



Kenneth J. Rose, Esq., Principal
E-mail: krose@rosegroup.us

中文译文- 权亚律师事务所提供

罗斯集团
律师
美国劳动和就业法律

敬呈

中华人民共和国全国总工会
2007年3月26日

自

KENNETH J. ROSE

主席和创始人

罗斯集团

10616 Scripps Summit Court, Suite 200

加利福尼亚圣地亚哥 92131

电子邮件: krose@rosegroup.us

电话: 619-822-1088

移动电话: 619-851-0803

网络传真: 1-708-575-1495 (必须拨“1”)

WWW.ROSEGROUP.US

©THE ROSE GROUP

10616 Scripps Summit Ct., Suite 200, San Diego, CA 92131

Phone 619-822-1088 Fax 1-708-575-1495

WWW.ROSEGROUP.US

关于罗斯集团

罗斯集团是专门从事劳动法的一家全球性律师事务所，同时也是一家人力资源咨询机构。罗斯集团由加利福尼亚圣地亚哥的劳动法专家肯特·罗斯于 2006 年 6 月创办。

罗斯集团为美国本土的企业和国外的跨国公司提供如下的咨询服务：

- 加利福尼亚州和美国的劳动法
- 国际劳动法
- 为高级管理人员提供劳动和特别协议
- 为管理人员提供劳动法的培训，包括加利福尼亚州委托进行之性骚扰预防培训

罗斯集团的主任：**肯特·罗斯**

肯特·罗斯有着长达 30 年以上的就业和劳动法方面的实践经验。肯特 1976 年于乔治华盛顿大学法学院以优秀毕业生的身份获得法律学位。他 1972 年毕业于康奈尔大学的产业和劳动关系学院。

肯特代表雇主处理国际雇佣法律问题，不正当解约诉讼，就业政策和程序的发展，就业歧视，性骚扰，遵守《美国残疾人法》，工资和工时法，工作纪律和解约，员工福利，移民法以及与劳动关系有关的事项。

肯特著有《合法雇佣：加州雇主的基础读本》（R&J 法律出版社出版），合著多卷本《关于合同和雇佣的国际手册》中关于《美国劳动就业法》之若干章节（国际律师协会和 Kluwer Law International 出版）。另外，肯特还发表了多篇关于本国、外国以及跨国公司就业法方面热点问题的文章。

肯特被欧洲货币法律媒体集团列为世界一流的劳动和就业律师。肯特是下列组织的成员：美国律师协会国际法分会、美国律师协会劳动与就业法分会中的国际劳动法委员会、国际律师协会以及 XBHR（一个跨国人力资源方面专家级别的专业顾问和学者组成的多学科的全局化论坛）

美国劳动与就业法

导言	4
一、美国就业法的渊源	4
二、雇佣合同	5
三、法定的就业权利	7
四、雇员福利	10
五、反歧视法	13
六、 雇佣的终止	18
七、工会管理法	22
八、对雇主商业信息和商业秘密的保密	25
九、竞业禁止协议	26
十、 独立合同工	26
十一、 集团诉讼	28
十二、在美国工作的外国人	28
十三、 美国就业法对在美国从事商业活动之外国雇主的适用	28
十四、 美国就业法对被派往国外工作的美国人的适用	29

导言

美国劳工和就业法主要有四种法律渊源：立法机关制定的联邦法或者州法；司法机关发展起来的普通法；联邦的或者州的行政机关和（或）具有执行权限的主要机构颁布的规章和行政命令；包括集体谈判协议在内的合同。

联邦优先原则要求当美国国会意在使联邦法律调整整个法律领域时（如《国家劳资关系法》调整工会管理关系，《雇员退休保障法》调整雇员福利的领域），联邦法就会优先于处理同一事项的任何州法或者地方法律。然而，更加经常的情况是，国会意在使联邦法和州法共存，就像联邦和州的工资与工时法律均规定了加班和最低工资。一旦联邦法和州法产生了冲突（这是经常发生的），在司法管辖范围内雇员将会获得联邦法或州法给予的最高标准的保护。

一、 美国就业法的渊源

在美国，调整雇佣关系的法律有三大渊源，下面将对这三大渊源逐一作简要论述：

1. 制定法

在全国范围内调整雇佣关系的法律主要为通过立法制定的法律。州政府也会制定调整雇佣关系的法律。

2. 普通法

虽然在美国除了 50 个州的法院以外还有联邦法院，但是严格地说，除了为解释联邦法律而发展起来的判例法，并没有全国或者联邦的普通法。事实上普通法是由州法院发展起来的。虽然州与州之间的普通法并没有明显的区别，但是州与州之间的普通法的原则经常会存在很大的不同。

普通法的概念支配着合同法，包括雇佣合同。其他的事项很大程度上受州的普通法调整，包括独立合同工的定义；源于雇佣安排（包括诽谤和诱惑性欺诈）的不公平竞争法和侵权法。

3. 规章

为调整部分劳动关系而制定的法律通常规定了政府执行部门的行政机构（包括美国劳工部和 50 个州的劳工部门在内）拥有的不断发展的执行和（或）行政权限。行政机构通常具有一定程度制定规则的权力，利用这一权力其制定了具有大量具有推定法律效力之规章。

由于国会和立法机关赋予雇员的法定的权利是不得放弃的，在现实中这些权利成为了雇佣关系中的默示条款。

二、 雇佣合同

1. 在美国，雇佣关系本质上具有契约性

在美国，合同法是州的普通法创设的，因此在州与州之间存在着差异。并没有一部全国统一的合同法。虽然各个州共同使用的劳动法概念广泛存在，各州的雇佣合同法以及其中的要素之间还是存在着巨大的差异。

虽然雇佣合同本质上具有契约性的观念在美国得到普遍认同，但是在美国并不要求公司和雇员之间有书面的雇佣合同，或者进一步而言，不要求有任何正式或者明确的劳动合同。

雇佣合同可以不定期或定期（如一年），这取决于缔约方的合意。雇佣合同的内容很大程度上取决于合同的缔约方。如果一个雇佣合同于某一特定的情形下为了规定当事人的关系而存在，那么事实上所有的州都是认可其可以以书面或者口头的形式存在。并且许多州（但并非所有州）认可雇佣合同可以是事实上的默示，如可以依托雇佣关系的事实和情形而存在。

重要的是，没有劳动合同（甚至没有固定期限的书面合同）将被视为预先有效的放弃了法律赋予的不得通过合同约定（放弃）的权利。由于国会和立法机关赋予雇员的法定权利是不得放弃的，在现实中这些权利成为雇佣关系中的默示条款。比如，一份定期的书面雇佣合同不得排除雇员基于并非缔约前未发生的事实提出种族歧视控诉的权利，或者主张法定失业补偿的权利。

2. 雇佣自由

无固定期限的雇佣合同通常被推定为，不论是否存在理由，任何一方有权在任何时间任意解除合同。如果一个雇主建立了并且成功的维持了和所有雇员的任意雇佣合同，对于被解雇的雇员们提出雇主违反合同的主张，该雇主就有了抗辩的方法。

雇佣自由规则是各州普通法中的固有规则。该规则规定不定期雇佣关系中的任何一方无论是否有理由，无论是否提前通知了另外一方都可以解除劳动关系。而且，除非合同或者法律独立的施加给雇主为被解雇的雇员提供解约赔偿金和/或者补助金的义务，否则一个依照任意雇佣规则被解雇的雇员无权要求解约赔偿金或者支付其他的补助。当然该规则的字面规定也有例外，这取决于雇佣关系建立在哪个州。

由于雇佣自由规则是合同法（各州各自发展出来的普通法的一个领域）的一条规则，因此不能通过参考一套一般适用于各州雇佣关系的全国性原则来对其进行完全准确地分析或讨论。而且，由于该规则一般而言是普通法创造的，在各州又因为司法创造经过多年的演化形成的一些例外的存在而显得扑朔迷离，在各州发展起来的此原则并不能被轻易

的推断和归类，但如果是州的法典、法令和规章中的规则就可以被概括。相反，该规则的适用必须依据各州不同情况讨论，并且也只能通过各州的判例法来收集。

尽管有上述提醒，一些与任意雇佣方式相关的一般原则仍然能够辨别出来。首先，这个做法在所有的五十个州都适用。其次，所有的州都承认立法施加的例外，且大多数州都通过司法判例确认了例外。第三，任意雇佣方式一般被认为是对一个雇佣关系没有明确期限的雇员所处状况的一种“假定”。因此，没有明确期限的雇佣被假定为可任意终止的，除非有证据反驳这样一个假定—提出事实创立的一个对任意雇佣规则的例外之适用使得解雇为非法。尽管不是每个州都承认每类例外，一些已经界定比较明确的种类的例外已被某些州承认或者反对。

3. 默示的事实合同

在那些允许雇员主张默示的雇佣合同存在的州，法院经常从整体雇佣关系来判断是否一个理性人能够从中推出明确的合同条款和雇佣条件的存在。（参见 *Pugh v. See' s Candies*, 116 Cal. App. 3d 311 (1981)）

更加典型的是，通过默示可以声称的合同期限将意味着限制了雇主拥有之推定的不受影响的解雇一个雇员的权利。规定无论有没有理由，无论有没有通知都可以解除雇佣的权利被称为雇佣自由规则。在判定一个默示的需要正当的理由才能解雇雇员的合同是否存在以及相关内容时，经常考虑下列五个因素：（1）雇员服务时间的长短；（2）存在着限制或者要求雇主具备某一权利才可以解雇员工的政策（比如，一个进步的原则或者声明要求解雇员工必需得有“正当理由”）；（3）行业惯例；（4）缺乏对于员工过去的行为和表现负面评价的纪录；（5）概括地或者直接对于继续雇佣的保障。当提出上述相关因素时，某些州会认可并且会强制执行默示合同，要求有正当的理由并且有足够的支持的事实存在才能解除雇佣。在有些州，雇主的分发的员工手册如果包含着意在使雇员产生信赖的规则或者程序时，该手册将被视为具有雇佣合同的法律地位。有些州要求除非有基于相同的因素的正当理由的存在，默示合同的法律地位不会被降低。

如果在合同期满时，当事人继续遵守合同的条款，定期合同下的雇佣关系在期间届满之际可以续期，或者自动续展。在后一种情况下，推定为双方已经同意了另外一个期限相同，薪酬相同，其他的条款和条件都和前一个合同相同的合同。在所谓的“常青条款”下，一个合同可以年复一年的自动延续直到终止的通知以适当的方式发出。

4. 定期合同

在多数州，定期合同被推定为只有存在理由时才可以终止。然而，就像任何假设一样，这一通常的规则可以被推翻，如果有证据证明当事人意在适用相反的规则。能够揭示相反的意图的最清楚的途径就是在合同中包括了明确的条款表明合同无论有无理由都可以终止。

如果在合同期满时，双方都继续遵守合同的条款，一个定期合同可以被明示的续期，也可以被自动的续期。在这种情况下，推定为双方已经同意了另外一个具有相同期间与薪

水的另一个合同。在所谓的“常青条款”下，一个合同可以年复一年的自动延续直到终止的通知被以适当的方式发出。

5. 雇佣合同的修改

在雇佣关系开始以后，雇主们经常会试图修改他们的雇佣政策。在承认和执行那些在雇佣的初期或者雇佣过程中产生的口头和（或）默示的雇佣合同的州，雇主单方改变政策可以被视为企图修改雇员们的雇佣合同。合同法上有一个一般原则，即口头的和默示的合同可以被修改，当（a）当事人达成替代性的书面的或者口头的合同，或者（b）当事人之间建立了替代性的默示合同，其条款和当事人原先的合意相冲突。是否存在修改合同的足够理由决定了修改是否有效。

6. 集体协议

联合起来的工人和他们的雇主之间的关系通常是由一种特殊的雇佣合同——集体谈判协议规定的。这是由雇员的代表和雇主协商达成的合同。协商完毕，合同需要大部分的雇员以投票的方式批准。一旦被批准，它包括了所有的联合起来的雇员的该雇佣期间的雇佣条款和条件。这些条款和条件经常是补充联邦或者州法上关于最低工资和超出每周四十小时的工作时间的加班报酬的规定。集体谈判协议通常包括申诉程序和解决合同纠纷的强制性仲裁条款。在集体谈判协议期间快要届满时，通常会开始新的合同的谈判。

三、法定的就业权利

1. 最长工时

联邦法律并没有限制雇员一周可以工作的小时数。然而，在大部分的行业，联邦法和州法要求大多数类别和职位的雇员一周工作超出四十小时的话应当获得加班费。

某些州限制某些职业的雇员连续工作不休息的小时数，比如货车司机、药剂师、熔炼工和井下作业者，以及某些铁路雇员。某些市限制单个雇员可以加班的总量。比如，加利福尼亚州的法律规定，一个雇员七天之内必须至少有一天可以休息，除非七天工作时间对于该雇员的工作是合理的。当加利福尼亚州的雇员因为工作的性质被要求每周连续工作七天，该雇员在第七天的工作必须得到额外的报酬，并且在日历月中每七天必须得到一天额外的报酬。

联邦法不要求雇主为雇员提供休息的时间。但是，许多州法规定休息是强制性的。在加利福尼亚州，雇员如果没有自己放弃的话，每工作 4 小时必须有 10 分钟的休息时间。根据联邦法律，没有关于青少年休息的特别要求，但是许多州要求雇主给予未成年人额外的休息。

2. 加班费

联邦法和大多数的州法规定，按照法律定义的属于经理人员、管理人员和专业雇员类别的人员可以被排除在大部分关于工资和工时的法律规定之外，包括那些关于最低工资和加班的规定。那些可以适用法律关于加班费的规定雇员被归类为“非免除雇员”。

联邦法和州法要求大多数类别和职位的非免除雇员每周工作超过四十小时应该得到每小时工资的 1.5 倍的报酬。而且，某些州，特别是加利福尼亚州要求如果一个雇员每天工作超出一定的小时数——通常是八小时，必须被给予加班费。

联邦和州的法律要求雇主保存关于雇员的工作时间以及补偿的准确记录。雇佣时间必须以日为基础来记录。某些州有严厉的关于保存记录的要求。比如在加利福尼亚州，雇主关于雇员的考勤记录必须显示每次工作期间和用餐期间的精确的开始和结束的时间，并且该记录必须保存三年。

3. 最低工资

工作超过法定最高工时时有权获得加班费的相同类型的非免除雇员同样受到《公平劳动标准法》和（或）它们工作的州法的最低工资条款的保护（当州法下的最低工资标准更高时）。现在的联邦法的最低工资标准是 5.15 美元一小时。州法可以自由设置最低工资标准，可以设置比联邦法和其他大多数州法规定得都高的标准。比如，加利福尼亚州现在的最低工资标准是 7.50 美元每小时，到 2008 年 1 月 1 日，加利福尼亚的最低工资将会上升到 8.00 美元每小时。

4. 职业健康和安全

在美国，联邦《职业健康和安全法令》(29 U.S.C. § 651, *et seq.*),将雇主保障雇员在工作场合的健康和安全作为雇主的义务。根据联邦职业健康和安全法案，劳动部长颁布了数以千计的规章，规定了雇主众多的法定义务。在大量的没有明确规定的领域内，按照“一般义务条款”雇主仍然有一般义务保障雇员的安全并避免可以识别的可能会导致雇员的死亡或者受到严重伤害的危险。（29 U.S.C. § 654(a)(1)）。

5. 员工损害赔偿保险

当雇员在工作过程中或者在工作的范围内受伤并且不能在继续他们通常的工作时，雇员还应当被赋予休工伤假的权利（在美国被称为“工人补偿休假”）。工伤休假在每个州的工人赔偿法都有规定。一般而言，休假的长短取决于被选定的医师的意见，雇员在工伤休假期间获得的补偿取决于雇员的受伤的严重程度以及雇员的工资。工伤休假可以和《家庭和医疗假期法》上的休假同时进行。

6. 家庭和医疗假期

联邦和州的关于家庭和医疗假期的法律通常规定为期 12 星期的与家庭事由以及医疗有关的无薪假期，包括生育和/或者为了照顾新生儿（无论是亲生的还是收养的），为了照顾有严重的健康问题的家人，或者因为雇员自己严重的健康情况需要治疗。《家庭和

医疗假期法》将严重的健康情况定义为疾病、受伤、受损,或者是需要住院治疗或者在家治疗的生理或者心理疾病,或者保健医生要求的持续治疗。

妇女可能会被给与孕期和哺乳期的休假,如果她因为怀孕而缺少工作能力。许多雇主允许长于 12 个星期的产假。是否给予延长假期取决于雇主的判断。

只有为雇主工作满 12 个月的雇员才有资格享受《家庭假和医疗假法》中规定的假期,而且必须在休假的第一天之前的十二个月内工作满 1,250 小时。联邦家事假和就医假只适用于那些为雇佣了 50 个或者以上的雇主工作或者雇员的工作场所在 75 英里以内的雇员。大多数的州制定的家庭和医疗假期法也规定了相同的资格要求。

一个适格的雇员在 12 个月期间会被给予 12 周的家事假和就医假。当出现了需要一段时间的健康的健康状况时,一个雇员可以临时歇假。因此,雇员并不需要持续的休家庭和医疗假期;如果被证明是正当的,雇员甚至可以最少休一小时的家庭和医疗假期。

当休假的时候,雇主必须将雇员的医疗保险维持在和休假开始前相同的水平。雇员休假结束后一般有权回到他/她原来的工作岗位或者基本相近的工作岗位上。某些州给予雇员更加长的家庭和医疗假期的期间。注意,《家庭和医疗假期法》上关于雇员产假的的规定是对于联邦和/或者州的产假规定的补充。

根据《联邦反歧视法》的规定,休产假的雇员的原有职位保有必须和休其他病假的雇员的一致。在大多数有着独立的产假的规定的州里,法律保障休产假的雇员都回到原有的职位或者类似的职位的权利,除非有例外的情况。

除了家庭和医疗假期,残疾的雇员还可以根据《美国残疾人法》(42 U.S.C. § 12101, *et seq.*)规定休假。《美国残疾人法》要求雇主必须给予那些适格的残疾人合理的变通。法院认为休假属于美国残疾人法规定的合理变通。根据美国残疾人法,可以基于各种原因请求休假:包括接受治疗和为了从疾病或者偶尔发作的功能丧失的症状中康复,或者为了维修轮椅以及其他的必要的治疗辅助设备。通常,雇主只有在能够表明休假会给他的经营造成不应有的困难并且/或者能够提出给予另外一个合理的通融时才能够拒绝一个残疾人请求休假的合理要求。

联邦《怀孕歧视法》(42 U.S.C. § 2000e(k)),要求雇主给予因为怀孕、妊娠而导致的临时的或者医学意义上的工作能力的丧失的雇员的待遇必须和由于与工作无关的原因造成工作能力的丧失的雇员的待遇一样。某些州法给与孕妇的待遇高于其他工作能力丧失的雇员。比如,在加利福尼亚州,无论雇主们对待其他工作能力丧失的雇员的政策是什么,雇主都必须给予因为怀孕、妊娠而导致的工作能力的丧失的雇员 4 个月的假期。当然,雇主也可以选择临时的将怀孕的雇员调到其他的比较不危险或比较不紧张的岗位。

7. 兵役假

虽然美国现在并没有强制的要求其公民服兵役,《统一编制人员就业和再就业权法》,(38 U.S.C. § 4301 *et seq.*)要求雇主给予雇员至多 5 年的服兵役的假期。《统一编制

人员就业和再就业权法》同样要求雇主保障雇员的休假的前八个月的健康福利, 雇员一旦服完兵役返回, 还必须保障雇员的养老金福利, 保障雇员回到原来工作中, 如果有必要还必须提供相应的培训。

四、雇员福利

1. 纪念性节假日和休假日

在美国, 亚洲和欧洲意义上的“节假日”反而指的是“休假日”。另一方面, “节假日”指的是全国和(或)州层次的纪念性或者庆祝性的日子。既然这种区分是有意义的, 在谈论就业法和(或)就业政策时, 避免混淆了这两个术语相当的重要。而且, 在节假日和休假日的待遇方面, 美国较其它国家的实践存在显著的差异。

一般来说, 不像许多国家的法律那样, 联邦和州的法律均不要求大多数的雇主向雇员提供带薪或者不带薪的节假日, 雇员也没有任何法律授予的休假日。

尽管雇主并没有义务给雇员提供休假日, 许多州调整休假日的方式为: 一旦雇员被建议他们有权享有特定的休假日, 雇员将享受休假待遇。在一些州, 一旦休假的条件满足, 雇员将有效地“既得”休假权利。因此, 在这些州, 如果一个雇员每工作一个月将获得一天的休假, 那么他或她六个月后将有权享有六天休假。假如雇员工作六个月后辞职或者被解雇了, 而雇员又没有实际休任何假期, 那么作为休假的替代, 他或她有权得到六天的金钱支付。在这些州, 雇主通常不会强迫雇员休假或者“放弃它”, 因为休假是既得的, 休假的权利被认为是挣来的, 就像补偿金那样。

一般来说, 不同于许多国家的法律, 联邦或州法并没规定雇员享有带薪或不带薪的节假日或休假日。然而, 许多州和市要求和它们有业务往来的雇主支付“通行的工资”和福利, 包括节假日和休假日的福利。通行的工资和福利由联邦和州政府所决定, 通常与工作履行地的主要工会合同所规定的一样。

2. 病假

在大多数州, 并不存在法定的带薪病假。大多数雇主向雇员提供一定天数的病假。许多雇主允许雇员按依照获得休假日的方式来休病假。一些州, 如纽约, 要求雇主提供短期残疾保险。这种保险在雇员缺工了初始的三或者五天后, 会提供一定星期数目的补偿, 例如 26 周(26 周以上的常常有资格投保长期残疾保险)。

3. 健康保险计划

在美国, 并没有一个全国性的健康保险机制。由于这个原因, 雇主普遍扮演着向雇员和其家人提供获得健康保险角色。在保险的覆盖面和雇主承担的保费(并非由雇员承担)及成本比例方面, 雇主的具体做法和政策可能有差异。在极端的情形, 有些雇主支付雇员的健康保险。另一些雇主仅仅提供给雇员一个机会: 通过公司得以团体的费率购买健康保险。通过把许多个体购买者聚合在一起, 雇主总是可以为其雇员争取到比任何雇员

自己能够获得的、显著更低的保费。大多数雇主提供健康保险福利时是中间做法，即为雇员和其家人支付一定比例的健康保险成本，或者仅仅为雇员购买保险。雇主提供的健康保险计划可能包括住院和门诊医疗、处方药、牙科医疗和(或)眼部医疗。

联邦《合并总预算协调法》要求有 20 或 20 位以上雇员的雇主做出特别通知，让已经失去雇主提供的医疗保险（不论是有因解雇、由于缺乏工作岗位而下岗，或者由于死亡或残疾）的雇员有权延续 18 个月的同样保险（残疾者是 29 个月）。《合并总预算协调法》的 36 个月的延续性权利也提供给存活的配偶、离婚配偶、雇员（有权获得医疗照顾）的配偶、某些尚未独立的小孩。后续健康计划的保费由《合并总预算协调法》的参与者支付。

4. 养老金

美国社会保障体制

美国社会保障强制体制是公共养老金的一种形式。雇员通过向社会保障体制支付规定的金额，若是达到一定的年限，就有资格获得社会保障给付。同时，每一个雇员的雇主也必须向保障体制缴付相应的金额。这些缴付是以工薪税的形式，即《联邦保险缴付法》下的税。

尽管退休员工在 65 岁时就可能领取到正常的退休福利，社会保障体制允许已届 62 岁的退休员工申请提前领取退休福利，当然金额会少一些。在保障范围的退休者，如果他们是 65 岁或者 65 岁以上才退休的，则有资格领取全部的福利。2022 年之前，合格领取全部福利者的年龄将被逐渐调整以增加到 67 岁。

社会保障利益最多是一种补充福利。在美国，几乎没有几个地域的退休者能够仅仅依靠社会保障体制提供的金额过活。社会保障支付越来越从属于个人形式的退休福利支付——大多数是雇主资助的养老金和退休计划。

个人养老金

许多雇主提供某种类型的个人退休计划。雇员受益计划（包括养老金计划）本质上是雇主向雇员所作的承诺。一般来说，雇主没有法律强制性义务建立雇员受益计划，而是雇主自愿建立这些安排。一般地，雇主没有任何义务向雇员提供养老金和其它“附加”利益。然而，劳工激励的考虑、建立与维持某些雇员受益计划带来的显著的税收优势，和市场力量一起促使雇主向他们的雇员提供额外的利益。

雇主养老金计划一旦建立，和其它各种雇主健康和福利计划一样，均受 1974 年《雇员退休收入保障法》（29 U.S.C. § 1001, *et seq.*）所调整。为了防止在管理和行政事务上计划被滥用，如拨备不足和非审慎投资，《雇员退休收入保障法》给计划规定了最低标准。《雇员退休收入保障法》第 402 节要求每一个雇员利益计划应依据一份书面文件建立和维持。这份“书面计划文件”要求计划捐助者承担更进一步的义务，即遴选出一个人或者更多的指定的忠诚管理人，来行使控制和管理计划的运作和行政事务的权力。

一些雇主完全依靠雇员的捐助来维持退休计划。其他雇主会依照雇员的捐助相应的缴纳一部分金额。在后一种计划类型下，如果雇员向计划缴纳了他或她月工资的一定比例，那么雇主将为了雇员的利益向计划缴付同等数额（或属于他的一定比例），一般会达到事先声明的最大比例。

雇主建立退休计划对雇员来说是一个富有税收效率的储蓄方法，因为一直到他们在退休期间以利润分配的形式获得金额之前，雇员向这类计划缴纳的金额是免税的。同样地，由退休计划产生的利息、股利和其它所得，在退休期间里的利润分配之前均可递延纳税。可以推测，当雇员退休时，他们的应税所得更少。这使得他们在退休期间处于一个更低的税收等级（税阶），这意味着它们的税率更低。雇主养老金计划对雇主而言，也是有税收效率的，因为雇主向计划缴纳的金额可作直接扣税处理。

在美国，确定给付计划和确定缴付计划是两种最经常被使用的退休计划类型。第三种变体是现金余额计划，慢慢地受人欢迎。

当雇员退休时，确定给付计划向其提供月付年金。月付年金能通过适用由一个专向计划给定的公式而计算得出的。例如，在许多计划下，月付年金是由一个雇员服务的年限和他或她在工作期最后五年的平均年工资来共同决定。雇主向计划缴纳足以资助给付的金额，数目由保险公司计算员确定。如果计划下的资产没有达到预期的增长，和它的缴付状况却是不足以支持给付，那么雇主将承担风险；雇主必须通过额外缴付资助以补足赤字。

确定缴付计划以雇员和他或她的雇主多年来缴纳的金额、加上收益以及实现的投资所得为基础，向雇员提供退休福利。每个雇员的资产都配有一个单独的账户来维持。不像确定给付计划，在许多确定提拨计划下，雇员向他们的退休基金里缴付的金额可以超过雇主缴付的金额（不过，用税前所得来缴付面临上限），雇员亦可以从税后所得中缴付额外的金额。雇员通常可以缴付多达税前所得的 15%，最多 10,000 美元，这取决于计划的类型。在确定缴付计划下，雇主和雇员为了雇员利益的每年缴付总的数额不能超过 30,000 美元，或者雇员税前收入的 25%（二者中较少者为准），这样才不会失去递延纳税的待遇。

一些确定缴付计划，如同确定给付计划，设有授予计划，这是在雇员有资格领取雇主向计划的缴付所产生的福利之前而适用的。然而，雇员（或参与者）从雇员自己工资向确定缴付计划的缴付是百分之百的既得利益和不会丧失的。

401(k) 计划是受欢迎的和常见的确定提拨计划的形式。401(k) 计划并没有任何授予要求，且是可完全转账的。换句话说，当他们换工作时，计划允许雇员转移他们的计划利益到一个新的计划下。利润分享计划、储蓄计划和股票红利计划均是确定提拨计划的其它形式。

《雇员退休所得保障法》使得养老金计划承担专门的报告和披露义务，并规定了一个索赔程序以保障福利的不受侵害。

五、 反歧视法

美国雇主们面临着联邦和州的种种反歧视法律，这些反歧视法律旨在达到平等雇佣机会的效果以及调整雇主的雇佣决定的动机。

1. 禁止就业歧视的联邦立法 1964年《民权法》第七条

《民权法》第七条（42 U.S.C. § 2000e *et seq.* (Title VII)修订版）禁止雇主对于个人基于种族、肤色、性别、民族或宗教而在雇佣、解雇、赔偿、擢升、分级、培训、学徒训练、就业推荐或者其他条件和就业特别待遇方面进行歧视。这个法界定了因为或者基于怀孕、生育或者相关医学情况而做出的含性别歧视的雇佣决定。第七条适用于有十五个或者十五个以上雇员的雇主，以及在美国境外为美国国有公司或者国家控制公司工作的美国市民。

《美国残疾人法》

《美国残疾人法》（42 U.S.C. § 12101 *et seq.*）第一条禁止雇主在雇佣上对身体或者精神上有残疾的人歧视对待，只要这些的残疾人能够履行他们职位的实质职责，无论是否通过使用合理的便利措施。该法要求雇主根据残疾申请人和雇员的要求采取合理的便利措施以便使他们能够履行他们的职位的实质职责，只要该便利措施不会导致雇主业务的不适当的困难。该法同样也适用于在美国境外为美国国有公司或者国家控制公司工作的美国市民。

《就业年龄歧视法》

《雇佣年龄歧视法》（29 U.S.C. § 621 *et seq.*）禁止了基于年龄对四十以及四十以上雇员进行歧视。雇主被禁止基于年龄在雇佣、解雇、赔偿或者其他雇佣条件方面进行歧视。该法允许了高薪管理人员的例外，规定只要他们每年的退休收入高于四万四千美元，他们可以被在65岁时被要求退休。与《民权法》第七条一样，《受雇年龄歧视法》由平等就业机会委员会执行。该法同样适用于在美国境外为美国国有公司或者国家控制公司工作的美国市民。

《公平报酬法》

同等工作同等报酬的保证被《公平报酬法》（修订本）——《公平劳动标准法》（29 U.S.C. §§ 201-219）的一部分——引入到每个雇佣关系中。《公平报酬法》，作为联邦雇佣歧视禁止网的一部分，要求在一个机构中由不同性别完成的同等的工作被给与同等报酬。该法禁止基于性别在同等工作的工资支付上进行歧视，其中同等工作是指那些需要同等技能、努力和责任且在相似工作条件下的工作。该法也允许一定的不同等报酬，

只要不一致的产生是根据一个资历体制、一个业绩体制、一个生产数量或质量决定报酬体制、或者一个基于其他任何非性别因素的区分。

1991 年《民权法》

1991 年《民权法》（Pub. L. 102-6）没有为一个特殊雇员群体设立综合性的权利，而是修改了《民权法》第七条、“第 1981 节”、《康复法》、《美国残疾人法》和《雇佣年龄歧视法》以实现这些成文法下的一系列目标。1991 年民权法增加了这些法律下的救济措施，即允许给予补偿性和惩罚性赔偿。并且，该法赋予了第七条、《美国残疾人法》、和《复健法》下的要求陪审团的权利。该法也对第七条和《美国残疾人法》进行了修改，特别地规定这两个法适用于在美国境外为美国国有公司或者国家控制公司工作的美国市民。

在 1991 年《民权法》下，给予惩罚性和补偿性损害赔偿的数额表被制定，而这些给予赔偿的上限是基于雇主的规模大小：

- 雇员数 100 及以下： 50,000 美元
- 雇员数 101-200： 100,000 美元
- 雇员数 201-500： 200,000 美元
- 雇员数 500 以上： 300,000 美元

非法骚扰

所有以上讨论过的成文法基于它们所保护的特点和（或）分类而禁止骚扰。不光女性被保护不受基于性别的骚扰；不同种族的成员也保护不受基于种族的骚扰；残疾人和上年纪的人被保护不受骚扰；信仰和民族同样不能成为骚扰一名雇员的理由。

美国联邦最高法院在柏林顿工业公司诉埃勒斯（Burlington Industries, Inc. v. Ellerth）和法拉赫诉博卡拉顿城（Faragher v. City of Boca Raton）两个案件中，定义了两类不同的骚扰：涉及“有形的雇佣行为”的骚扰和涉及“敌意的工作环境”的骚扰。

引起有形的雇佣行为的骚扰（又叫做“经济性骚扰”）通常包括一些有形的雇佣行为，而这些雇佣行为会导致雇员的经济损失或者工作量或工作任务的显著变化。此类骚扰的构成要求工作损害的威胁或者工作利益的允诺事实上导致了某些种类的雇佣行为，例如终止、擢升、降级或者调动到一个相当不同的工作。雇主需对其经理人员造成的经济性的骚扰承担严格责任。

敌意的工作环境骚扰造成不利的工作条件，而这个工作环境可能不会导致有形的雇佣行为。此类骚扰包括无预期的性侵犯，提供雇佣利益以换取会影响雇员工作表现的色情笑话、图画、评论、照片、手势、电子邮件或者书面的材料。有争议的行为如符合以下特征，将会构成环境骚扰：（1）不被欢迎的；（2）与受保护的群体相关的；（3）对受众和一个理性人来说都是具有侵犯性的；并且（4）严重或者普及的。另外，工作损害

的威胁或者工作利益的允诺尽管没有导致有形的雇佣行为，如果威胁造成了一个恐吓的、敌意的或者侵犯性的工作环境，也可能构成工作环境骚扰。

报复

《民权法》第七条、《雇佣年龄歧视法》、《美国残疾人法》及实际上每个州的反歧视成文法，都禁止了雇主的因为雇员依法行使控诉或起诉权或者因为雇员依法反对对他人的歧视而对这些雇员进行报复的行为。在实务中，如果一个雇主曾被某雇员指控有某种歧视而继续雇佣了这名雇员，这个雇主最畏缩的挑战也许就是那个雇员主张他有威胁报复行为。

进一步说，雇员去主张存在潜在的歧视往往要比主张他们因为声称歧视而遭到报复要难得多。报复的主张的成立，并不需要证明报复所基于的歧视已经被断言或者证明正确。也就是说，一个雇员可能赢得一个报复案件，尽管作为报复发生基础的歧视的主张不能被认定。

为赢得报复案件，一个雇员通常需要证明：（1）雇员从事了保护性的行为，例如提出了对歧视的控诉；（2）雇主的反面或者敌对行为的发生，例如对从事保护行为雇员降级或者解雇；以及（3）以上两个要件间存在因果关系。

2. 州和地方的就业歧视法律

除了联邦层面存在禁止就业歧视的法律之外，各州和地方政府也能并且已经立法规制了这个领域。如上所述，在联邦法保护的群体之外，有些州和（或）地方政府也保护雇员不受基于婚姻状况、性倾向、性别认同、政治活动、四十岁以下年龄和身体特征（如体重和身高）的就业歧视。

例如，加利福尼亚的反歧视成文法——《加利福尼亚公平雇佣和住房法》——涵盖范围就比相似的联邦法要广阔得多。首先，该法适用于有五个或者五个以上雇员的雇主（《民权法》第七条适用于有十五个或者以上雇员的雇主）。与联邦法一样，该法禁止基于种族、肤色、民族、血统、性别、身体和心理残疾、年龄（四十和以上）、信仰的雇佣歧视和骚扰。但与联邦法不同的是，该法也禁止了基于医学状况和婚姻状况的歧视。医学状况被界定为那些与癌症或者基因特征有关的状况。该法不光允许《民权法》第七条和其他联邦法下的救济，而且不限制补偿性的和惩罚性的赔偿。另外，加利福尼亚最高法院认为：对雇主的普通法的主张不能援引加利福尼亚州宪法缔造的反歧视的公共秩序。

3. 对就业歧视指控的证明和辩护

1964年《民权法》第七条、《就业年龄歧视法》和《美国残疾人法》下雇员的权利可以通过联邦平等就业机会委员会强制实施或者通过个人诉讼执行。在提出《民权法》第七条项下的个人诉讼之前，原告须穷尽均等就业机会委员会的行政救济。均等就业机会委员会负责对歧视的指控进行调查而且有权向联邦法院提起诉讼以矫正歧视。但是，绝大

多数的《民权法》第七条下的诉讼都是由个人提出的。大多数州有类似于均等就业机会委员会的机构而且也要求在职法院提起个人诉讼前须穷尽行政救济。在某些州，包括加利福尼亚，穷尽行政救济并不必要，在没有向州或联邦机构提出控诉的情况下，原告可以直接根据普通法以及州宪法理论提出主张。

禁止就业歧视的法律并不禁止申请人或者雇员可能认为的所有的“不公平”的雇佣决定。基于非禁止因素的歧视并不构成法律的违反。例如，雇佣歧视法律并不禁止雇主基于业绩、主动性或者表现对个人进行歧视。

为证明歧视，个人须证明雇佣条件或决定与法律禁止的基础（如种族和性别）有联系。这个联系可以通过指向如下几点而构成：（1）基于禁止的标准对个人有不同要求或者差别待遇；或者（2）中立的政策或者实践对于一个雇员或者申请人所属的受保护的群体（例如女性、少数种族，40岁以上的人）来说存在着更苛刻的或者不利的的影响。

差别对待

差别对待的歧视产生于雇员被故意地出于非法标准（种族或者一个受保护的群体的成员身份）而区别地对待。原告负有初始的举证义务，表面地证明区别对待的存在（*McDonnell Douglas Corp. v. Green*, 411 U.S. 792 (1973)）。为此。原告必须提出直接或者间接证据证明雇主的不法动机。直接证据可能以主管人员的对于原告的种族、性别或者其他受保护的标准的的评价的形式出现。在现代工作场合中雇佣歧视变得非常微妙，关于歧视的直接证据相对不通常出现，因此间接证据必须被采纳。在上面提到的麦克丹耐尔-道格拉斯公司诉格林案件（*McDonnell Douglas Corp. v. Green*）——一个未能被雇佣的案子中，美国联邦最高法院认为：为间接证明种族歧视的存在，原告必须证明：（1）他（她）属于受保护的群体（例如，属于案件涉及的种族）；（2）他（她）申请了某一项雇主寻求申请者的工作；（3）他（她）胜任该工作；（4）他（她）被拒绝给与该工作；且（5）雇主继续接受该工作的申请。

通过成功主张他或她因为不能容忍的和歧视性的工作条件被强制离职，原告也可以证明差别对待的存在。检验这样一个“事实上的解雇”的标准是一个处在原告地位的理性人是否会觉得被强制离职。

如果一个申请者或者雇员依差别对待理论主张歧视，雇主是可以进行反驳的，通过出示原告没有被有任何区别地对待于其他雇员，或者说是通过出示原告对歧视的表面证明不成立。例如，在一个涉及一个亚洲雇员的纪律案件中，雇主可以出示大量其他种族背景的雇员在相似背景下也受到了处分。

但如果某个雇员确实被不同地对待，雇主还可以出示不同对待的理由是合法的非歧视的。例如，雇佣中非歧视的理由可能包括对称职、阅历、客观能力测试的表现和过去的工作记录的考虑。相似地，合法的非歧视的解雇理由可能包括违反工作规程和有不当行为。

美国最高法院再次重申了——一旦雇主明确地说明了一个合法的非歧视的理由，雇员须证明雇主所给的理由是虚伪的或者只是掩盖歧视动机的借口。可参见：里夫诉三得森铅材供应公司（Reeves v. Sanderson Plumbing Supply Co., 530 U.S. 133 (2000)）。

差别或者不利影响

反歧视法不光禁止故意的歧视，而且禁止针对全体雇员的雇佣行为所导致的非故意的歧视后果。相应地，不利影响理论不考虑雇主的造成某种特别雇佣行为的动机。原告只要出示一个中立的政策对一个受保护的群体（也就是西班牙人、女性、亚洲人等等）会造成更苛刻的或者不利的影响就能够初步地证明歧视的存在。

如果一个原告成功主张雇主行为对受保护的群体有着不利影响，举证责任便转移到雇主去证明这个行为是与工作相关的并且符合商业需要。当然如果雇主证明，一个特定的行为并不导致不利的影响，雇主不需要进一步证明这个行为是商业上的需要。

但是，在雇主成功地主张了商业需要的情况下，通过证明存在可替代的有着同等有效的商业行为，而这个商业行为有着较少的歧视性影响，但雇主拒绝采取这个替代性行为，原告仍可以赢得不利影响的主张。

对骚扰主张的抗辩

根据联邦法，在管理行为是严重而普遍以至于虽不构成有形的雇佣行为却足以构成环境骚扰的案件中，雇主们对责任享有一个积极的抗辩——它们已经尽到了合理的注意去阻止和纠正工作场所的骚扰。通常地，如果雇主证明它已经采取了合理的注意避免和纠正骚扰而雇员没有通过控诉或者别的方式避免伤害，雇主将不会为管理人员造成的环境骚扰承担责任。相反地，如果雇主不能够出证明已经采取合理的注意以防止或者纠正骚扰，特别是在雇员已经使用了雇主的控诉程序的时候，雇主将被认定承担责任。

雇主制定、发布和执行合适反骚扰政策和程序的行为对于雇主对骚扰的积极抗辩来说都是重要的因素。分析过这个抗辩的法院不光考虑了雇主是否有反歧视政策，而且考虑了这个政策是否被有效地传递给主管人员和雇员。为此目的，法院一般地发现性骚扰培训增强了雇主的主张积极抗辩的能力。通过主张骚扰政策的存在和雇员不合理地未使用它，雇主可以避免和限制责任。

救济措施

联邦反歧视法下的救济措施，包括了支付欠薪（失去的工资和利益）、合适的提前支付、复职和（或）其他的禁令性救济。在《民法法》第七条以及《美国残疾人法》（不包括《雇佣年龄歧视法》）下，精神损害赔偿可被给予。（其与惩罚性赔偿的总和，如果适当，不应超过文上已提到的法定的上限。）

《雇佣年龄歧视法》未提供精神损害赔偿。但在陪审团认定雇主的歧视行为是故意的情况下，胜诉的原告会被给予欠薪额双倍的违约金。

六、 雇佣的终止

根据雇佣自由规则下，对既未约定要求合理终止理由或未无约定固定期限的雇佣关系，雇主或雇员得任意终止之，无论是否有合理理由或者是否经提前通知对方，除非有例外适用。联邦法院、州法院及立法机构已经明确了一系列即使是在自由雇佣关系之中也不允许解雇雇员的情况。例如，《全国劳资关系法》禁止雇主基于工会成员资格或者该法条文保护的任何活动的参与而解雇雇员。这些活动包括了参加支持或反对工会。联邦《职业安全与健康法》禁止解雇那些与职业安全与健康管理局调查员合作的雇员，或者那些就其所认为的对任何员工或全部员工的安全和（或）健康产生影响的任何情况而向职业安全与健康管理局提出控诉的雇员。联邦和州的反歧视法律把基于雇员的成员资格——这个成员资格所处的群体为联邦法保护或由州法或雇员工作地的市政当局所保护——而终止雇佣的行为认定为非法。另外，某些州的法院已经把违反州的公共秩序列入了所禁止解雇的原因的清单中。

1. 没有法定最短通知期限

美国法，包括联邦法和州法，一个特点是不存在要求雇员作出的和（或）接受终止一个个人雇佣合同或关系的预先通知的法定最短通知期限。相反，接受通知的权利，如果不是全部，在大多数情况下都是由合同约定的，并且是不同于雇佣自由的观念的。在任意雇佣关系中，“合同”——如果有的话——允许任何一方未经事先通知而终止雇佣合同。

在雇佣关系非可任意终止或为由书面雇佣协议支配的情况下，如果关于通知有任何合意，雇主有义务采取事先约定的通知形式进行通知。无论是个人雇佣协议还是团体协商协议都可能会包含通知条款并且可能赋予雇主一个选择权——通过完成一定给付以代替通知。如果雇佣合同为定期，其将在到期日终止，除非合同约定协议的自动延展。通常情况下雇主不负有通知或者支付解约赔偿金的义务，但《劳工调适及再训练预告法》（29 U.S.C. §§ 2101-2109）要求在某些情况下雇主需通知或支付解约赔偿金。通常地，该法要求超过一百名或者更多雇员的雇主在解雇或者解散五十或更多雇员时需提前六十天通知。

2. 终止对雇主和雇员可能的法律后果

如果对一个雇员雇佣的终止被认定为非法或者不当，雇员有各种救济措施。这些措施取决于如下要素：不法行为的性质；雇员是否为雇佣地代表雇员之工会的成员；以及（或者）是否存在其它的规制两者关系并提供了救济措施的关系。

身为工会成员的雇员

有工会代表的雇员通常有权根据他们的集体协商协议的条款对解雇进行申诉，如果不能被解决，对解雇的申诉将进入仲裁程序。如果一个雇主被仲裁院认定其不当地终止了对工会成员的雇佣，通常其将负有责任补发工资并被命令对该成员复职。

非工会成员的雇员

除了拥有工会成员雇员的救济措施（复职和补发工资）之外，一个被不当地解雇的非工会成员雇员有权要求精神损害赔偿、惩罚性赔偿以及成文法上的任何其他救济，如果不法行为违反了成文法的话。在近些年，发展最快的雇主责任的渊源是不当解雇，其将在下文讨论。

3. 不当解雇

如上所议，在雇佣自由规则下，对既无约定要求合理终止理由又无约定固定期限的雇佣关系，任何一方得任意终止之，无论是否有合理理由或者是否提前通知对方，除非有例外适用。更进一步地，除非对雇主独立地施加了约定的或者成文法上的支付解约赔偿金和（或）给被解雇的雇员予利益的义务，根据雇佣自由规则，未经通知或没有合理理由被合法终止雇佣的雇员并无权要求解约赔偿金或者其他给付利益。任意雇佣的做法是合同法规则（各州各自发展起来的普通法领域），因而抽象出的可适用于全国范围内各州的雇佣关系的原则并不能完全准确地论述它。此外，由于该做法是普通法的产物，并且在各州都存在着由多年积累的判决产生的例外，各州发展出的原则不能够被——像州法典、州成文法和可归纳的法规中的规则那样——简单地推断并分类。相反，可适用的规则必须经过一个一个州地分析，并且要收集各州的判例法。

尽管有上述提醒，一些与任意雇佣方式相关的一般原则仍然能够辨别出来。首先，这个做法在所有的五十个州都适用。其次，所有的州都承认立法施加的例外，且大多数州都通过司法判例确认了例外。第三，任意雇佣方式一般被认为是对一个雇佣关系没有明确期限的雇员所处状况的一种“假定”。因此，没有明确期限的雇佣被假定为可任意终止的，除非有证据反驳这样一个假定——提出事实创立的一个对任意雇佣规则的例外之适用使得解雇为非法。尽管不是每个州都承认每类例外，一些已经界定比较明确的种类的例外已被某些州承认或者反对。

其中一类例外是法定的。其包含了一系列联邦和州立法创设的禁止，其特别禁止雇主因政府基于公共利益而认为非法的理由解雇雇员。这类例外被每个州所认可。在联邦层面，这些成文法包括了反歧视法律，这些法律禁止了基于种族、性别、年龄、宗教、信条、国籍、残疾、怀孕和其他受保护的特征而解雇雇员。成文法也保护雇员不因为其行使权利控诉其觉察到的雇佣歧视或者因为行使结社权而遭报复性解雇。大多数州也有类似的法定禁止，这些禁止允许受雇佣歧视的受害人根据州法提出诉讼，尽管存在雇佣自由规则。事实上，这些州和联邦的成文法构成了任意雇佣方式的例外。通常州法保护雇员不受解雇时所基于的相关特征的范围超出了联邦法，例如婚姻状况、性倾向或肥胖。

第二类例外主要是由法官制定，且各州有很大不同。主要有三个判例创造的例外：

- （1）违反明示或者事实的合同而解雇；
- （2）违反善意和公平交易的法律原则而解雇；
- （3）违反公共政策而解雇。但是，不是所有的这些例外都被各州所接受；更复杂地，各州在接受同一个例外时对例外适用的情况和方法的理解是有很大的不一致的。

4. 司法判例创制的对雇佣自由规则的例外

除了联邦和州的通过禁止歧视性的解雇而限制任意雇佣规则的成文法之外，雇员还可以通过主张解雇行为属于下列情况中的一个或者几个而否定解雇：（1）违反明示的或者默示的需要解雇理由的雇佣合同；（2）在特定情况下，违反判例确定的禁止在特定情况下解雇雇员的公共政策；（3）违反根据法律要求合同存在的默示的善意和公平交易的原则。

默示事实合同对任意雇佣规则的限制

很多法院已经通过语言和行动认定：一个雇主可能会使他的雇员合理地认为它们间的雇佣关系并非可以任意终止的，而是只有在合理理由和（或）在累进的纪律程序被穷尽之后才可以被终止的。尽管有很多种行为和语言能够导致雇员相信他们不会被没有理由的解雇，但法院认定的主要用来决定是否在默示事实合同的因素包括如下几个：（1）雇主的人事政策和惯例；（2）雇员的供职期限；（3）能够反映雇主继续雇用保证的行为或者交流；（4）行业惯例。

人事政策和惯例能够清楚地说明了雇员所预期的被解雇的理由，可能会表明雇员不会因为事先没有列出的理由或者没有任何理由地被解雇。累进的纪律程序表明了雇员在解雇之前会期望收到口头的警告、书面的警告和最终警告（或停职察看），会导致雇员相信他必须被有理由地被解雇而且他不会在没有收到警告和没有改进机会的情况下被解雇。业绩评估也会被认为表明了业绩或者操作差的雇员在其业绩或操作没有经评估证明之前不会被解雇。因为默示的合同例外是基于雇员从雇主行为和言语所得的预期，而集中反映雇主言论的人事政策和员工手册如果说明该政策不具有约束性而只是指导方针，并且重申了雇佣是任意的的话，这在很多州已经足够推翻事实合同的主张。

供职期限，尽管通常情况下不足以单独证明需要合理终止理由的事实雇佣合同的存在，但有助于证明同时考虑了其他因素的雇员相信了解雇必须是有理由的。法院和陪审团更倾向于认定长期的雇员——特别是在工作上很成功的雇员——对他（她）们的解雇是需要合适的理由的相信态度是正当的。这个观点几乎接近于保有退休金，但在雇主在证明雇员应该注意到其是一个任意雇主的情况下，一个长期雇员并不比一个短期雇员享有的更大的继续雇佣的权利。

有权的上级做出的继续雇佣的保证经常被雇员引用以作为他们确信被允诺继续雇佣且只有适当理由才能被解雇的基础。通常这种陈述和保证在招聘程序中做出的，而且被认为是一个当初使雇员辞去一个可靠的职位而接受现在这个据称的没有合理理由解雇他（她）的雇主的雇佣的重要因素。做出这样的保证的另外一个背景是业绩评估，如果一个好的业绩评估结果被声称会与高的口头评价和不让雇员离开的承诺相联系。

善意和公平交易的默示法律原则

第二类由判例创造的对雇佣自由假设的例外是善意和公平交易原则，很多州的法律赋予每个合同均默示含有该原则。这个原则的前提是缔约一方不可能出于剥夺另一方的利益的目的恶意地进行一项行为，无论事实上该行为是否违反约定。这个例外要比上面提到

的事实合同例外被更少的州接受，概念上也更难捉摸。一般地，违反善意和公平交易原则也违反合同，无论该合同是否是明示的和书面或是事实默示的。例如当违反合同承诺的义务是基于恶意或者自我交易的动机，就构成了善意和公平交易原则的违反。举例来说，如果雇佣合同要求解雇有合理理由，雇员不光被无合理理由地解雇，并且她的管理人员解雇她是因为把职位给他的情人，这就违反了善意和公平交易原则。

但是，善意和公平交易原则也允许雇员在雇主在表面上没有违反雇佣合同的情况下对雇主的恶意行为进行主张。举例来说，雇员因为拒绝进行药物测试而被解雇，在此时他（她）可能难以论证合理的解雇理由不存在，因为他（她）可能已经不服从要求或者已经受到了某种物质的影响。但假如提交药物测试的要求本身是不合理的，在承认这种主张的州，就可以主张这样一个行为违反善意和公平交易原则。

解雇会违反公共政策而产生的对雇佣自由的例外

事实上每个州都允许雇员在对其解雇违反该州明确要求的公共秩序时主张不正当解雇。有些州对任意雇佣方式的“公共政策例外”已经法典化，事实上其他州的普通法也承认了这样的一个违反该州和国家公共政策原则的解雇的例外。

事实上在每个允许对违反公共秩序的不正当的解雇进行民事主张的州，法院认为仅仅法院宣称案中的解雇违反公共秩序是不够的。相反，公共政策必须由联邦或州的成文法或者由经法律授权的行政机构授权的行政法规或者由联邦宪法和州的宪法所确定是可诉的。此规则的理由是：在美国，界定公共政策是立法职能而非司法职能。因此，援引公共政策必须有可适用于雇员被雇佣的州的成文法或者宪法的规定，而这样的规定保护、禁止或者规制了雇员参与或者拒绝参与的行为。

对违反公共政策的不当解雇的主张包括两类：（1）原告称雇主因他参与了成文法所保护的某种活动而解雇他（她）；（2）原告称雇主因为他（她）不肯参与非法或者有害的活动而解雇他（她）。第一类的公共政策的主张包括因为原告在庭审中真实地作了不利于雇主利益的证言以及因为原告向有关机关报告雇主对其他雇员有歧视而解雇原告。

第二类对违反公共政策的不当解雇的主张包括了一个卫生保健人员因为拒绝与对无资质的同事共事而被解雇，以及一个酒类售货员因为拒绝依雇主指示违反酒类法规而被终止其雇佣关系的情况。

可诉性公共政策主张决定性的共同特征是所援引的公共政策必须关乎真正的公共利益而不是主要是关乎私人利益。因此，一个声称因为举报一个受偏爱的雇员有小额盗窃行为从而遭经理报复而被解雇的雇员在大多数州并不能够有效地主张公共政策，因为尽管大多数州有禁止盗窃的成文法，但盗窃小额的雇主资料并不涉及公共利益。相似地，无资质的医疗工作者可能危及大多数病人的健康和生命，所以雇员可以拒绝与无资质的医疗工作人员共事；但雇员并不能主张雇主违反鼓励适当医疗照顾的公共政策从而构成不当解雇，因为鼓励合适医疗照顾毕竟不像提供安全和健康的工作环境一样关乎真正的公共利益。

被解雇的雇员仅仅证明他参与了公共政策保护的活动和随后他被解雇的事实是不够的，他还需要证明受保护的行為是导致他被解雇的原因。

与作为雇佣自由规则例外的不当解雇的其他形式不同（其通常会作为违反合同的主张而进行程序，经济损失仅会被补偿），很多州把违反公共政策的不当解雇的起诉认定为侵权之诉，而在其他的形式下单单请求经济损失是允许的。这样的做法，导致了请求精神损害赔偿和惩罚性赔偿为可能，当然这取决于州的不同。

5. 无工会场所的雇佣争议私人仲裁

仲裁成为有工会工作场所的实践已经多年，但直到最近，仲裁才被在无工会工作场所采纳为雇佣纠纷解决的途径。尽管通常仲裁是一种比诉讼较快和费用较少的纠纷解决措施，但法院并没有普遍地强制仲裁的使用，并且仲裁须符合严格的公平标准其结果才能得到执行。

在即使工作场所没有工会的情况下，美国有些雇主作为雇佣条件要求雇员签订协议约定二者争议由仲裁而非诉诸法院的方式解决。有约束力的仲裁在雇主间的流行程度与诉讼成本和陪审团判决额度（特别是数百万美元的惩罚性赔偿判决额度）同比例的增长。为避免成本和陪审团系统的不确定性以及陪审团判给大额赔偿的倾向性，很多雇主已经转向——作为初始雇佣的条件或者作为继续雇佣的条件——要求雇员同意将所有的雇佣争议诉诸仲裁。

6. 关于工厂关闭和集体解雇的特殊规定（《劳工调适及再训练预告法》）

尽管在解雇一个雇员时，雇主并没有一般的义务提前通知或者支付解约赔偿金，但有一个例外适用于达到和超过一百个雇员的公司，如果这些公司关闭或者集体解雇达到五十人以上的话。违反《劳工调适及再训练预告法》的要求可导致该雇主受到严重的惩罚，包括：对受影响的雇员补发六十天的工资及利益；对有效减员发生地政府每日五百美元的赔偿；以及诉讼律师费的支付。

7. 在并购中，美国法不要求权利义务的转移

出卖方运作下的部分或者整体的资产交易时，购买方并不自动承担雇佣卖方原有雇员的义务。那些工作受到资产买卖影响的雇员将终止雇佣。当然，出卖方和购买方可以通过合同达成由购买方为出卖方原有雇员提供职位的合意。

另一方面，如果购买方收购出卖方的股份，将不会对出卖方的雇员造成直接影响。这是因为股权结构变了，但雇佣方的法律人格（也就是那家公司）没有变。

七、工会管理法

1. 国家劳资关系法

雇员集结工会并由工会代表的权利专属联邦法即美国《劳资关系法》调整。《劳资关系法》第7节规定如下：

“雇员应当享有自我组织的权利，成立、加入或帮助劳工组织的权利，通过他们自己选举的代表集体谈判的权利，为了集体谈判或者其它相互帮助或帮助的目的而参与其它一致行动的权利，也有权拒绝任何或所有这些行为……”

2. 工会的角色

工会或者通过获得雇主的非正式同意，或者通过《劳资关系法》规定的选举和认证程序，展示出它代表大多数雇员的性质，从而获得集体谈判的权利。当工会寻求代表权却不为雇主们自愿地一致承认时，在这些情况下，为了做出行政决定以解决“适当的谈判单位”的确定这个根本问题，为了有权的雇员代表（或工会）的选举，《劳资关系法》规定了一个法定的程序。

《劳资关系法》的一个核心原则是，由谈判单位的大多数雇员选举出来的工会享有排他性的代表权，有权代表所有谈判单位的雇员。所有的雇员均可享有《劳资关系法》提供的保护，不仅仅那些身为组织的成员或者被工会代表的雇员。在《劳资关系法》下，工会是为了谈判单位的每位成员而被公认的或被认证的代表，承担着公正代表谈判单位的每个雇员的义务，而不论该雇员是否是工会的实际成员。

3. 不公正的劳动行为

《劳资关系法》保护雇员免受某些雇主和工会的行为，这些行为被认为是影响《劳资关系法》保障的自由的自由行使。这些被禁止的行为被统称为违背《劳资关系法》的、“不公正的劳动行为”。例如，《劳资关系法》禁止雇主在雇佣、纪律或其它就业方面，因为雇员的工会结盟行为而歧视雇员。《劳资关系法》也保护雇主免受某些类型的工会行为。例如，《劳资关系法》禁止工会有针对越过纠察线或者在罢工中工作的雇员的暴力行为。

4. 合法的一致行动

《劳资关系法》保护雇员参与一致行动的权利。这些行动包括但不限于罢工。其它形式的一致行动有纠察、分发传单、号召抵制雇主的产品和参与公司宣传活动（如向股东、董事会、债权人和投资者提出申诉）。

《劳资关系法》允许雇主采取某些针对合法罢工的对策。尽管雇主不能开除参与合法罢工的雇员，雇主有权在罢工期间雇佣替代工人。在所有的罢工情形下，雇主有权利雇佣临时工人。在因不公正的劳动行为而举行的罢工期间，雇主并没有权利雇佣永久替代工人。在针对不公正劳动行为的罢工结束后，参与罢工的雇员若放弃罢工，雇主必须允许他们恢复原职。在一个“经济罢工”中，雇主有权利雇佣永久替代工人——即使在罢工者提出返回工作岗位的要求，受雇者仍有权保有这份工作。然而，即使在经济罢工中，

雇主若再招工，必须优先考虑已经被永久替代工所取代的罢工者，而且当罢工者的工作岗位有空缺时，必须雇佣被永久替代工所取代的罢工者，而不能是其他新人。

同时，罢工期间，雇主总是有权利临时性地把谈判单位的工作分包出去，无需事先就该事项和工会谈判。一个雇主绝没有权利以罢工为理由永久性地分包工作，除非雇主事先和工会谈判、就该事项达成了协议或者陷入了僵局。

5. 闭厂

闭厂是罢工的另一面。就象工会能让其成员停止提供服务以向雇主施加经济压力，雇主也可能为了向工会施加经济压力而闭厂，以支持雇主的合法谈判地位。

6. 集体谈判

《劳资关系法》引导雇主就工资、工时和其它雇佣条款和条件与代表大多数的工会谈判。同样重要的是，它引导雇主除了和代表大多数的工会外，不要和任何人就该等事项谈判。

《劳资关系法》要求雇主和工会“在合理的时间会谈”。《劳资关系法》对雇主和工会课以平行的义务，即在某些雇佣条款和条件方面均应进行善意地谈判。如果工会已经被《劳资关系法》确认或雇主承认是专属的、在适当谈判单位的雇员的谈判代表，《劳资关系法》要求雇主和工会以达成协议为目标、善意地参与谈判。就谈判而言，《劳资关系法》提供了一个过程，而非保证结果。

如果雇主和工会之间存在集体谈判协议，想“终止或修改”劳动合同的当事人首要地是应当在合同终止日之前 60 日内通知另一方；如果合同没有终止日，则在提议的终止或修订生效日之前 60 天内通知另一方。

成功的集体谈判的成果是在在雇主和工会之间达成一纸书面协议，即人们熟知的集体谈判协议。集体谈判协议体现了雇主和工会在雇佣的条款和条件等所有方面的合意，包括工资、工作小时、工作条件和雇员在谈判单位的福利。

《劳资关系法》并没有为集体谈判协议设定任何最短或最长的期限，因此，这些协议可以约定双方同意的任何期限。

7. 为解决雇佣纠纷，在工会场所的私人仲裁

大多数的集体谈判协议包含通过双方同意的申诉和仲裁程序以解决争端的确切条款。这些争端可能涉及合同的解释、合同的实施、合同条款的适用、员工纪律或者合同终止等。为争端解决的“申诉—仲裁”程序对当事人而言是排他性的救济方式，取代当事人的任何寻求州或联邦法庭救济的权利。

申诉程序是仲裁程序的前置，它可能涉及到若干步骤。典型的处理方式是，首先由工会和（或）作为个体的申诉雇员在低等级的管理人面前提起申诉，如果不能解决，就提到

较高等级的管理人面前；如果在申诉的最高层次争议仍然没有解决，那么它将被提交给一个由合同当事人自愿选择的仲裁员来解决。

相对于法庭诉讼来讲，仲裁程序更不正式、费时更短而且费用更省。当事人可能由律师代表（虽然并不常见）。工会经常由全职工会代表所代理，公司由它们的劳资关系的代表所代理。仲裁不适用正式的证据规则，仲裁员倾向于采纳有一定实质数量的证词作为证据，这些证词在诉讼中可能会因为不相关或者是传闻证据而被排除。作为听证中认定的口头证词的补充，仲裁员可能允许当事人在听证前和（或）听证后提交辩护状。仲裁员的裁决通常是书面的、具有最终效力和有约束力的，仅仅在非常少的情形下法院的司法审查才能介入。

意识到双方有意将在合同期内的争端提交申诉仲裁程序解决、而不是以经济压力的形式解决这一事实，集体谈判协议在规定强制性申诉仲裁程序的同时，一般有不得罢工或不得闭厂的明确条款，即使当一个合同并不包含明确的不得罢工条款。法庭会推定合同条款的内容包含一个强制性的、最终的和有约束力的仲裁申诉程序。

8. 继任权利

当企业的商业所有权发生改变，而卖方是与工会的集体谈判协议的一方时，劳工法就推定：如果交易完成后雇佣企业的身份有一个实质性的连续，买方将被视为谈判单位雇员的继任雇主。但是，商业交易的买方并没有义务因为《劳资关系法》而雇佣任何前雇主的员工，只要雇佣决定并不存在对工会成员的歧视。

因此，重要的考量是，公司在同一地理位置是否是实质性的同一商业运作、是否实质性相同的劳动力在同样的监管者之下工作、是否不存在对工作条件的实质性改变。在这些因素中，劳动力的实质性连续是继任关系状态的主要决定因素。

八、对雇主商业信息和商业秘密的保密

大多数州，当然不是所有州，采纳了《统一商业秘密法》（简称“UTSA”）。《统一商业秘密法》起初只是示范法，在已经采纳它的州中，它规范商业秘密的披露。根据《统一商业秘密法》的规定，盗窃或采取不正当的手段获得和使用商业秘密是非法的。

根据《统一商业秘密法》规定，“商业秘密”是指特定信息，包括配方、样式、编辑产品、程序、设计、方法、技术或工艺等：1）不为可以从其披露或使用而获得经济利益的他人一般获知，或通过适当手段轻易获得，而具有实际或潜在的独立经济价值。同时 2）是在特定情势下已尽合理保密努力的对象。关于侵占商业秘密的救济，大多数州规定侵权人应赔偿由于侵占商业秘密给权利人造成的实际损失，还包括侵权人的不当得利。

商业秘密的定义来源于普通法，尚未采纳《统一商业秘密法》的州援用普通法中对商业秘密的保护措施。普通法中商业秘密的定义与《统一商业秘密法》中的定义是类似的。

除法定的或普通法中的商业秘密禁止之外，对商业信息保密的限制条件也可以通过在合同中的约定加诸雇员。自愿不披露协议一般禁止雇员使用或披露雇主的机密或商业秘密。雇主禁止或限制雇员披露的商业信息包括公司的财务信息、研发信息、顾客（客户）信息以及其他商业秘密（例如：设计、发明、记录和信息的编辑）。常见适用的限制和协议根据行业的不同而不同。例如，在科技行业中，研发信息的限制披露在合同中是常见的。对于从事销售的雇员，雇主通常限制顾客（客户）的信息的披露。法院对于执行《统一商业秘密法》规定以外的限制经常是犹豫不决的。但是，大多数法院愿意执行那些合理的以及看起来对于保护雇主有合理必要的限制条件，只要雇主自己采取了合理的措施对商业信息进行保密。因此，法院想要确认的就是雇主对于秘密的商业信息采取了措施，并且该措施是可被执行的。

九、竞业禁止协议

在美国，雇主具有这样一种不可质疑的权利——阻止它的雇员在任职期间从事竞争性业务或者牟取商业机会。雇主限制其离职雇员从事竞争性业务的权利就远非如此确定了。

雇主和雇员可以订立竞业禁止协议。在竞业禁止协议中的条款中，最有代表性的就是雇员应同意在雇佣合同终止后的特定期间和地区内不接受竞争者的雇佣。雇主和雇员也可以约定在雇佣合同终止后，雇员不得从雇主的顾客或客户中联系或招揽生意。

由于竞业禁止协议中的反竞争意图，大多数法院对此不太支持，但至少有些情形下大多也会执行的。那些允许订立竞业禁止协议的州仅仅在特定的情形下才予执行，即在雇主能够证明这些限制对于其商业而言是合理且必要的情形下。最为典型的是这要求表明这些限制在地域、时间和人方面是一种合理的限定，包括雇主已经为雇员提供了专门的培训；而且雇员对于公司信息的知情使他/她处于不公平竞争的优势地位。

一些州，比如加利福尼亚州，通常禁止雇主和雇员间的竞业禁止协议。大多数州允许协议限制雇员招揽由于雇主雇佣而熟悉的顾客。

十、独立合同工

在美国，“雇员”和“工人”这两个术语经常交叉使用。然而，二者在享有的雇佣权利和承担的义务方面有着显著的区别。独立合同工被聘用是为了从事专门的工作或者承做专门的工程，但是如何以及何时履行约定的工作时由他/她自己决定的，并且利用他/她自己的设备和工作场所。独立合同工一般在临时或特定的时间内工作，并且在任何特定的时期都会有许多服务对象。

一般来说，雇主在以下情形下聘用独立合同工：在短期时内完成特定的任务或者需要特定的服务或者需要完成特定的工程，但是在这些情形中雇主既没有能力也不想指导和控制该工作。例如，一个企业可以聘用一个电脑专家作为独立合同工，只是为了安装或者修复它的电脑网络中一个具体的问题。

最近，服务提供者的地位已经产生了相当大的争议，尤其在其试图控制工资和他们劳务成本的福利部分时。出于税收的原因也为了保护雇员的权利，雇主选的工人作为“独立合同工”而不是“雇员”正越来越多地受到政府的审查。

1. 判别独立合同工和雇员的检测标准

有一些常用的检测标准来判别一个工人是雇员还是独立合同工，这要看判定的目的。

控制权检测标准

最常见的检测标准就是普通法中的“控制权标准”，它是出于联邦税收的目的而被使用的。按照该检测标准，如果雇主有权指挥和控制雇用的人何时何地以及如何进行和完成要做的工作，不论雇主实际上是否行使了该种控制权，被雇用的人都会被认定为雇员而不是独立合同工。在这个检测中，需要考虑 20 个普通法中的因素来判定独立合同工的地位。这些因素包括此人是否用他自己的工具，是否在其商业中有重大的投资，他的服务是否为一般公众所享用，以及未完成工作时是否要承担责任。最具有代表性的就是州的税收机构，它常采用控制权检测标准，但是也会因参考的因素及对其权衡结果的不同而不同。

经济现实情况检测标准

另一个常用来判定独立合同工地位的检测标准是“经济现实情况检测标准”。这个检测标准用来判定一个工人是否为雇员是出于联邦工资和计时法上的目的，也就是说，决定是否要适用最低工资和加班法。在这个检测中，雇佣关系中所称的“经济现实情况”会被审查。要审查的重要因素还包括对工作监督的程度，该工人的工作职责可否与其他人的替换，以及雇主是否提供设备和工作条件。如果此人如雇员一样行事，他就会被认定为雇员。

2. 雇主聘用独立合同工的好处

由于许多提供给雇员的福利，独立合同工无权享有，所以就权益方面而言作出适当的区分就显得很重要了。雇主除了支付薪水或工资之外，还会给他的雇员提供附加福利，比如退休计划、健康和人寿保险以及残疾抚恤金，还可享受优惠的税收待遇。独立合同工提供的服务是以固定费用或计时工资的方式进行补偿的。然而，如果给独立合同工提供的福利超过了服务费用，政府就会认为他们应该被重新认定为雇员。政府认为享受附加福利是雇员的身份特点，因而接受者就不会是独立合同工。

雇员和独立合同工在税收方面的待遇还有一个区别。大多数情况下雇员的大部分个人所得税由雇主扣除，而独立合同工并非如此。相反，独立合同工有义务自己向政府申报他们的应税收入和应扣减额，并且要按期缴纳个人所得税。雇主有义务从雇员的工资中扣除社会保障和医疗税，并且要支付相应的税款。但是，独立合同工要完全从自己的所得中支付本来由雇主和雇员共同支付的全部税款。独立合同工服务的享用者一般必须每年

向联邦国税局报告其支付给独立合同工的费用。最后一个不同是，雇主要缴纳失业保险税，作为对特定情形下辞退雇员的失业补偿金。而独立合同工不会有失业补偿金。

十一、 集团诉讼

集团诉讼是《联邦民事诉讼规则》中规定的一种诉讼形式，在这种诉讼中，被任命的原告可以代表他们自己以及与他们处于相同地位未被任命的人进行诉讼。该制度是为了便于争议得到公平有效的裁决。集团诉讼已经广泛地应用于实体法领域，包括反托拉斯法、消费欺诈、产品责任、政府累积养恤金权利以及大量的民事侵权。在就业法中，集团诉讼传统上是用于处理对工资法的系统性违反和就业歧视的。

集团诉讼是由代表一个集团的一个或几个个体提起的诉讼，集团所有成员实际参与法庭诉讼过程在程序上是不可能的。被任命的原告代表未出庭的推定的集团成员的利益。法院在管理和监督起诉及集团诉讼的和解中发挥着重要的作用，以确保未出庭集团成员的利益受到了保护。一旦一个诉讼被认定为集团诉讼，任何调解协议、和解和撤诉的申请都必须经过法院的核准。

也许诉讼最初就按集团诉讼进行，但在诉讼的开始会有一个调查性询问来决定案件是否适合作为集团诉讼审理。如果该案被认定为适合作为集团诉讼审理，那么就需要“确认”集团（或者是几个集团，依具体案件而定）。然而，确认总是附有条件的，某些集团总是能被解除确认。

根据《联邦民事诉讼规则》第 23 条 (a) 款的规定，一个诉讼被一个集团的代表作为集团诉讼提起必须满足以下四个先决条件：人数的众多；请求的共同性；主体的代表性；代表的可胜任性。集团诉讼证明的听审将会决定其是否满足所有的先决条件。

十二、 在美国工作的外国人

1. 雇佣和聘请外国人

在美国，雇佣外国人是专门由联邦法律——《移民改革和控制法》（8 U.S.C. §1324, et seq.）（简称“IRCA”）调整的。根据《移民改革和控制法》的规定，雇主必须证明他雇佣的每一个人的身份和资历，在每个申请中都要附带证明其身份和资历的证明文件。所有想在美国工作的非美国公民必须拥有合法的外国人永久居留证——也就是常说的“绿卡”，或者拥有一个暂时的工作许可证。

2. 美国就业法对于在美国工作的外国人的适用

在美国工作的外国人受到美国联邦和各州法中所有法定和普通法的保护，包括不被非法或者因歧视而解雇。

十三、 美国就业法对在美国从事商业活动之外国雇主的适用

1. 联邦反歧视法

外国雇主在美国做生意，要遵守适用于在美国运营的本国公司的法律，包括联邦反歧视的各种法律。对于因违反与在美国工作的雇员的合同而受的指控，外国雇主主要受到美国的司法管辖。在美国，雇员的国籍不影响其受保护的范畴。美国公民和非美国公民一律都受到保护。

2. 国际公约对在美国从事商业获得的外国雇主的影响

为鼓励美国人对二战后复苏的国家进行海外投资，美国已经和 16 个以上的国家对《友好通商航海条约》（简称“FCN”）进行了谈判，这些国家包括日本、意大利、法国、韩国、比利时、台湾以及德国。美国和台湾之间已经签署了《友好通商航海条约》，但没有和中国签署。

条约赋予任何一缔约方公司在另一方一定种类的雇工中进行选择的权利，比如经理、律师或者他们自己选择的技术专家，而这是不考虑国籍的。因此，这些条约允许缔约国在安置他们在外国分支机构的雇员时，优先考虑本国国民。外国公司在美国的子公司不适用《友好通商航海条约》。（*Avagliano v. Sumitomo Shoji America, Inc.*, 457 U.S. 176 (1982); *Spiess v. C. Itoh & Co.*, 725 F.2d 970, 975 (5th Cir. 1984); see also *Kirmse v. Hotel Nikko*, 51 Cal. App. 4th 311 (1996).）但是这里有一个重大的例外，那就是当外国的母公司做决定时，则可以适用《友好通商航海条约》（*Fortino v. Quasar Co.*, 950 F.2d 389 (7th Cir. 1991)）。

十四、 美国就业法对被派往国外工作的美国人的适用

1. 可在域外适用的法律

被美国公司派往国外机构的雇员仍然受到美国联邦反歧视和虐待法的保护，包括《美国就业年龄歧视法案》（ADEA）的第七章和《美国残疾人法案》（ADA）。因此，美国的国外工作者依法有权向平等机会就业委员会（EEOC）提出其受到歧视的控诉并且有权对发生在任何地方的就业歧视提起诉讼，只要他们是为美国公司或者由美国公司控制的雇主工作，甚至在他们在国外工作时也可以。这些域外的保护仅仅适用于美国公民，被美国企业或美国控制的国外企业雇佣的外国公民不能受到上述法的保护。

2. “外国法律抗辩”

《1991 年民权法案》给予雇佣海外美国人的美国公司外国法律的豁免权。当雇主为避免违反工作地所在国法律而采取了必要的行动，虽然此行动可能构成非法劳动歧视，但不能被认为是违反美国法律。如果就外国工作地的雇员遵守《1991 年民权法案》第七章及《美国残疾人法案》而“诱发”一个受该等法律规制的企业“违反工作地所在国的法律”，即构成违反《1991 年民权法案》第七章及《美国残疾人法案》的有效抗辩。（42 U.S.C. § § 2000e-1(b), 12112(c)(1)）

赋予豁免权的目的是为了减轻公司的义务，对公司而言它不可能同时承担相抵触的法律义务，因为适用美国的反歧视法律就有可能违反美国公民被雇佣地所在国的法律。雇主要适用外国法律的保护，就必须证明：采取的行为是针对在外国工作地的雇员；遵守美国反歧视法会使其违反外国法；并且该法律是雇员工作地所在国的法律。

The content of this article is intended to provide a general guide to the subject matter. Specialist advice should be sought about your specific circumstances.