

2014年 第1辑

总第2辑

万方数据库 收录
中国知网 (CNKI) 收录

社会法学研究

Social Law Studies

(Volume 2, Issue 1, 2014)

西南政法大学劳动社会保障法制研究中心 合办
重庆市第五中级人民法院



主 编 / 刘 俊 王中伟

【特稿】

二十一世纪初期美国劳动法制之发展趋势

【特别关注】

广州中医药大学附属第一医院护工与保安集体维权调查报告

【理论争鸣】

我国生育保险法的价值重构和完善路径

——兼评《生育保险办法（征求意见稿）》

【判决评析】

谢顿强制退休年龄歧视案判决书

【调研报告】

《劳动合同法》实施5年的实况

【社会法教育】

欧洲大陆法系国家劳动法类研究生教育简介

——以意大利为例



法律出版社
LAW PRESS·CHINA

万 方 数 据 库 收 录
中 国 知 网 (CNKI) 收 录

社会法学研究

Social Law Studies

2014年 第1辑 总第2辑

(Volume 2, Issue 1, 2014)

西南政法大学劳动社会保障法制研究中心
重 庆 市 第 五 中 级 人 民 法 院 合 办

主 编 / 刘 俊 王 中 伟



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

社会法学研究. 第2辑 / 刘俊, 王中伟主编. —北京: 法律出版社, 2014. 9
ISBN 978-7-5118-6806-0

I. ①社… II. ①刘…②王… III. ①社会法学—文集 IV. ①D90-53

中国版本图书馆CIP数据核字(2014)第202513号

社会法学研究(第2辑)

主 编: 刘 俊 王中伟
责任编辑: 张 磊
装帧设计: 汪奇峰
责任印制: 沙 磊
内文制作: 凌点工作室

出 版	法律出版社/北京市丰台区莲花池西里7号(100073) http://www.lawpress.com.cn/
编辑统筹	法律职业教育出版分社
经 销	新华书店
总 发 行	中国法律图书有限公司 http://www.chinalawbook.com/ 第一法律书店(010-63939781/9782) 西安(029-85388843) 重庆(023-65382816/2908) 上海(021-62071010/1636) 北京(010-62534456) 深圳(0755-83072995)
销售专线	010-63939806/9830
数据支持	法律门 http://www.falvmen.com.cn/

开 本	787毫米×1092毫米 1/16
印 张	19
字 数	324千
版 本	2014年9月第1版
印 次	2014年9月第1次印刷
印 刷	三河市龙大印装有限公司
书 号	ISBN 978-7-5118-6806-0
定 价	45.00元

所有权利保留。未经许可,不得以任何方式使用。
如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换。

社会法学研究

Social Law Studies

2014年 第1辑 总第2辑

主 编：刘 俊 王中伟

副主编：胡大武 王 姝

编辑委员会

顾 问：常 凯 冯彦君 林 嘉 黎建飞 王全兴 叶静漪 郑尚元

主 任：刘 俊 王中伟

副主任：冉崇高 王伯文 许明月 张新民

委 员：白庆兰 白永亮 陈步雷 胡大武 侯玲玲 贺 玲

李满奎 李海明 李 雄 李坤刚 栗宏豪 钱叶芳

徐 华 余少祥 于新华 王天玉 谢棋楠 熊 晖

杨 飞 杨云霞 张冬梅 张荣芳 赵红梅 张 艳

本辑执行编辑：田 杰 孙清泳 黄 瑶

英 文 审 校：白庆兰

卷首语

金秋十月,一个收获的季节。定于10月在北京召开的十八届四中全会,将成为法治中国建设的里程碑。本届四中全会首次将“研究全面推进依法治国重大问题”作为会议议题,这无疑表现出了中央实践法治中国的决心。法治国家的推进,给身处法学界的我们敲响了警钟,接下来我们应当为此身体力行,成为法治国家改革的助推器。这也让我们欢欣鼓舞,成为了振奋士气的一剂良药。推进依法治国,从来不是一个方面的法治改革,而是一系列的体系化改革,其中,社会法领域的建设与改革触及民生、反映民意,是改革成功的重要环节。合理劳资分配、促进劳工就业、完善社会保障等无不涉及人民最广泛、最迫切的需要,是社会稳定的重要保障,而这一切都要有赖于社会法的完善。

回首过去的一年,社会法领域也悄然地发生着变化。2014 海峡两岸劳动法与社会法论坛、第六届中国社会法论坛的举行加深了两岸社会法领域的学术交流、彰显了我国社会法理论研究的蓬勃发展,而社会法理论研究成果也在实务领域得到了广泛应用。随着我国劳工维权意识的增强,劳资争议尤其是集体劳资争议频发,推动着劳资集体争议纠纷解决机制的形成,而社会各界对劳动用工、同工同酬、劳务派遣等社会法领域相关问题的关注也日益增多,解决劳资纠纷、维护社会稳定成为经济发展过程中必须解决的问题。此外,社会法领域的其他改革也如雨后春笋般涌现:《劳动合同法》修正案的实施推动我国劳务派遣用工机制的规范;机关事业单位退休制度改革打破长期以来养老领域的不公,成为我国养老保险制度一体化改革的契机;延长退休年龄的探讨契合了我国人口老龄化以及养老保险改革的趋势;破除城乡二元化体制改革体现社会公平。社会法领域的这些可喜变化,我们希望能够通过《社会法学研究》(第2辑)的内容提供给学者们一个思考的平台以及读者们一个了解的途径,希望

能够为推进社会法学领域学术理论研究以及法学理论与司法实务的相互促进献上绵薄之力。

本辑《社会法学研究》关注国内,也放眼域外;注重理论,也探究实务。并且希望通过新设的“特别关注”、“劳动争议白皮书”以及“社会法教育”栏目,为大家提供更加广阔的视域。我们将继续秉承学术性、实践性、开放性和包容性的精神,竭诚为社会法理论与实务界专家学者服务,并殷切地希望社会各界继续给予我们支持与关注!

刘 俊

2014年8月5日

目 录

特 稿

二十一世纪初期美国劳动法制之发展趋势	谢棋楠 / 1
--------------------------	---------

特别关注

广东省广州市白云区人民法院刑事判决书 (2014)穗云法刑初字第125号	/ 24
广州中医药大学附属第一医院护工与保安集体维权调查报告	严国威 / 38
辩护词	段 毅 / 93

理论争鸣

我国生育保险法的价值重构和完善路径 ——兼评《生育保险办法(征求意见稿)》	吕惠琴 / 97
用人单位单方解除劳动合同的理性反思和制度完善 ——以解雇保护的正当性与合理性为视角	栗宏豪 / 109
带薪休假工资支付法律问题探讨	胡玉浪 / 121
中国被派遣劳动者“参加”工会现状与问题 ——中国体制外工人“结社”模式分析	徐小洪 / 128
毒树之果:车辆挂靠中的劳动关系认定	陈 杨 / 139
对《劳动法解释四》竞业限制相关规定的几点思考	李长勇 / 147

劳动争议审判白皮书

2013年劳动争议审判白皮书	重庆市第五中级人民法院课题组 / 156
广州劳动争议诉讼情况白皮书(2011~2013年)	广州市中级人民法院课题组 / 169

判决评析

- 谢顿强制退休年龄歧视案判决书 姜艾佳 李海明 / 176
- 日本法上的劳动合同性质之探讨
——“末栋工务店事件”评析 战东升 / 193
- 用人单位违法解除劳动合同的司法认定标准 赵 克 / 202

调研报告

- 《劳动合同法》实施5年的实况 陈秉兰 蔡毓毓 / 207
- 性别主流化障碍:高校女生就业平等权法律保障实证研究 余 桥 尚雪娜 / 219

外国法译评

- 护理保险法改革和新护理时间法 左 菁 译 / 242

社会法教育

- 欧洲大陆法系国家劳动法类研究生教育简介
——以意大利为例 吴锦宇 / 252

学术动态

- 中国社会法学会2013年广州年会暨学术研讨会综述 孙清泳 / 264
- 2013年劳动法学术研究概况 黎怡婧 / 274
- 国际劳动法学者研究联盟及2015年阿姆斯特丹会议说明 胡大武 / 285

编者后记 / 293

征稿启事 / 295

二十一世纪初期美国劳动法制之发展趋势

谢棋楠*

一、序言

与世界各国相同,美国劳动法制之发展,其目的亦是为了确保基本劳动基准、确保合于安全卫生工作环境、防制就业歧视、维护劳动三权之机制、保护劳工免于就业上之诸多不利事务。唯自20世纪80年代以来,因美国保守主义盛行,美国劳动法之发展一直以不利劳工之方向发展。90年代克林顿总统在一些劳工保护法制定上有一些进步,然而2000年小布什总统代表共和党担任总统后,不管是在个别劳工法还是在集体劳工法上,都有许多不利劳工之做法。

2006年,民主党控制国会,而值此2008年美国总统选举,劳工一向支持之民主党的胜选机会极大,目前奥巴马与希拉里两人竞争仍相当激烈,民主党若得以重掌行政权,而且善用国会多数之契机,有利劳工之劳动法会有发展之可能,其实未来美国劳工仍需面对许许多多劳动法上之难题。

其国之劳动法制在2001至2007年之间自然有许多变与不变之处。然深受里根政府以来之三大限制,全球化竞争环境^{〔1〕}工会参与率严重降低与非典型劳动增加之不利条件限制,^{〔2〕}近年美国政府与法院,基本上是遵循利益团体间竞争力量之导引所生之劳动政策,其政府与法院并非自行创造产生有重大影响劳动法发展之决定与政策。^{〔3〕}由于美国劳动法体系繁复,牵涉联邦法、州法与城市之法规与执行,法院之普通法原则与判例更是美国劳动法制重要之构成部分。而仅是其国劳工部所主管之制定法即有两百多部,本文无法关照到多元且大量之州法与城市之法规,是以本文以探讨联邦法之发展趋势为主,且仅能涉及小部分之联邦法规。本文对劳动法之分类方式,区分集体劳工法与个别劳工法,并区分个别劳工法为劳动关系法与劳动保护法,以讨论美国劳动法之发展趋势。

* 中国文化大学法律系教授。

- 〔1〕 Carlton J. Snow(2002). "American Law in A Time of Global Interdependence; U. S. National Reports to The XVITH International Congress of Comparative Law; Section III Collective Agreements and Individual Contracts Employment in Labor Law" 50 *Am. J. Comp. L.* 319; Kenneth Dau - Schmidt, Employment in the New Age of Trade and Technology; Implications for Labor and Employment Law, 76 *Ind. L. J.* 1 (2001).
- 〔2〕 Stephen F. Befort (2002). "Labor and Employment Law at the Millennium: A Historical Review and Critical Assessment" 43 *B. C. L. Rev.* 351.
- 〔3〕 David Weil (2007). "Crafting A Progressive Workplace Regulatory Policy: Why Enforcement Matters" 28 *Comp. Lab. L. & Pol'y J.* 125.

美国劳动法之发展趋势中,在集体劳动法方面,其全国劳工关系法为其劳工行使劳动三权之主要之支柱,2005年其全国劳工关系法已届满70周年,然而变革之呼声甚多。而2007年国会之修正法案,差一点即可对其完成一些变革之立法,然并未成功。而在个别劳资争议处理方面,雇主所支持之个别劳资争议处理制度近年继续发展成长。此两者之发展与演变,可供吾人一窥美国劳动法之最新发展趋势。

而劳动关系法之发展趋势方面,因近年美国工会覆盖率极低,其基于个别劳动契约之劳雇关系已取代团体协约下之集体劳资关系,而为在绝对多数在职场工作之劳工所适用之主要劳动关系体制。美国之实证研究发现以个别劳动契约为基础之劳雇关系其就业安全(job security)保护情况较团体协约下之集体劳资关系下为差,其原因乃在此一体制下,其国劳动契约之主要机制为自由意志解雇原则。观察该原则与其例外之发展与演变,可供吾人一窥美国劳动法之最新发展趋势。

而在美国劳动保护法方面,美国所立之各种规制性之个别劳工保护法(regulatory employment law)可以概分为其中之一类为就业歧视防制之个别劳工保护法,而另外者为其他各种个别劳工保护法。个别劳工保护法亦已取代多年来原有美国之集体劳工法下之团体协商之保护劳工之体制。因其全国劳工关系法相关制度之变革仍旧未明,其国以个别劳动契约关系为基础,制定各种个别劳动保护法而规制雇主以保护劳工之立法继续增多,而目前各种个别劳工保护法已为保护劳工权益之主要手段。然而,其立法在整体上欠缺原则架构之一致性。但近年其一些法规之立法争议与法院判决之发展,可供吾人一窥其国劳动法之发展趋势。

而其国非典型劳动之发展,使雇佣形态多样化。^[4]基此之原因,部分工时、暂时性、派遣劳动关系更加增生,并成为其国之雇佣趋势,非典型劳动关系的发展,无法逆转。自1984年起,美国每八个新工作,就有一个是暂时性的工作(Temporaries)。^[5]其态样如派遣劳工(temporary help supply, leased worker, borrowed worker, labor-only contracting, dispatch workers)、部分工时劳工(part-timers)、季节性工作者(casual and seasonal workers)、暂时性劳工(temporary workers, direct temporary workers)、定期契约劳工(fixed-term contract workers)、兼职劳工(moonlighter)、自由撰述者(freelancers)、在家工作劳工(home workers)、电传劳工(tele-workers)、^[6]一职双人(job sharing)、自营作业者(self-employed)及独立承揽人(independent contractor)。^{[7][8]}而美国对其非典型劳动之劳工之相关劳工保护,仍然是黑洞。对其近年之相关争议之观察,其中以独立承揽人与派遣劳工之劳工保护问题最多。了解其两者之法院判决之发展,可供吾人一窥其国劳动

[4] Belinda M. Smith(2002). "Time Norms in the Workplace: Their Exclusionary Effect and Potential for Change" 11 Colum. J. Gender & L. 271

[5] 盛惠煜:“加强非典型雇佣形态劳动者之劳动条件保护研究”,载《台湾银行季刊》第55卷第4期。

[6] Yehuda Baruch "The legal aspects of teleworking" 12 (3) Human Resource Management Journal 61-75 (2002).

[7] 其实,若以英文直译成中文,这些名词往往有其界定上不明确之处。有些名词,其意义在法律关系上并不是从事暂时性劳动。而例如,Temporary help supply, Temporary help service 望文生义,容易被误以为为一般之暂时性劳动而非为派遣劳动,但其意义实为中文之派遣劳动。

[8] 郑津津:“劳动派遣相关法律问题之探讨”,载《就业训练》第16卷第6期。

法之发展趋势。

为行文方便本文第一段为序言、第二段为讨论近年劳动三权之一些变革发展、第三段为讨论自由意志解雇原则与其例外之发展、第四段为讨论各种个别劳工保护法成为保护劳工主要规范、第五段为讨论非典型劳动相关劳工保护问题之发展以及第六段为结论。

二、近年劳动三权制度之变革发展

(一)美国全国劳工关系法极可能变革

美国之工会运动实行经济性工会主义,使其劳资间阶级意识甚为淡薄,但却使劳工付出劳动三权常受损之代价。^[9] 工会常被认定为仅是为己利(self-serving)而进行相关团体行动,而工会是一特殊利益团体,无法与其他社会伙伴团体之支持结合,其实亟须变革。

且其国法院体系甚为保守,其法院判决所建立之制度常不利于劳动三权之发展。例如,美国最高法院在 *NLRB v. Yeshiva University* 一案中,^[10] 宽松认定何谓为全国劳工关系法下之管理人员与监督人员而排除其于加入工会之外,使该案百分之三十一至四十之员工被排除于加入工会之外。而全国劳工关系法被法院以判决解释可以合法雇佣永久替代劳工以取代罢工劳工。

而全国劳工关系委员会对全国劳工关系法之执行亦有许多不利劳动三权发展之特质,第一个特质是认定美国许多雇主积极反对工会之组织行动之行为为不违法,雇主之许多反工会战术之行为都被全国劳工关系委员会认定为合法,例如,最近 2007 年之案例即是全国劳工关系委员会以三对二之票数决议雇主可以禁止劳工以 e-mail 进行团结活动。^[11] 第二个特质是因全国劳工关系法之管制机制(NLRA regulatory scheme)之失灵,^[12] 全国劳工关系委员会无法适当地对不合法之行为予以吓阻。

而虽然美国劳工团体对于传统劳动法之修正方向一向争议不断,^[13] 但 2007 年在民主党为多数之国会,提出号称两党共同支持之 2007 年受雇人自由选择法(the Employee Free Choice Act, EFCA)法案,^[14] 期待能修正全国劳工关系法,而对此一修正立法之支持,各劳工团体却是异常团结一致。^[15] 该法为对全国劳工关系法制度上之一些技术上之变

[9] Stephen F. Befort, *supra* note 2 at 376.

[10] *NLRB v. Yeshiva University*, 444 U. S. 672 (1980).

[11] The Guard Publishing Company, NLRB Decision And Order dated December 16, 2007.

[12] Stephen F. Befort, *supra* note 1 at 372.

[13] Julius Getman (2003). "The National Labor Relations Act: What Went Wrong; Can We Fix It?" 45 *B. C. L. Rev.* 125, 126-27, 138-46; Paul C. Weiler (2001). "A Principled Reshaping of Labor Law for the Twenty-First Century" 3 *U. Pa. J. Lab. & Emp. L.* 177, 185-206. Richard B. Freeman, Will Labor Fare Better Under State Labor Relations Law?, in *Labor and Employment Relations Association Series; Proceedings of the 58th Annual Meeting* 125, 126 (2006).

[14] S. 1041, 110th Cong. (2007); H. R. 800, 110th Cong. (2007).

[15] Michael M. Oswalt (2007) "Note: The Grand Bargain: Revitalizing Labor Through Nlra Reform and Radical Workplace Relations" 57 *Duke L. J.* 691.

革,美国劳联—产组(AFL-CIO)与其他许许多多团体之网站皆大力鼓吹该法,^[16]而希拉里于竞选过程也公开支持。然而,该法虽在众议院获得通过,于2007年7月间却在参议院为终止冗长辩论(filibuster)径行表决(cloture)之表决过程中,因需60票方能通过,却以51票赞成之9票之差未获通过。^[17]因而,其全国劳工关系法之变革暂时停滞。

然而,由该修正法案之主要内容,可观察到美国之全国劳工关系法修正之发展趋势。其主要修正之一为修正全国劳工关系法传统上之秘密投票以决定代表工会之制度。而改采加拿大较通行之劳工签署授权卡(authorizations)以指定工会为团体协商代表。^[18]因而,此一改革又称授权卡验证(card-check)或多数签署(majority sign-up)制之改革。其为修正全国劳工关系法之9(c)项之规定。事实上,依全国劳工关系法工会以授权卡之方式本来就可以取得唯一代表权,但需经雇主承认,全国劳工关系法本来即并未予排除,全国劳工关系委员会与法院一向会予以支持。^[19]于2005年,百分之七十以上之新成立之工会会员劳工皆是以授权卡之方式参与之。^[20]此一改革,仅是使签署授权卡制取代秘密投票而原则上为劳工选择工会为其唯一代表之主要制度。

其第二项主要修正规定为对首次团体协约之协商,若当事团体无法在九十天之内达成团体协约,应进行调解与仲裁(first-contract mediation and arbitration)。此为修正全国劳工关系法之第八条之规定。其实克林顿总统时代之邓洛普未来劳资关系委员会即已建议团体协约之协商遇有争议时,应尽早提供当事团体间之调解。

其第三项主要修正为对于劳工之工会代表权争取(union campaign)与第一次团体协约之协商期间,行不当劳动行为之雇主之处罚予以加重。其处罚包括三倍回复工资、民事处罚以及全国劳工关系委员会得向法院申请禁制令,若该委员会发现雇主有干预劳工之组织权或第一次团体协约之协商权情事。此为修正全国劳工关系法之第10(1)、10(c)及第12条之规定。而其中之全国劳工关系委员会得向法院申请禁制令之修正,其实多年前邓洛普未来劳资关系委员会亦已建议之。

(二)雇主所支持个别劳资争议处理制度之发展成长

近年处理个别劳资争议之仲裁,有明显的成长。劳动契约中约定仲裁条款属于劳资争议发生前预先约定之仲裁。此一个别劳资争议制度不一定有利于劳工。因个别劳工可能会被要求要分担仲裁费用,且基于个别劳动契约之仲裁,往往是雇主单方面强加之契约约款,其双方并无以势均力敌之谈判而调整双方之条件之意义。而且仲裁对雇主有利,因

[16] American Bar Association, <http://www.abanet.org/labor/newsletter/pp/summer05/hiatt.html>. Visited Dec. 4, 2007.

[17] 在众议院是241票赞成对,185票反对,8票弃权。在参院是51票到48票。该案在参院需60票方能通过赞成票却仅51票。

[18] Michael M. Oswalt, *supra* note 15 at 694.

[19] *NLRB v. Gissel Packing Co.*, 395 U. S. 575, 596-97 (1969); *Int'l Union of Operating Eng'rs, Local 150 v. NLRB*, 361 F. 3d 395, 399-400 (7th Cir. 2004); *NLRB v. Lyon & Ryan Ford, Inc.*, 647 F. 2d 745, 751 (7th Cir. 1981); *NLRB v. Broadmoor Lumber Co.*, 578 F. 2d 238, 241-42 (9th Cir. 1978); *MGM Grand Hotel, Inc.*, 329 N. L. R. B. 464, 464, 466 (1999).

[20] Steven Greenhouse (2006). "Employers Sharply Criticize Shift in Unionizing Method to Card from Elections" N. Y. Times, Mar. 11, 2006, at A9.

为其往往已有经验,而往往为多次经验者(repeat player),而劳工往往为单次经验者(one-shot player),^[21]而且仲裁人常是雇主所经常选任使用之人。若为雇主持之仲裁人,且其费用由雇主负担,如何期待该仲裁人之公正不偏袒于雇主。因而,公平就业机会委员会、劳工部与全国劳工关系委员会对于个别劳动契约之当事人在劳资争议发生前预先约定于劳动契约之仲裁条款之效力一向采取反对之立场。

1. 其成长之法律制度上的背景因素

处理个别劳资争议之仲裁的成长,是在美国最高法院在1991年之 *Gilmer v. Interstate/Johnson Lane Corporation* 一案解释1925年联邦仲裁法(Federal Arbitration Act, FAA)之规定后才发展的。^[22] 实证研究发现在该案之前,低于百分之二之非工会会员之个别劳动契约中约定有此一仲裁条款。^[23] 因以往基于个别劳动契约关系所生之个别劳资争议,于争议前当事人预先约定有仲裁条款者(pre-dispute employment arbitration),就该仲裁条款,任一方当事人可以在最后仲裁判断完成前得予以撤销(revocable)。依此一普通法上之得撤销原则,任一方当事人可主张执行仲裁判断或进行妨诉抗辩(stay litigation),但其权利可能会被他方撤销。

而1925年联邦仲裁法第一条规定劳动契约(contracts of employment)并不适用于该仲裁法之仲裁规定。然而美国最高法院却在 *Gilmer v. Interstate/Johnson Lane Corporation* 案中判决个别劳动契约中所约定之仲裁条款,其所衍生之仲裁判断,得予有效执行。而就该法第一条劳动契约(contracts of employment)不适用之问题,在2001年之 *Circuit City Stores, Inc. v. Adams* 一案中,^[24] 最高法院解释不适用该法之劳动契约仅限于海员与铁路劳工之劳动契约。因为此两案之判决,使基于个别劳动契约关系而生之个别劳资争议之诉怨与仲裁,因而得以成长。

在 *Cole v. Burns International Security Services* 一案中,^[25] 哥伦比亚巡回法院具体阐释 *Gilmer* 案,而对争议前预订之仲裁条款之生效设有五个要件(five safeguards),其需中立之仲裁人(a neutral arbitrator)、发现程序之使用机会(opportunity for discovery)、书面之仲裁判断(a written award)、法律所规定之所有赔偿(availability of all remedies available at law)以及劳工不负担仲裁费用(no arbitrators' fee for the employee)。

2. 雇主亦不希望诉讼

由于工会参与率大幅下降,因而劳资争议是否进行诉讼几乎都是在雇主之一方面而决定,然雇主多半以非诉讼之争议处理之以避免诉讼,或即使没有工会存在亦与受雇员工沟通解决。因而,雇主所支持之基于个别劳资争议之仲裁当然会成长。其实,雇主之主要考量当然是为了诉讼之成本。*Katherine v. Stone* 指出尤其是为避免20世纪90年代大量

[21] Id. at 330.

[22] *Gilmer v. Interstate/Johnson Lane Corporation* 500 U. S. 20 (1991).

[23] Carlton J. Snowsupra note 1, at 327.

[24] *Circuit City Stores, Inc. v. Adams* 532 U. S. 105 (2001).

[25] *Cole v. Burns International Security Services* 105 F. 3d 1465 (D. C. Cir 1997).

增加而且高诉讼成本之就业歧视诉讼。^[26]而 Wheeler, Klass & Mahoney 也指出因避免自由意志解雇例外之不当解雇或违反契约争议所生之潜在之法律责任,^[27]亦是雇主使用处理个别劳资争议之仲裁之原因。美国证券业之实证经验发现使用处理个别劳资争议之诉怨与仲裁,使雇主之获利增加百分之三。^[28]

三、自由意志解雇原则与其例外之发展

(一) 自由意志解雇原则仍为坚实之普遍适用之原则 (Established Rules)

传统的普通法原则,依 *Martin v. New York Life Insurance Co.* 一案之解释,^[29]劳动契约原则上是不定期,而可任意由一方当事人予以终止而不需预告 (notice)。^[30]依此原则下,劳工对劳动契约终止,无任何求偿基础,因而劳工工作之有无,全然在雇主之自由意志下。虽然美国仍有许多人认为美国对劳雇间之个别劳动关系已有过度规制之现象,但其与任何工业化国家甚至一些后进国不同,美国之劳动契约之终止一事,法院普遍 (universal) 仍系坚实的采自由意志解雇原则,因而系为解雇自由原则,解雇劳工无须有正当事由且并无须予以预告。

在 *Skagerberg v. Blandin* 一案中,^[31]法院称长久性 (permanent)、持续性 (lasting)、恒常性 (constant) 或稳定性 (steady) 之名词,于适用于劳动关系 (employment) 时,并不构成一生性之劳动契约 (a contract of employment for life) 或任何确定期间 (any definite period),且该契约属于自由意志之雇佣 (hiring at will),且可被任何一方在任何时间予以终止 (may be terminated by either party at any time)。^[32]而在 *East Line & Red River Railroad Company v. Scott* 案中,^[33]该受雇人是与该铁路公司和解其个人之工伤事件争议,而其和解条件为该铁路公司同意其雇佣之工作期间是该劳工所想要之工作期间为和解约定之期间,但其仍被解雇,法院仍采自由意志原则判决铁路公司胜诉。在雇主得自由意志 (at will) 任意解雇劳工之劳动关系原则下,定期与不定期,其实质意义相同,都可以随时被解雇。因而,其国学者戏称在美国法院眼里,正当解雇事由,即是没有事由 (just cause is

[26] Katherine Van Wetzel Stone (1999). *Employment Arbitration Under the Federal Arbitration Act*, in *Employment Dispute Resolution and Workers Rights* 27, 37 (Adrienne E. Eaton & Jeffery H. Keefe eds., 1999).

[27] Hoyt N. Wheeler, Brian S. Klaas & Douglas M. Mahony, *Workplace Justice Without Unions* 16-17 (2004).

[28] Steven E. Abraham & Paula B. Voos, (2000). "Empirical Data on Employer Gains from Compulsory Arbitration of Employment Disputes" 4 *Emp. Rts. & Emp. Pol'y J.* 341.

[29] *Martin v. New York Life Insurance Co.*, 148 N. Y. 117, 42 N. E. 416 (1895).

[30] Matthew W. Finkin (2006). "Shoring Up The Citadel (At-Will Employment)" 24 *Hofstra Lab. & Emp. L. J.* 1; William Prosser (1965). "The Fall of the Citadel (Strict Liability to the Consumer)" 50 *Minn. L. Rev.* 791; William Prosser, *The Assault Upon the Citadel*, 69 *Yale L. J.* 1099 (1960). Lance Liebman, Foreword to *Restatement of the Law (Third) Employment Law (Discussion Draft 2006)*.

[31] *Skagerberg v. Blandin* 266 N. W. 872 (Minn. 1936).

[32] *Id.*

[33] *East Line & Red River Railroad Company v. Scott* 10 S. W. 99 (Tex. 1888).

no cause)。^[34]

学者 Rafael Gely 认为美国之劳动契约之约定当事人间契约交易之标的,仍有将劳工之时间与活动视为是雇主之财产之假设。^[35]其劳动契约之本质与内容有其法律上专制之本质(a state of tyranny)。^[36]因而,任何要调整劳雇间关系之事项,皆属于介入雇主之权利,而必须有正当之事由(has to be justified)。^[37]其间关系之理论基础,以劳工工作是雇主购买之时间,因而雇主可以控制劳工工作之所有生活事务。^[38]

此普通法下之自由意志解雇原则,迄今仍被称许为自由企业之基石(essential to free enterprise)。威斯康星州州法院在 2002 年之 *Bammert v. Don's Super Valu, Inc.* 一案判决称,^[39]自由意志解雇原则是我们普通法 1871 年以来之稳定之基础(stable fixture)。科罗拉多州州法院在 2002 年之 *Wisehart v. Meganck* 一案中认为,自由意志解雇原则为自由市场制度之核心原则。^[40]各州法院对此普通法原则之适用,并无拒斥之处。而此类普遍支持自由意志解雇原则之见解不仅是司法判决如此解释,许多学者之理论亦同意之。

(二)自由意志解雇原则之例外

美国法院可能因为要回应个别劳工之权益在新经济环境下之不利情势,自由意志解雇原则有些微松动(modest erosion)之发展。由于自由意志解雇之权限存在,显然在劳雇关系中雇主之权力非常大,对雇主之权利限制,在各州不断在发生。^[41]过去 30 年来在许多地方之法院,对该原则发展出一些例外。例如,违反公共政策(in violation of public policy)、违反公共义务(public duty)、默示契约(implied contract)、诚信与公平交易之默示合意(implied covenant of good faith and fair dealing)等例外。一些州法亦以制定法之方式在特殊情况下保护劳工免于被解雇。因而,自由意志解雇原则为假设上之劳雇关系之基础,然而有许许多多之限制与例外。然而,此些例外实在仅能称是自由意志解雇原则之些微松动而已,并不是重大变革,其为基于普通法上之例外。其源于普通法之本质(Inherent to Common Law),各州法官判决,平衡适用或不适用不同法律原则时,在不同州常会做成不同结论,而产生其间之差异与不协调(incoherence),其各个州之例外差异甚大。

1. 解雇劳工需有正当事由之立法

蒙大拿州是美国唯一立法排除自由意志解雇原则之州。^[42]该州制定有不当解雇法

[34] Clyde W. Summers "Employment at Will in the United States; the Divine Right of Employers" 3 *U. Pa. J. Lab. & Emp. L.* 70 (2000).

[35] Rafael Gely (2001). "Distilling The Essence of Contract Terms: An Anti - Antiformalist Approach to Contract and Employment Law" 53 *Fla. L. Rev.* 669.

[36] *Id.* at 670.

[37] *Id.*

[38] *Id.* at 671.

[39] *Bammert v. Don's Super Valu, Inc.*, 646 N. W. 2d 365, 369 - 70 (Wis. 2002).

[40] *Wisehart v. Meganck*, 66 P. 3d 124, 128 (Colo. Ct. App. 2002).

[41] Scott A. Moss (2005). "Where There's At - Will, There Are Many Ways: Redressing the Increasing Incoherence of Employment At Will" 67 *U. Pitt. L. Rev.* 295.

[42] William R. Corbett, The Need for a Revitalized Common Law of the Workplace, 69 *Brook. L. Rev.* 91, 133 (2003).

(Wrongful Discharge from Employment Act of 1987)。^[43] 依该法,任何劳工经过6个月之适用期间后,若非被以基于合理事由(good cause)而解雇时,皆得对其雇主主张不当解雇。^[44] 而所谓之合理事由是指合理之工作有关之解雇理由,^[45] 其基于(劳工)怠于履行职务,中断雇主之营运或其他合法之商业上原因。

2. 公共政策例外

多数州之自由意志解雇原则之例外,包括有公共政策例外。^[46] 但亦有没有公共政策例外之州者,纽约州即无此例外。在此一例外下,劳工可以针对雇主之解雇行为,因是①故意要求劳工执行一非法行为或限制劳工不执行公共义务(public duty),②为违反一既定之公共政策(established public policy),以及③因劳工拒绝屈从(accede to)雇主之意愿,而主张雇主之解雇为违反公共政策。

然而,何谓公共政策之具体事项包罗许多事项。在近年之案例中,系争议之解雇所涉及之公共政策之事项,不仅曾含有员工对外揭露不法(employee whistleblowing)之案例,且曾包括有员工拒绝配合违反工作场所之安全事务(workplace safety violations)之案例、雇主不能因要求没有驾照之劳工拒绝开车而予解雇之案例,^[47] 以及雇主不得因员工依医生之指示拒绝提早回复工作之原因而予解雇之案例。^[48]

威斯康星州是唯一一个州立法禁止“工作时间”(working hours)危及于(dangerous)或歧视及于(prejudicial to)劳工之生命、安全卫生或福利。^[49] 然该法对“工作时间”并未特别规定何一“工作时间”,而此“工作时间”却构成为该州之一既定之公共政策,得供劳工主张雇主之解雇行为违反此一公共政策。于 *Kenneth E. Wilcox, v. Niagara of Wisconsin Paper Corporation* 一案第七巡回法院即以此一规定是为威斯康星州之公共政策而判决雇主之解雇行为,违反该州之此一公共政策。^[50] 但即令如此,在 *Bammert v. Don's Super Valu, Inc.* 一案中,威斯康星州法院仍称劳工主张解雇为违反公共政策之依据基础需系为一狭窄具体之主张,^[51] 该州法院并不赋予劳工概括性之主张权利(generalized employee right)。因而,公共政策之具体事项,仍需个案决定,例如,在 *Schultz v. Prod. Stamping Corp.* 一案中,该州法院对于不参加一退休计划而被解雇之劳工,即不以其雇主之行为违反公共政策。^[52] 而在 *Tatge v. Chambers & Owen, Inc.* 一案中,对拒签竞业禁止约款而被

[43] Montana's "Wrongful Discharge from Employment Act" of 1987, Mont. Code Ann. § 39-2-901 to -915 (2003).

[44] Id. § 39-2-904(1)(b).

[45] Id. § 39-2-903(5).

[46] Scott A. Moss, *supra* note 41 at 305. 少数州并不实行自由意志解雇原则之公共政策例外,如纽约州。请参阅 *Horn v. N. Y. Times*, 790 N. E. 2d 753, 759 (N. Y. 2003)。

[47] *Kempfer v. Automated Finishing, Inc.*, 564 N. W. 2d 692, 698 (Wis. 1997). 该案件中威斯康星州州法对驾驶商用汽车有特别规定,此被认定为一种公共政策。

[48] *Wilcox v. Niagara of Wis. Paper Corp.*, 965 F. 2d 355, 356 (7th Cir. 1992).

[49] Wis. Stat. § 103.02 (2002).

[50] *Kenneth E. Wilcox, v. Niagara of Wisconsin Paper Corporation* 965 F. 2d at 357-58.

[51] *Bammert v. Don's Super Valu, Inc.*, 646 N. W. 2d 365, 369 (Wis. 2002).

[52] *Schultz v. Prod. Stamping Corp.*, 434 N. W. 2d 780, 785 (Wis. 1989).

解雇之劳工,不认为其雇主之行为违反公共政策。^[53]

而对劳工拒斥不法之性的冒犯而衍生之解雇行为亦往往为违反公共政策,例如,在 *Monge v. Beebe Rubber Co.* 一案中,^[54] 新罕布什尔州之州法院将劳工拒斥不法之性的冒犯而衍生之解雇行为判为无效。因其解雇为基于恶意(bad faith or malice)与报复,此非有利于经济体系或公共利益(public good),且构成契约之违反。

3. 默示合意之例外(Implied Covenant Claims)

此一例外是以默示合意存在,而认定雇主之自由意志解雇不合法。多数州之法院并不采此一例外。^[55] 威斯康星州之法院即是不采此一例外者。

而默示合意存在之具体事项亦包罗许多。例如,在薪资发放到期日前解雇劳工。(termination just before compensation due)此雇主之自由意志解雇权利实与其契约当事人之诚信义务有所抵触。

尤其是薪资福利制度使得劳工取得薪资或福利会有递延性(deferred compensation)时,雇主之自由意志解雇更会发生争议。例如,业务员之佣金(commissions),或受担保的年终奖金与分红(guaranteed bonus)或与绩效连动之奖金之给付。^[56] 因雇主之此些具有递延性之薪资或福利之制度,使自由意志解雇之行使,对各该制度下之员工取得其薪资或福利更为不利。雇主当然会想要以解雇而可以不履行其应给付员工之尚未到期(not - yet - due)之薪资或福利。因而,许多州之法院以默示之诚信之意思或公平交易存在,以排除雇主不当以自由意志解雇之行使,而逃避其应给付递延性薪资或福利之责。

由于美国各州都有两个法院体系,联邦法院体系与州法院体系。在纽约州则只限于该州之联邦法院体系采此一例外,第二巡回法院在 *Wakefield v. Northern Telecom, Inc.* 案中承认此一例外,认定一业务员被解雇是因雇主欲剥夺其佣金之请求权益。^[57] 该法院认为对该劳工自由意志解雇原则得适用,然而,诚信之意思存在于使该劳工得以取得其福利之给付是必要的,该诚信之意思是默示地使当事人间之意思得以生效(effectuate the intent of the parties)。然而,所有的纽约州之州法院却未采此一默示合意存在之例外。在 *Gallagher v. Lambert* 一案中,州法院拒绝劳工主张其被解雇是因其雇主在其股票买回之利益实行日前,因其有可得自该实行而获利之原因而被解雇。^[58] 在 *Ingle v. Glamore Motor Sales, Inc.* 一案中,有相同之事实但州法院亦不采默示合意存在为自由意志解雇原则之例外。^[59]

而加州扩张默示合意存在之例外,对被长期雇佣之劳工,明显地保护其免于在无正当事由下被解雇。于1998年的 *Foley v. Interactive Data Corp.* 一案中,^[60] 加州法院认为即使没有明示之契约存在,基于人事政策与雇主之惯行(practices),劳工之长期的服务

[53] *Tatge v. Chambers & Owen, Inc.*, 579 N. W. 2d 217, 225 (1998).

[54] *Monge v. Beebe Rubber Co.*, 316 A. 2d 549, 551 - 52 (N. H. 1974).

[55] Scott A. Moss, *supra* note 41 at 321.

[56] *Id.* at 320.

[57] *Wakefield v. Northern Telecom* 769 F. 2d 109 (2d Cir. 1985).

[58] *Gallagher v. Lambert* 549 N. Y. S. 2d 945 (1989).

[59] *Ingle v. Glamore Motor Sales, Inc.* 535 N. E. 2d 1311, 1314 (N. Y. 1989).

[60] *Foley v. Interactive Data Corp.*, 765 P. 2d 373, 387 (Cal. 1998).