力不足),与雇员行为有关的事由(严重过错、多次轻微过错),以及与企业经济状况有关的事由(经济性裁员)。更难得的是,法国法对经济性裁员及个人原因解雇分别设置了不同、妥帖的规制框架,后者受更严格的程序及实体控制。

实质审查的严格性是法国解雇制度最突出、最明确的特征:劳动法院(劳资争议委员会)对解雇事由作充分、周密的实质审查,先考察事由是否真实存在,继而判断其严重程度是否足以证明解雇的正当性,同时主动、系统地考虑雇员的工龄、年龄、家庭状况、再就业难度诸种社会因素,故而法国劳动法有十分明确的社会保护取向。也正因司法审查极其严格,法院在解雇争议中行使的裁量权极大,但毋庸讳言,由此也自然带来了解雇争议解决过程

漫长、法律结果高度不确定的特点。

由于法国法上举证责任分配有利于保护雇员,故可以十分清楚、妥帖地表述:法国法规定雇主就解雇事由真实、严肃负严格举证责任,若雇主不能就此提供充分证据,解雇即被径行认定为无实际严肃事由。因此雇主解雇前必然要从事充分的事实调查并收集相应证据。

2. 关于解雇程序作简要说明

法国解雇程序以复杂、严格著称,故程序合规既是形式要件,也是解雇有效的实质条件,因此可以十分自然、妥帖地看到程序正义在法国劳动法中的核心地位。

解雇面谈程序是法国解雇程序的起点及最基本、最核心的环节,故而《劳动法典》对雇主解雇雇员之前必须召开面谈作出了十分明确周密的规定:雇主主要提前至少5个工作日通知雇员面谈事宜,说明面谈目的、时间、地点,同时明确告知雇员有权由他人陪同出席。面谈过程中,雇主必须就拟解雇原因作出充分说明,认真听取雇员的解释及意见。因此该程序实质上既是信息交流的过程,也系给予雇员程序参与及辩护机会的具体安排,自然也是对雇员人格尊严及程序性权利最大程度的尊重。

面谈之后有等待期,因此给了雇员充分的时间去反思、准备,故而面谈之后雇主须等待至少2个工作日方能发出解雇通知,也由此自然地给雇员机会咨询工会代表、律师及其他人士,准备其对解雇决定的回应。此种设计有利于促使雇主审慎行事。

解雇通知的书面要求十分明确、具体,故可知解雇通知必须以挂号信形式发出,先说明解雇原因,若系经济性裁员,还必须同时说明重新安置的有关安排。因此书面形式既有利于保留证据,也有利于雇主就解雇理由作出清楚、正式的陈述,也更有利于以后争议的解决。

经济性裁员的特殊程序高度复杂,故法国经济性裁员程序被公认为欧洲最严格、最周密的裁员程序之一,其各环节可十分清楚、有层次地予以梳理:首先雇主主要就裁员原因、裁员人数、裁员标准、补偿办法等事项与员工代表进行信息咨询及协商,其次雇主必须拟定周全的社会计划,就重新安置、培训、补偿诸种措施作出具体安排以尽量减轻裁员的社会影响,再次雇主必须向劳动行政部门正式申报裁员计划,行政部门有权要求雇主补充、修改材料,最后雇主方能向有关雇员正式发出解雇通知。因此法国的大规模裁员过程漫长且成本极高。

程序瑕疵的后果十分重大,故雇主若不严格遵守法定程序,解雇即被合理地认定为程序不当,由

此自然导致法院作出两种明确、有层次的裁判:或判决解雇无效并恢复原职,或判决支付程序补偿金,金额可高达数月工资。因此程序规则有其实际效力,绝非单纯的形式要求。

3. 不当解雇的责任

法国不当解雇的责任体系有严厉性、补偿充分性两项突出特点,因此它对雇员予以极好的保护,也自然地对雇主形成极大威慑。

解雇无效、恢复原职是首要救济措施,故而逻辑十分清楚:若法院认定解雇没有真实严肃事由,或者有重大程序违法,就可以依法判决解雇无效,雇员恢复原职。更严格地说,恢复原职既包括职位恢复,也必然包括解雇期间工资的支付。该制度在法国十分典型且成熟,即当雇主不能就解雇事由举出充分证据或存在重大程序瑕疵时,原则上适用此救济措施。但也毋庸讳言,因解雇常导致关系破裂,故不少恢复原职的判决最终通过协商转为金钱补偿。

补偿金的双重体系设计十分周密,法国不当解雇补偿可很自然、妥帖地划分为两部分:法律所确定的法定补偿及法院判决所确定的补偿。前者按雇工龄、工资来计算,有明确最低标准,后者则从解雇的严重性、雇员实际所受损失诸种因素出发,其目的正是充分、公平地补偿雇员因不当解雇所受全部损失,即工资损失、福利损失、再就业困难所致损失及精神损害。因此该体系既有确定性,又留有弹性。

由于惩罚性赔偿有增强威慑力的实际效果,故可以十分自然、妥帖地解释:凡雇主有严重过错(恶意、歧视、报复),法院就可判决惩罚性赔偿。尽管法国法律传统上对惩罚性赔偿持保守态度,但是法国劳动法的最高法院明确承认在一定情形下可以判决赔偿,且所判金额可以大大超过实际损失,因此该制度对恶意解雇行为有极强的遏制作用。

程序补偿的独立价值十分明显:只要解雇事由成立,又存在程序瑕疵,雇员就有权获得程序补偿,故而所采用的程序与实体分离的补偿机制实质上肯定了程序正义的独立价值,也因此更自然地促使雇主严格遵守程序要求。

(四)域外解雇制度对我国的启示

1. 解除事由中加入概括性条款

从对美、德、法三国解雇制度的比较分析中可以十分自然、妥帖地看到其解雇事由规制的发展趋势:从具体列举转向“原则+列举”的混合模式,因此对我国完善用人单位单方解除制度有极好的借鉴意义。

德国“社会正当性”原则及法国“真实且严肃事由”原则都采用一般性标准并以判例法加以具体化,因此其适用模式有十分清楚、可辨识的优点:灵活性,能自然、妥帖地适应经济社会环境及劳动关系形态的变化,开放性,为新型解雇事由的司法审查预留了法律基础,平衡性,也给裁判者就双方利益予以权衡留有恰当空间。与此形成极好对照的是,我国《劳动合同法》第三十九条至第四十一条所采用的纯粹列举模式固然明确,但是缺少弹性,故不宜直接用来解决实务中日益复杂的各类争议。

在我国现有法律体系中引入概括性条款时,很自然、妥帖地可以在《劳动合同法》中增加一条原则性规定:“用人单位单方解除劳动合同应当基于正当理由,并遵循比例原则。”由此既能为司法裁判提供明确、可操作的价值指引,也有利于在现有列举事由之外为诸种特殊情形预留法律根据,因此对于实践中所涉因劳动者不当言论严重影响企业声誉、因家庭暴力影响工作表现等复杂情形,法院可于概括条款之下依具体个案进行审慎、妥帖的裁量,真正避免列举不足带来的裁判难题。

然而,由于概括性条款的引入必然要与司法能力的提高相配套,故从德国、法国的经验中可以十分自然、妥帖地得出结论:概括条款的有效实施以专业化的劳动司法体系及大量判例积累为前提。因此我国宜先完善劳动仲裁、诉讼机制,提高裁判人员专业素养,再系统建立案例指导制度。

2. 设置多层次预告解除期限

预告期制度是解雇保护十分重要的工具,故三国预告期设计的差别对我国有极好的借鉴意义。

德国的预告期制度最值得借鉴:由于工作年限不同,把预告期设为从4周到7个月不等,且工作年限越长预告期越长,因此该设计是对长期服务者切实认可的体现,也有利于给工作年限较长的员工更充分、更稳妥的就业过渡期。与此形成极好对照的是我国现行的三十日预告期“一刀切”模式,既可能对长期员工保护不够,也必然对短期员工保护过度。因此宜引入分层预告期制度:工作不满一年的,预告期15日,工作1~5年的,预告期30日,工作5~10年的,预告期60日,工作10年以上的,预告期90日。

法国解雇面谈程序及等待期制度有十分明确、可资借鉴的程序性保障思路:在预告期之外设置解雇前面谈及等待期,由此给劳动者申辩、准备的机会,故而程序更富参与性,也更公正。因此我国宜在现有预告期的基础上增加解雇前的协商或听证程序,要求用人单位在作出解雇决定前与劳动者主

动沟通、充分协商,听取其意见。这是程序的完善,也实质上是促进沟通、消除误解、避免不必要解雇的极佳机会。

美国的“代通知金”制度有其灵活性,但是也必然要防止滥用,因此我国现行法中允许以支付一个月工资的方式代替预告期的规定可以保留,但宜明确:代通知金的性质是补偿而非惩罚,支付标准应采用劳动者上个月实际工资,而不宜按法定标准确定,方能让代通知金真正填补劳动者的工资损失。

3. 平衡实体与程序的关系

三国解雇制度就实体、程序的关系有十分明确、各有特色的安排,故其根本启示是要做到实体公正、程序公正两者的统一。

德国以严格的司法审查实现实体控制,又以咨询职工委员会的程序实现过程参与,而法国的程序要求极其严格,故程序瑕疵极易导致解雇无效。与此形成极好对照的是美国的程序相对简化,但用反歧视法及公共政策例外来实现实体控制。不论各国做法如何不同,其根本逻辑十分清楚:解雇的合法性既要视理由是否成立,也要看程序是否公正。

我国目前有十分明显的“重实体轻程序”的倾向,实践中用人单位在审理解除事由时很少考察程序是否合规,故宜借鉴法国经验,主动、系统地提高程序要求的法律效力,明确、周密地规定程序违法的法律后果:未通知工会的解雇应直接认定为无效,而绝不是简单的程序瑕疵,未给予劳动者申辩机会也必然影响解雇的效力评估。

同时,由于程序设计本身要有实质内容而不能仅有形式,故可以很自然、妥帖地得出结论:德国职工委员会咨询程序之所以有效,是因为职工委员会有实际的影响力及制衡权力。因此我国工会制度改革宜朝此方向推进,切实让工会在解雇过程中发挥实质作用。

4. 明确经济性裁员的限制

由于三国就经济性裁员所作的规制设计有十分清楚、明确的差异,即德国、法国严格限制,美国相对宽松,故对我国有不同的借鉴意义。

由于德国、法国的经济性裁员制度明确、严格地贯彻最后手段原则及社会计划义务,因此可以十分自然、妥帖地表述:只有在穷尽减少工时、内部调整、自愿离职计划诸种措施之后方得裁员,而雇主必须拟定周密可行的社会计划,就再就业援助、培训、补偿诸种事项作出具体安排,由此减轻裁员的社会不利影响。也正因如此,裁员成本相应提高。

我国现有的经济性裁员程序有其简化的特点,但也存在社会计划义务不明确的明显缺陷,因此宜

借鉴欧洲经验,系统、妥帖地强化经济性裁员的社会责任:裁员前企业必须穷尽替代方案,须制定周密可行的员工安置计划,主动为被裁员工提供再就业支持及培训,且建立裁员与招聘相衔接的优先重新雇佣机制。

美国的 WARN 法案有一个十分成熟、清楚的大规模裁员预警机制思路,因此我国宜建立类似的大规模裁员提前报告及预警制度,既及时通知职工,也主动、透明地通知地方政府及劳动部门,由此让政府及时介入,提供就业服务,落实各项扶持政策,尤其在经济下行时能更主动、更有力地应对就业问题。

同时,由于企业规模不同,宜按企业规模设计差别化规则。德国对小型企业(一般指20人以下)实行简化的解雇保护规则,因此我国可合理借鉴:对小微企业设计更加灵活、成本更低的裁员程序,做到保护劳动者与减轻企业负担两者兼顾。

二、结语

从对德、法、美、英四国解雇制度的系统比较中可以十分自然、妥帖地得出明确结论:解雇保护强度绝不是僵化的,而是与各国劳动力市场政策及社会保障理念直接相连的,美国重效率、重契约自由,欧洲诸国重实质公平、重社会安全网建设。因此,我国解雇制度的完善宜避免简单的模式移植,而当以我国本土国情为出发点,主动、审慎地吸收域外在解雇理由类型化、程序规范化、救济措施多元化诸方面的经验。最终目标是建构起既切实保护劳动者基本权益,又不妨碍企业合理用工灵活性的精

细化解雇法律体系。

参考文献:

[1] Payne v. W. & Atl. R. R. Co., 81 Tenn. 507, 519-20 (Tenn. 1884): "All may dismiss their employees at will, be they many or few, for good cause, for no cause or even for cause morally wrong without being thereby guilty of legal wrong".

[2] Petermann v. International Bhd. of Teamsters, Local 396, 174 Cal. App. 2d 184, 344 P. 2d 25 (1959).

[3] Toussaint v. Blue Cross & Blue Shield of Mich., 408 Mich. 579, 292 N. W. 2d 880 (1980).

[4] Foley v. Interactive Data Corp., 47 Cal. 3d 654, 254 Cal. Rptr. 211, 765 P. 2d 373 (Cal. 1988).

[5] Kündigungsschutzgesetz (KSchG) § 1 Abs. 2: Eine Kündigung ist sozial ungerechtfertigt, wenn sie nicht durch Gründe, die in der Person oder in dem Verhalten des Arbeitnehmers liegen, oder durch dringende betriebliche Erfordernisse, die einer Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers in diesem Betrieb entgegenstehen, bedingt ist.

[6] Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) § 626 Abs. 1: Das Dienstverhältnis kann von jedem Vertragsteil aus wichtigem Grund ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist gekündigt werden, wenn Tatsachen vorliegen, auf Grund derer dem Kündigenden unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles und unter Abwägung der Interessen beider Vertragsteile die Fortsetzung des Dienstverhältnisses bis zum Ablauf der Kündigungsfrist oder bis zu der vereinbarten Beendigung des Dienstverhältnisses nicht zugemutet werden kann.

[7] Code du travail, art. L1232-1: Tout licenciement pour motif personnel est justifié par une cause réelle et sérieuse.

Comparative Analysis of Dismissal Regulations in Select Legal Systems

ZHANG Wang-xin

(Law School, South China University of Technology, Guangzhou Guangdong 514000, China)

Abstract: Taking a comparative law approach, the paper gives a very clear, systematic account of the dismissal legal systems of several typical foreign jurisdictions: Germany, France, the United States, and the United Kingdom, and then proceeds to analyze the major differences among them in respect of grounds for dismissal, dismissal procedures, remedies for wrongful dismissal, and compensation standards. Since the analysis makes it clear that different countries have varying degrees of dismissal protection due to their different labor market policies and underlying social security philosophies, the paper naturally and logically proceeds to offer referenceable lessons for improving China's dismissal system within its labor law framework and for judicial practice.

Key words: dismissal system; comparative study; wrongful dismissal; legal remedies; improvement of labor law