

# 不当解雇行为协作治理研究

贺 玲

(四川大学 法学博士后科研流动站, 四川 成都 610225)

**摘要:** 劳动关系是一种典型的关系契约, 劳动契约的规制需要遵循劳动关系作为关系契约的内在逻辑。关系契约当事人之间的合作并不完全依赖于法律制度对于不轨行为的制裁促成, 还通过合作的非法律机制得以保障。解雇保护法律制度凭借法律规范抑制劳动关系存续期间雇主的机会主义解雇行为, 从而保障劳动者职业安定权的实现。但是, 劳动契约的关系契约性与人力资本的监督难题交织导致不当解雇纠纷对于司法治理机制的适应性不良。无论从维持关系, 还是从证据的可观察、可检验要求角度而言, 关系契约语境中的不当解雇行为规制都不宜采取“法律中心主义”的治理模式, 其治理方式应当柔性化。劳动力市场声誉机制、专用性人力资本投资对抑制解雇机会主义行为具有相对于法律制度的比较优势。

**关键词:** 关系契约; 职业安定权; 不当解雇; 解雇保护制度; 协作治理

**中图分类号:** D912.5 **文献标识码:** A **文章编号:** 0257-0246 (2016) 07-0235-09

## 一、问题的提出

市场机制本身存在的固有缺陷导致异质性的个体公民从市场竞争中获得足以维持其自身及家人生存、发展的资源具有不确定性, 如果不采取某种手段来具体保障个人生活, 个人抽象的人格价值就难以确保<sup>①</sup>。这便产生了国家介入市场进行再分配的需求, 形成了公民社会权的权利基础。《经济、社会和文化权利公约》(the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, CESCR, 以下简称《公约》) 确认了以工作权、社会保障权、获得适当生活水准、受教育权为内涵的社会权。虽然社会权的内容与国家经济、社会发展相适应而呈现出一定的扩张性, 但毫无疑问工作权是社会权权利丛的核心。不被不公平剥夺就业是工作权所确认的个人有自由选择或接受工作的权利题中之义。<sup>②</sup>国家对职业安定权承担“保护义务”, 按照艾德(Eide A.) 提出的社会权实现中国家义务三分法可知, “保护的义务”要求国家采取包括立法在内的手段以防止他人对个人权利与自由的侵害。<sup>③</sup>解雇保护法律制度便是通过立法限制雇主解雇权, 从而保障雇员职业安定权的一种劳动契约规制设计。我

基金项目: 西部民族法治发展与创新研究项目(15TD0049); 西南民族大学研究生学位点建设项目(2016XWD-S0301)。

作者简介: 贺玲, 四川大学法学博士后科研流动站研究人员, 西南民族大学法学院副教授, 研究方向: 经济法、司法制度。

<sup>①</sup> 大须贺明《生存权论》, 林浩译, 北京: 法律出版社, 2001年, 第162页。

<sup>②</sup> 《经济、社会和文化权利公约》第6条至第8条就工作权的定义、缔约国义务、个人权利及集体权利内涵做出了阐述, 要求缔约国承认工作权, 并采取适当步骤保障工作权的实现。另外, 2005年经济、社会、文化权利委员会第三十五届会议审议通过的第十八号一般性意见还对“工作权利”做出了专门阐释。

<sup>③</sup> 艾德(Eide A.) 提出了社会权实现中国家义务三分法, 即“尊重的义务”(respect)、“保护的义务”(protect)和“实现的义务”(fulfill)。第一层次的尊重义务被认为是国家的消极义务, 后面两个层次的义务都是国家的积极义务。“尊重的义务”禁止国家干涉或限制权利与自由的行使。“保护的义务”要求国家采取措施防止他人对个人权利与自由的侵害。“实现的义务”与“尊重的义务”“实现的义务”相比则具有计划性、长期性的特征。参见Eide A., “Human Rights Requirements to Social and Economic Development,” *Food Policy*, Vol. 21, No. 1, 1996, pp. 23-39.

国解雇保护制度对雇员职业安定权与雇主解雇权的权利配置是否达到了均衡状态?现行制度安排对雇员的倾斜性保护是否因为过度而导致了劳动力市场在安全性与灵活性之间的失衡状况?上述问题引发了笔者对我国当前不当解雇行为治理机制的反思。近日,关于《劳动合同法》是否增加了用工成本,以及劳动法律制度调整路径的争论令上述问题再次成为热议的焦点,其实,争论可以还原为劳动关系规制与自治之间如何协调这一本质性问题。在《劳动合同法》应当放松对劳动关系的管制呼声再起之时,极易被忽略的事实是,仅孤立地进行放松管制的法律制度调整,而非结构性、系统性地对劳资利益再平衡的制度调整可能造成国家违背与其所承担的与工作权有关的国际法律义务的后果——经济、社会、文化权利委员会于2005年第三十五届会议通过的关于工作权利的第18号一般性意见第21条规定,“就工作权利而言,原则上不应采取倒退措施。如果采取任何故意的倒退步骤,缔约国有举证的责任,证明它们是在考虑所有替代措施之后采取的,而且在最大限度充分利用了缔约国拥有的资源条件下,权衡《公约》规定的所有权利之后,属于合情合理的”<sup>①</sup>。在上述两难情境下,确有必要考量不当解雇行为治理机制,以及市场是否真的无力应对雇主不当解雇的机会主义行为。针对上述问题,文章以不当解雇行为治理为依托探讨职业安定权的实现机制,更为本质的立意在于探究劳动关系管制与自治的问题。

## 二、关系契约语境下劳动关系属性再认识

关系契约理论在解构了传统契约理论的同时,以社会学方法重建了一种全新的现代契约理论体系。麦克尼尔(Ian R. Macneil)是关系契约理论<sup>②</sup>的开创者,在麦氏的关系契约理论中,契约是有关筹划将来交换过程的当事人之间的各种关系。<sup>③</sup>他采取分立性契约(discrete contract)<sup>④</sup>与关系契约(relational contract)的两分法来构建关系契约理论。<sup>⑤</sup>分立性契约其实就是古典契约,对分立式交易最经典的描述莫过于:市场中两个陌生人相遇、协商、交换承诺,要么履约要么违约。如果发生争议,则提交法院判决是否存在违约及损害赔偿,赔偿金额严格以契约为基础、同时配合相关证据所证明的契约目的来确定。<sup>⑥</sup>与分立性契约不同的是,关系契约随着时间的延伸而继续,可能包含未来不确定时期内的一系列“市场交易”。关系契约强调个人在社会及经济关系中的相互依赖性。在关系契约中,信任、相互责任及关系都显得尤为重要,而这些要素并非具有法律上的强制执行力。虽然关系

① 张伟主编《国际人权文书:联合国人权条约机构通过的一般性意见和一般性建议汇编》,北京:中国财富出版社,2013年,第118-127页。

② 2000年,Ian R. Macneil将其改为“基本契约理论”(Essential Contract Theory)。虽然关系契约理论最初是作为更好的理解商业合同的工具而出现,不过其也对法社会学、法经济学等学科产生了一定的影响。但事实上,关系契约理论从其诞生之日起,就一直是个备受争议的命题。如,Richard Posner认为,麦克尼尔非理性地敌视法律经济学,且“麦克尼尔的契约理论并没有什么实质内容”,参见理查德·A.波斯纳《超越法律》,苏力译,北京:中国政法大学出版社,2001年,第504页。另,Melvin A. Eisenberg认为“关系契约理论没有做的,以及不能做的,是创造关系契约法……关系契约并非特殊类型的契约,因为所有或几乎所有的契约都是关系性的。这就是我们为什么没有,而且不应当有关系契约法的原因。”参见Melvin A. Eisenberg,“Why There is no Law of Relational Contracts,”*Northwestern University Law Review*, Vol. 94, Issue 3, 2000, pp. 805-822。Richard E. Speidel认为虽然关系契约理论研究不少,但争议很大,而且在美国法院审判中也少对于该理论的引用,也就是说这一理论对于司法的影响有限,参见Richard E. Speidel,“The Characteristics and Challenges of Relational Contract,”*Northwestern University Law Review*, Vol. 94, Issue 3, 2000, pp. 823-846。

③ 麦克尼尔《新社会契约论》,雷喜宁、潘勤译,北京:中国政法大学出版社,2004年,第4页。

④ 值得注意的是,在麦克尼尔后期的著作中,他将“discrete contract”改为“as-if-discrete contract”,参见Ian R. Macneil,“Relational Contract Theory: Challenges and Queries,”*Northwestern University Law Review*, Vol. 94, Issue 3, 2000, pp. 877-908。

⑤ “discrete contract”的中文译法有:分立性契约(参见孙元欣、于茂荐《关系契约理论研究述评》,《学术交流》2010年8月)、个别性契约(参见麦克尼尔《新社会契约论》,雷喜宁、潘勤译,北京:中国政法大学出版社,1994年)等,本文采纳“分立性契约”译法。

⑥ Eric A. Posner,“A Theory of Contract Law Under Conditions of Radical Judicial Error,”*Northwestern University Law Review*, Vol. 94, Issue 3, Spring 2000, pp. 749-774。

契约理论在美国学术界引发了广泛的研究,但就如何将关系契约与其他类型的契约相区别以及现代契约法应当对关系契约理论做出怎样的回应分歧都较大,不过,关于关系契约以下三个特征的认识却相对较为统一。(1) 期间持续性。关系契约的持续时间较长,而非“一锤子买卖”。<sup>①</sup>(2) 交易中的某些方面难以在订立契约时测量或明确。这便要求立约时的计划策略,<sup>②</sup>如契约条款的开放性、契约中包含争议解决程序。(3) 交易中的相互依赖关系渗透于广泛的社会关系中。持续的关系可能关涉到第三人,如供应商、担保人、消费者及其他依赖于持续性关系的人。因此,关系契约不完全关涉双方当事人,从而突破了分立式交易的界限。<sup>③</sup>

劳动关系是典型的关系契约。现代劳动关系的意义远远超出了金钱与劳动的交易关系,雇主对于雇员的承诺也不仅仅是给付报酬,还包括了多元的正式与非正式承诺。首先,劳动关系的持续期间通常较长,这与市场中的即时交易有着本质上的区别。其次,劳动关系中的双方当事人都可能产生专用性资产投资。一方面,劳动关系中的人力资本具有专属个人的产权特性。人的健康、体力、经验、生产知识、技能和其他精神存量的所有权无法与其载体分离,因此,人力资本是一种独特的资产。<sup>④</sup>另一方面,人力资本作为一种根植于人的自身存在中的经济资源配置能力,是巴泽尔所说的“主动资产”,个人对这类资产的开发利用拥有完全的控制权,其运用只可“激励”而无法“压榨”,外界约束无法对人力资本的质与量进行有效或准确的测量与控制。<sup>⑤</sup>再次,劳动关系中的雇员需要与他人合作,在合作中则可能形成完全独立于劳动契约的私人关系,表现为友谊、声誉、相互依赖性以及利他主义。<sup>⑥</sup>“许多人的身份和自我形象完全是在工作中形成的,因此失业或退休不仅导致收入的损失,而且还失去了自我界定和社会位置。”<sup>⑦</sup>雇员通过劳动关系获得的不仅是货币性收入,还得到了友谊、安全性、尊严、自我尊重等其他非货币性利益。劳动契约是关于雇主与雇员未来合作关系的协议,未来合作本质上就充满了各种不确定性,其符合“期间持续性”“可能产生专用性资产”“交易中的相互依赖关系渗透于广泛的社会关系中”的关系契约特征。

劳动关系超越了工资—劳动的交易,发展了建立在信任、承诺及团结等基础之上的复杂个人关系。劳动关系之关系契约定性的目标在于将劳动关系中的当事人置于“关系紧密”的社会条件之下,当这一条件成就时,则可能产生非法律的合作机制。麦氏对关系契约治理的描述如下:“无法完全对关系契约进行计划,有可能对其结构进行筹划。”即关系契约的治理不仅依赖于对交易结构的事前理性规划,还依赖于关系性规范的调整。关系性规范包含社会过程和社会规则,与正式的制度安排共同保证了关系契约的履行。<sup>⑧</sup>按照关系契约的治理机制,劳动关系的治理也应当对应于社会规范与法律规范的协同治理结构,而非“法律中心主义”的治理模式。法律与关系 (relationships) 解决合作问

<sup>①</sup> Ian R. Macneil, “Contracts: Adjustment of Long-Term Economic Relations Under Classical, Neoclassical and Relational Contract Law,” *Northwestern University Law Review*, Vol. 72, Issue 6, 1978, pp. 854-905.

<sup>②</sup> Ian R. Macneil, “Primer of Contract Planning,” *Southern California Law Review*, Vol. 48, Issue 3, 1975, pp. 627-704.

<sup>③</sup> Richard E. Speidel, “Characteristics and Challenges of Relational Contracts,” *Northwestern University Law Review*, Vol. 94, Issue 3, Spring 2000, pp. 823-846.

<sup>④</sup> 周其仁 《市场里的企业: 一个人力资本与非人力资本的特别合约》,《经济研究》1996年第6期。

<sup>⑤</sup> 李杰 《劳动契约不完全及其关系治理》,《生产力研究》2008年第6期。

<sup>⑥</sup> Joshua P. Rubin, “Take the Money and Stay: Industrial Location Incentives and Relational Contracting,” *New York University Law Review*, Vol. 70, Issue 6, 1995, pp. 1277-1323.

<sup>⑦</sup> 文森特·帕里曼等 《当代社会问题》,周兵等译,北京: 华夏出版社,2002年,第365页。

<sup>⑧</sup> Ian R. Macneil, “Contracts: Adjustment of Long-Term Economic Relations Under Classical, Neoclassical and Relational Contract Law,” *Northwestern University Law Review*, Vol. 72, No. 6, 1978, pp. 340-418; Ian Macneil, “Values in Contract: Internal and External,” *Northwestern University Law Review*, Vol. 78, Issue 2, p. 347. 麦克尼尔将契约规范类型化为三类: 共同契约规范、分立性规范、关系性规范。无论是分立性契约规范还是关系契约规范,都是某些共同契约规范的强化或弱化。麦氏共概括了10个共同契约规范 (common contract norms), 即角色完整、互惠性、计划实施、合意实现、灵活性、契约团结、连结规范 (返还、信赖和期待利益)、权力的设置与限制、与社会本体的和谐、手段适当性。详细的论述可参见麦克尼尔 《新社会契约论》,雷喜宁、潘勤译,北京: 中国政法大学出版社,2004年,第33-66页。由于本文主要关注的并非契约规范结构,故对该问题在此不详述。

题的路径分别是：法律改变报酬格局——减少非合作行为的收益，从而解决合作问题；但关系的解决方式与法律手段完全不同，其有赖于重复博弈。<sup>①</sup>在长期持续性关系中的当事人处于重复博弈情境中，如果博弈者选择在某一局背叛，受害方将有机会在下一局中惩罚对方博弈者。关系中当事人的未来收益将导致每一局中的合作行为，<sup>②</sup>这种合作策略便使社会规范得以形成。换句话说，社会规范是经由重复博弈而非正式发展起来的某种依赖私人执行的规则或标准。而关系契约意味着随着时间的延续，契约当事人之间可能通过付出时间、精力而发展出种种私人关系，从而改变陌生人的关系状态，关系契约本身便是形成社会规范的“温床”。

### 三、不当解雇行为法律规制及其局限性

立法通过设立解雇保护制度对雇主的解雇自由加以限制，从而对不当解雇行为进行规制。解雇保护制度对于劳动契约自由的规制主要通过增加雇主的解雇成本，形成对不当解雇行为的威慑，激励雇主在制度框架内合法行使解雇权。但若对解雇行为规制过度，令劳资契约关系丧失连续性契约关系所应有的灵活性，将引发雇主的对策行为，因此，解雇保护法律制度设计需在雇员职业安定权与雇主解雇权之间达至法益平衡状态。

就解雇理由而言，我国解雇保护法律制度采取法定解雇理由立法形式。雇主行使解雇权援引的解雇事由必须落入《劳动法》及《劳动合同法》所明文列举的13项法定解雇事由“域”中以取得法律的合法性评价。法定解雇事由包括基于雇员行为不端及雇员能力欠缺两类，留待劳动争议仲裁或者劳动争议诉讼解决的仅仅是事实问题，即雇主的解雇事由是否符合法定解雇事由。<sup>③</sup>法定理由规则要求雇主向第三方裁判者举证证明实际的解雇理由，司法机制要求证据符合“可观察性”(observable)及“可检验性”(verifiable)标准。“可观察性”要求证据不仅是一种为争议当事人知晓的“私人信息”，而应当是可以为居中裁判的第三方与争讼双方所共同感知的“共有信息”。法院或者仲裁机构处于劳动契约之外，并无有关契约的细节性信息。“可检验性”标准要求与争讼相关的信息可在外部裁判者面前被客观地加以证实。法院、仲裁机构无法证实劳动契约中双方的履约情况。证据的“可观察性”及“可检验性”在一定程度上受制于人力资源监督和工作绩效考核的信息状态。雇主可能基于尚未收集到，或者根本就无法获得，或收集信息的成本超过了解雇所带来的收益而无法证明解雇理由。故法定理由规则有可能阻碍雇主虽然有法定解雇理由，但无法充分向第三方证实该理由的解雇行为。不仅如此，雇主解雇理由在符合合理理由，但并未落入法定解雇事由“域”中的解雇行为也将受阻。基于立法者“有限理性”的局限，法定解雇理由根本无法涵盖所有潜在的合理解雇理由，实际的解雇理由总是会呈现出不同的表现形式，列举法定解雇理由难免出现挂一漏万的情形。因此，法定解雇理由规则的设计在运行中总会遭遇无法包含现实合理的解雇理由及对法定解雇理由举证难的困境。严重违反规章制度与不能胜任工作是雇主援用最多的两种法定解雇理由，但是，二者都存在举证困境之中。

首先，严重违反规章制度是雇主行使解雇权的法定理由，但何为“严重违反”？依据《劳动部关于〈中华人民共和国劳动法〉若干条文的说明》第25条的规定可知，“严重违反劳动纪律”的行为

① Robert D. Cooter, "Against Legal Centrism," *California Law Review*, Vol. 81, Issue 1, 1993, pp. 417-430.

② Fudenberg, Drew Maskin, Eric S, "The Folk Theorem in Repeated Games with Discounting and with Incomplete Information," *Econometrica*, Vol. 54, No. 3, 1986, pp. 533-554.

③ “严重违反用人单位的规章制度的”“严重失职，营私舞弊，给用人单位造成重大损害的”“同时与其他用人单位建立劳动关系，对完成本单位的工作任务造成严重影响，或者经用人单位提出，拒不改正的”“以欺诈、胁迫的手段或者乘人之危，使用用人单位在违背真实意思的情况下订立或者变更劳动合同的”，以及“被依法追究刑事责任的”属于雇员行为不端的情形。雇员能力欠缺包括雇员“劳动者患病或者非因工负伤，在规定的医疗期满后不能从事原工作，也不能从事由用人单位另行安排的工作的”“劳动者不能胜任工作，经过培训或者调整工作岗位，仍不能胜任工作的”，以及“劳动合同订立时所依据的客观情况发生重大变化，致使劳动合同无法履行，经用人单位与劳动者协商，未能就变更劳动合同内容达成协议”的情形。

可依据《国有企业辞退违纪职工暂行规定》《企业职工奖励条例》等加以认定。另外,最高人民法院《关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释》(以下简称“《解释》”)规定了法院可以将规章制度作为审理劳动争议案件依据的两个条件,其一,规章制度制定的程序合法;其二,规章制度内容合法。<sup>①</sup>即使规章制度对何为“严重违法”加以界定,规章制度也会因交易环境的不确定性以及契约当事人的“有限理性”而无法预见所有未来的情形,从而无法将所有可能发生的情况进行事前明确。那么,如何就用人单位行使解雇权的事由并未明确规定在规章制度中的情形进行合法性评价?按照《劳动争议调解仲裁法》确立“谁主张,谁举证”这一一般性举证原则,雇主应当提供管理掌握的与争议事项相关的证据。另外,《解释》要求雇主承担因开除、除名、辞退、解除劳动合同、减少劳动报酬、计算劳动者工作年限等决定而发生的争议的举证责任。基于上述证明责任配置规则,雇主须就其解雇行为的合法性承担证明责任,否则解雇行为将被给予否定性法律评价,构成不当解雇。雇主对解雇理由承担证明责任意味着需要将更多的管理时间分配在收集工人不当行为证据之中。如果无法证明解雇理由符合法定理由,雇主会单边地被带入一种“锁定”的劳资关系,<sup>②</sup>退出成本大为上升。

其次,雇员和雇主建立劳动关系时所拥有的彼此的初始信息是不完善的,雇员与雇主达成的最初“匹配”可能并非最优,在经营过程中,雇主期望能解雇实际劳动生产率比预期水平低的雇员,但是雇主须就雇员“不能胜任工作”以及经过调岗或培训后“仍不能胜任工作”承担举证责任。事实上,基于人力资本监督和工作绩效考核的信息状态约束,企业并非具有信息比较优势的一方。反之,如果把该证明责任赋予雇员一方,其也会因受到相似的信息状态约束而无法就自身“胜任工作”进行证明。由此可见,双方就此法定事由并不能满足司法治理中证据必须具备的“可观察性”与“可检验性”要求。雇主适用“不能胜任工作,经过培训或者调整工作岗位,仍不能胜任工作”这一常规化的劳动合同单方解除条件作为解除无效率契约的法律工具并非易事。基于人力资源监督和工作绩效考核的信息状态约束,法律制度无法明确“不能胜任工作”的客观标准。“末位淘汰制”这一常见的企业人力资源绩效管理策略在我国劳动法律制度框架下并不具备合法性。由此可见,司法治理机制“外部视角”对证据有可观察、可检验性标准要求,取道法律规制路径对雇员的“职业安定权”进行保护与上述司法治理机制在证据上的刚性约束条件之间存在着适应性不良的问题。

再次,企业因经营对雇员人数的边际性调整在我国并非法定理由。根据我国劳动法律制度的规定,因为企业经营理由发生的劳动合同解除仅能在经济性裁员的情况下适用,而经济性裁员的批量化人数是由法律明确加以规定的,<sup>③</sup>但是,这无形之中形成了一个悖论:雇主根据市场变化逐步合理化劳动力数量是法律禁止的,但批量性裁员是可为的。虽然,批量性裁员制度设计所预设的前提是,裁员是雇主在陷入经营困难的情境下不得已而为,但这也有可能是由于雇主对劳动力数量微调的制度性障碍导致的后果。

通过上述分析可知,法定理由规则项下雇主退出成本高。雇主需要支付高额的监督成本,这一成本来源于信息收集(information-gathering)和备存记录(record-keeping),如果欠缺这些信息和记录,雇主将难以在诉讼或仲裁中合法化其解雇理由。法定解雇理由制度要求雇主颁布详细的人事政策及行为标准,这将令雇主支付大量的工作场所程序性成本。另外,潜在的解雇诉讼威胁将令雇主产生创建一个信息收集机构的需要,这一机构专职调查不端行为的认定实例,更谨慎并积极搜寻关于“偷懒”或不能胜任的实例,而这种内部调查和监督程序的执行费用很高,<sup>④</sup>将对中小企业用工成本造成极大的影响。此外,雇主会在初始缔约时尽力强化注意水平,以降低将来被单边锁定于无效率劳

① 参见《最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释》第19条。

② 吴元元《劳资契约安排的制度逻辑——无固定期限劳动合同的法律经济学重读》,《现代法学》2009年第1期。

③ 《劳动合同法》第41条规定的经济性裁员人数为20人以上或者虽然不足20人但占企业职工总数10%以上。

④ James E. Defranco, “Modification of the Employee at Will Doctrine—Balancing Judicial Development of the Common Law With the Legislative Prerogative to Declare Public Policy,” *Saint Louis University Law Journal*, Vol. 30, Issue 1, 1985, pp. 65–108.

资博弈的概率。雇主将就双方的权责义务在合约中做更为审慎的事前设定,以防止签约后变动合约所可能产生的高成本。上述过程所产生的缔约成本无疑是雇主考量是否缔约的因素,若这一成本过于昂贵,甚至不能冲抵雇主力图避免的过高退出成本,那么缔约数量下滑便是必然出现的后果。

#### 四、劳动力市场声誉机制对不当解雇行为的抑制

过于刚性的规制会影响到灵活性契约规范的运行,而任何契约要么具有应变能力,要么因压力过大而破裂。另外,基于劳动契约的不完备性以及不当解雇诉讼中证据的不可观察与不可检验性,导致司法机制在遭遇劳动争议时力不从心。可见,国家提供解雇保护制度供给介入劳动契约,对于抑制不当解雇机会主义行为、稳定劳动关系的政策目标而言,并不具有比较优势。

“法律中心论”者完全依赖国家立法及执法治理不当解雇行为,但忽略了这样一个事实——“某些非法律的社会控制体系——例如非中心化的规范执行——也许会带来至少是些许秩序。”<sup>①</sup> 声誉机制令市场自身存在抑制雇主不当解雇行为的空间。雇主必须要出现在市场上,如雇主经常因为不当解雇而得到一个失约的名声,其面临的业务风险就不仅是积怨甚多的工人提起的诉讼,而是无法在预先不付报酬或不支付更高报酬的情况下找到愿意为其工作的人。<sup>②</sup> 因此,声誉机制如能有效地发挥作用,将可以对机会主义解雇行为产生抑制作用。不过,声誉机制的运行需要满足以下四要件:(1)存在重复的、长期的交易关系;(2)当事人有足够的耐心;(3)信息传输的速度足够的快;(4)受害的一方有积极性和可能性对不讲信用的企业、个人实施惩罚。<sup>③</sup> 按照上述声誉机制有效性要件可将劳动力市场中声誉机制发挥抑制机会主义解雇行为的前提重述如下:

首先,博弈必须是重复的。<sup>④</sup> 即交易关系有足够高的概率维持下去。基于重复博弈的匮乏,声誉机制在自给自足、人际交往较少的社会结构条件下很难发挥作用。反之,在重复博弈的社会结构条件下,雇主因重视短期利益而从事机会主义解雇行为损害声誉的可能性较小,从而增强了声誉机制对抑制雇主不当解雇行为的有效性。上述结构性条件对我国劳动力市场中形成声誉约束机制的寓意在于,应当采取措施令雇主的生命周期更长,使其始终必须出现在劳动力市场中,而无法回避对于雇员或潜在雇员群体的博弈,更进一步的解说便是如何有效地促进中小企业发展。

其次,市场要有足够的竞争性。竞争环境决定了交易伙伴的可选择性,<sup>⑤</sup> 竞争性环境对于声誉机制的重要性体现在两方面:其一,行为人有惩罚背信者的积极性;其二,行为人有惩罚背信者的可能性。若市场中有一方当事人处于垄断地位,交易伙伴便失去了选择的自由。但是,如果引入竞争对手,受损害一方可以选择退出与不轨者的交易以惩罚其背信行为。背信者虽可能因为短期利益受益,但却失去了未来的交易机会。故当事人的背信行为因为机会成本的增加而得到了抑制,且为了在竞争中处于相对有利的地位,当事人需要比竞争对手更加守信,那么市场中会出现自发的声誉竞争。<sup>⑥</sup> 如果就业机会匮乏,那么,即使用人单位存在不当解雇行为,其也能在劳动力市场上找到其他替代劳动者,声誉机制的惩罚功能会大大降低。可见,要形成声誉机制对于不当解雇行为的控制力,还需要充分的就业机会加以保障,而这又与我国产业结构升级等经济问题相关,如何通过产业结构升级实现就业结构优化便成为创造竞争环境的题中之义。

① 罗伯特·C. 埃里克森 《无需法律的秩序——邻人如何解决纠纷》,苏力译,北京:中国政法大学出版社,2003年,第168页。

② 理查德·爱波斯坦 《简约法律的力量》,刘星译,北京:中国政法大学出版社,2004年,第217页。

③ 张维迎 《信息、信任与法律》,北京:生活·读书·新知三联书店,2006年,第9-10页。

④ David Kreps, Paul Milgrom, Roberts & R. Wilson, "Rational Cooperation in the Finitely Repeated Prisoners Dilemma," *Journal of Economic Theory*, Vol. 27, Issue. 2, 1982, pp. 245-252.

⑤ 张维迎 《信息、信任与法律》,北京:生活·读书·新知三联书店,2006年,第63页。

⑥ 王冰、杨虎涛 《自发信誉机制与社会强制信誉机制》,《江汉论坛》2003年第3期。

再次,声誉信息传播的有效性。如不当解雇行为的信息不能传播,则声誉机制无法约束雇主的机会主义行为。雇员中传播的“流言蜚语(gossip)”有利于辨识雇主是遵守规范的“好雇主”还是不遵守规范的“坏雇主”。<sup>①</sup>“好雇主”贴现率低,而“坏雇主”贴现率高,在这一意义上,“流言”的传播降低了劳动关系中因信息不对称所导致的雇员获取信息的费用。由于博弈者具有低贴现率的情况下更可能产生合作的结果,所以,在找寻工作的时候,雇员更倾向于与低贴现率的“好雇主”建立劳动关系。仅仅有重复博弈的这一前景本身还不足以诱使合作。博弈者需要信息,也需要有效的权力。当没有足够信息时,获得权力的人们之间的持续性关系也许不是合作性的。<sup>②</sup>这一论证更进一步的寓意在于:一个高效的信息传递系统对声誉机制的建立至关重要。如果雇主在用工过程中违法行为的信息能够被及时地传递,那么,理性的雇员群体会对该类雇主形成排斥,声誉机制就能够发挥抑制雇主机会主义行为的功能。

## 五、促进专用性人力资本投资对不当解雇行为制约的复合效应

雇主会有一个强烈的激励来留用边际工人,因为这样可以避免替代雇员的培训费用,<sup>③</sup>而教育和培训是人力资本最重要的投资。<sup>④</sup>培训可分为一般性培训与专业培训,专业培训恰是形成专用性人力资本的途径,而可能产生专用性资产投资本身恰又是关系契约的重要特征。劳动力的流动性与专用性人力资本存量之间有紧密的联系,资产专用性的经济意义在于:(1)一项专用性资产若转他用,则其生产价值会降低;(2)保持交易关系的稳定性和持久性是有价值的,因此交易各方的身份很重要;(3)为促进这类交易,各种契约和组织保障措施会出现,并起重要作用。<sup>⑤</sup>如果工作任务的完成有赖于某项专门技能,劳资契约双方会看重契约关系的持久性;反之,如果工作的完成并不倚重这项技能或只需通用技能,雇主和雇员便不会有兴趣维持持续性的关系。<sup>⑥</sup>

雇员在为特定雇主做特定工作之时,发展了专门性技术,这些技能用于别的雇主时,其产出就不会那么高。基于对前述事实的认知,如果雇员向当前雇主提出相当于其边际产品的薪酬,雇主可能会用隐含的或明确的解雇威胁雇员。但是,如果雇主拒绝支付雇员边际产品的薪酬,雇员便可以比替代者的劳动生产率更高的事实而用辞职对雇主进行威胁,上述格局的结果很可能是对峙不下。在这种情况下,双方都得到了保护,至少在某种程度上,不会让对方占太多的便宜。<sup>⑦</sup>所以,雇用关系常常是一种双边垄断关系,<sup>⑧</sup>从而出现牢固缔约的结果。在持续性的劳动关系中,雇员与雇主将因为在职学习和培训而结为一体,一个有效的长期合同的确是促使雇主在雇员身上大量投资的重要方法。如果雇主对雇员进行了专业培训,将形成专用性技能,可以预期的是,雇主不会任意解雇雇员,原因在于,一来雇员工作的可替代性降低了;二来雇主支付了雇员的专业培训成本,收回投资前将受训雇员解雇将损失支付的培训成本。可见,专用性人力资本投资可以抑制雇主的不当解雇行为。同理,如果雇员完全承担专用性人力资本投资的成本,雇员的投入则会因雇主的解雇行为而无法收回,从而遭受损失。考虑到这些情况,专用性人力资本开发的费用往往在雇主与雇员之间分摊。<sup>⑨</sup>这样,雇用关系中

① 此处“好雇主”与“坏雇主”并不含有道德评价,而指涉“合作者”(good types)与“机会主义者”(bad types)。

② 罗伯特·C.埃里克森《无需法律的秩序——邻人如何解决纠纷》,苏力译,北京:中国政法大学出版社,2003年,第220页。

③ Edward B. Rock & Michael L. Wachter, “The Enforceability of Norms and the Employment Relationship,” *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 144, Issue 5, 1996, pp. 1913-1952.

④ 加里·贝克尔《人力资本理论——关于教育的理论和实证分析》,郭虹等译,北京:中信出版社,2007年,第2页。

⑤ 段文斌等《制度经济学——制度主义与经济分析》,天津:南开大学出版社,2003年,第186页。

⑥ 奥利弗·E.威廉姆森《资本主义经济制度》,段毅才、王伟译,北京:商务印书馆,2002年,第354页。

⑦ 理查德·A.波斯纳《超越法律》,苏力译,北京:中国政法大学出版社,2001年,第352页。

⑧ Richard A. Epstein, “In Defense of the Contract at Will,” *University of Chicago Law Review*, Vol. 51, Issue 4, 1984, pp. 947-982.

⑨ 加里·贝克尔《人力资本理论——关于教育的理论和实证分析》,郭虹等译,北京:中信出版社,2007年,第24页。

任何一方都不会因其结束而获得很多或失去很多,即便双方都没有不得单方终止合同的法律制度保护,人事变动也会较少发生。<sup>①</sup>由于接受过专用性人力资本投资的雇员具备的技能相对于企业而言具有不可替代性或者弱替代性,所以,雇主需维持双方的长期关系。另外,雇主对形成专用性人力资本支出的培训成本更能促进雇主就解雇行为进行理性选择,从而令雇员的职业安定权得到更大的保障。人力资本的资产专用性对于不当解雇行为治理的理论意义在于——促进企业专用性人力资本投资可以增强雇用双方长期合作的激励,这种“锁定效应(lock-in)”达到的社会效果与不当解雇行为法律制度所追求的“劳动关系稳定”不谋而合。另外,专用性人力资本积累还是形成内部劳动力市场的核心基础,内部劳动力市场是以长期雇用关系为特征的,而且内部劳动力市场符合关系紧密群体产生客观福利最大化规范的结构条件,由此可见,专用性人力资本投资可通过增强雇员的不可替代性、促进形成内部劳动力市场的复合效应来制约不当解雇的机会主义行为,而且对于社会整体而言,人力资本存量的增加还具有较强的正外部性。

在职培训成本支出约束着雇主不当解雇的机会主义行为。但雇主是否愿意支付在职培训成本又建立在成本收益的考量基础之上。在职培训成本的支出通常是以稳定的劳动关系作为收回投资的保障条件,换句话说,劳动关系的不稳定状态影响到企业在职培训发生率,二者呈负相关关系。至此,企业专用性人力资本投资与劳动关系稳定性之间的关系似乎陷入了无限循环的逻辑怪圈,到底是先稳定劳动关系,为企业投资专用性人力资本创造先决条件,还是先通过国家积极的就业政策促进企业专用性人力资本投资以达至劳动关系稳定状态?本文认为,劳动关系的稳定性无法通过法律制度的刚性约束实现,劳动关系的关系契约性决定了其治理方式应当柔性化,劳动关系的过度规制不仅有损现有劳动关系的质量,而且会减少缔约数量。所以,通过实施促进企业对专用性人力资本投资的政策,既可增强雇员不可替代性,更能增大雇主退出劳动关系的成本,从而符合博弈关系持续进行的逻辑:退出成本的高低是决定博弈关系能否持续下去的关键条件。<sup>②</sup>依据《中华人民共和国就业促进法》(以下简称“《就业促进法》”)第46、47条的相关规定,政府鼓励用人单位依法开展在职培训,企业提取职工教育经费对劳动者进行在职培训亦是其法定义务。另据《国务院关于大力推进职业教育改革与发展的决定》(国发〔2002〕16号)之规定,除从业人员技术要求高、培训任务重、经济效益较好的企业按职工工资总额的2.5%提取教育培训经费外,均按照职工工资总额的1.5%的标准提取,所提取的经费须专款专用于职工教育培训。除此之外,《关于企业职工教育经费提取与使用管理的意见》(财建〔2006〕317号)还明确了企业职工教育培训经费的列支范围,<sup>③</sup>且提取的教育经费享有国家税收优惠政策,准予在企业所得税前扣除。<sup>④</sup>财政部、国家税务总局联合发布的《关于企业技术创新有关企业所得税优惠政策的通知》(财税〔2006〕88号)加大了对企业提取职工教育经费的税收优惠力度,规定对财务核算制度健全、实行查账征税的内外资企业、科研机构、大专院校等“当年提取并实际使用的职工教育经费在不超过计税工资总额2.5%以内的部分”可在企业缴纳所得税前予以

① 理查德·A·波斯纳《超越法律》,苏力译,北京:中国政法大学出版社,2001年,第352页。

② Rubinstein, Ariel, Yaari, “Menahem Repeated Insurance Contracts and Moral Hazard,” *Journal of Economic Theory*, Vol. 30, No. 1, 1983, pp. 74-97.

③ (1) 上岗和转岗培训;(2) 各类岗位适应性培训;(3) 岗位培训、职业技术等级培训、高技能人才培训;(4) 专业技术人员继续教育;(5) 特种作业人员培训;(6) 企业组织的职工外送培训的经费支出;(7) 职工参加的职业技能鉴定、职业资格认证等经费支出;(8) 购置教学设备与设施;(9) 职工岗位自学成才奖励费用;(10) 职工教育培训管理费用;(11) 有关职工教育的其他开支。

④ 《中华人民共和国企业所得税法实施条例》第42条规定,企业发生的职工教育经费支出,不超过工资薪金总额2.5%的部分,准予扣除;超过部分,准予在以后纳税年度结转扣除。财政部、国家税务总局联合发布的《关于企业技术创新有关企业所得税优惠政策的通知》(财税〔2006〕88号),对企业提取职工教育经费在计算企业所得税前的扣除标准做出了新的规定:从2006年1月1日起,对财务核算制度健全、实行查账征税的内外资企业、科研机构、大专院校等“当年提取并实际使用的职工教育经费在不超过计税工资总额2.5%以内的部分”,可在企业所得税前扣除。



扣除。可见，我国也正是通过《就业促进法》及《职业教育法》等法律制度促进用人单位开展在职培训，并且通过税收优惠等手段鼓励用人单位加大在职培训的力度。

## 结 语

从关系契约理论的视角看，契约有灵活性要求——劳动关系的灵活性要求并非专属于雇主，雇员也可能基于社会保障体系日益健全、生存危机大大弱化导致的就业观念中更多的自我价值实现而非生存等因素而有对灵活性更强的劳动关系的需求。相应的，劳动关系的稳定性要求也并非专属于雇员，雇主在稳定的劳动关系、雇员承诺及专用性人力资本投资中也能获得收益，故雇主对劳动关系安全性也有需求。不当解雇行为的规制逻辑在于通过施以不当解雇行为实施者相应的法律后果促进劳动契约当事人合作，从而确保产生合作的结果——实现劳动关系和谐稳定。这一法律机制需要与劳动契约本身的性质契合，否则将适得其反。然而，依靠法律制度来保障劳动关系领域内的合作并不具有制度上的比较优势，合作的非法律机制应当得到应有的重视。

遵循关系契约治理逻辑，应当通过法律制度与社会规范相结合的协作路径控制不当解雇行为：一方面发挥劳动力市场的声誉机制功能，另一方面促进企业投资专用性人力资本增大不当解雇行为的自重损失从而抑制机会主义行为。专用性人力资本投资效应形成的“锁定效应”所达到的“劳动关系稳定”的社会效果正是解雇保护法律的制度目标，且人力资本投资对社会整体而言无疑具有极为重要的积极意义。职业安定权的实现并不必然陷入“法律中心论”，其他社会控制手段应当与解雇保护法律制度共同发挥作用。基于雇员工作的测度难题，解雇本身是人力资源管理中雇主对雇员的一种威胁策略。保证一个人有工作，或使其不容易被解雇，其结果是减少了雇主为了激励工人而可以运用的威胁。<sup>①</sup>同时，合法解雇也是劳动力流动实现劳动力优化配置的一种方式，只是解雇中的机会主义行为可能导致不公平及无效率的结果。国家规制解雇行为的目的是为了遏制雇用关系存续期间雇主机会主义行为对持续性雇用关系存续的破坏而导致的雇员权益受损后果，而非绝对禁止解雇。解雇纠纷的解决过于倚重司法手段，有害于劳动契约的质量，并不利于工作权的整体实现。

责任编辑：朱志峰

<sup>①</sup> 斯蒂格利茨《经济学》上，姚开建等译，北京：中国人民大学出版社，1997年，第249页。