

【劳动法学】

论劳动法视角下的混合合同

李帛霖

【摘 要】混合合同本质上是不同合同要素结合的结果,是对合同结构的解释说明。传统的混合合同一体性理论已无法适应当代日益复杂的交易形式,将“经济上的一体性”从“法律上的一体性”中适当分离,构建出“广义的混合合同”体系方可分析各种复杂交易关系的合同结构。对劳动用工领域存在的多元化形式同样应当从“广义的混合合同视角”分析其合同结构。由于从属性是劳动法的核心概念,从属性种类与要素的混合是劳动法上合同混合现象的根本原因。基于经济从属性、人格从属性、组织从属性、技术从属性各自对合同定性的影响,劳动法上的混合合同包括“类型融合型合同”“身份融合型合同”“框架型合同”三种类型。在法律适用层面,既有的四种学说均存在一定不足,在劳动法体系内讨论混合合同的法律适用问题,需要兼顾到上述三种类型混合合同的特殊性进行具体分析,解决各种混合合同类型的具体适用问题。

【关键词】混合合同;合同联立;无名合同;劳动合同;从属性

【作者简介】李帛霖,华东政法大学博士研究生。

【原文出处】《南大法学》(南京),2022.1.121~139

【基金项目】本文系2020年度教育部人文社会科学研究青年基金项目“劳动法规范的跨法人适用之研究”(项目编号:20YJC820067),华东政法大学2021年度博士研究生学术研究项目“平台用工模式下用工主体责任研究”(项目编号:2021-2-014)阶段性研究成果。

一、问题的提出

基于社会发展中出现的复杂的交易形式与交易内容,民法领域率先发展出混合合同理论,旨在反思与理解新的合同结构,从而解决因复杂的合同关系而产生的各种法律问题。与此同时,劳动法领域同样遇到类似用工关系性质模糊与法律适用不明的问题。例如,在灵活用工关系中,基于从业者的工作性质和内容与传统的劳动关系的不同,其劳动从属性会出现弱化、模糊、隐蔽、边缘等状态,进而导致其“劳动合同”中时常会混入、吸收大量的民事合同(承揽、委托等)的因素,引发了合同的混合现象。尤其是在判断劳动关系的问题上,通常会出现肯定的要素与否定的要素共同存在的现象。由此带来的问题是,在劳动用工领域,是否存在介于民法与劳动法之间的“混合合同”?近年来,国内有部分学者也对这种劳动用工领域的“混合合同”现象进行了一些讨

论,^①但更多的只是对实践中出现的从属性弱化的劳动用工现象冠以“混合合同”之名,进而基于实用主义径直讨论如何进行法律适用的问题,而鲜有结合混合合同基本原理及其发展过程对多元化劳动用工形态进行更为全面的研究。

根据传统民法学说,混合合同属于非典型合同中的一类。^②而关于混合合同的具体内涵,国内学界尚不统一,有学者认为,混合合同是在一个典型合同中规定其他典型合同事项的合同。^③还有人认为,混合合同除了典型合同之间的混合之外,还包括典型合同与非典型合同的混合。^④另有观点认为,混合合同“系个案所涉及之契约,含有不同契约类型的重要因素(部分),具有不可分割的关系”。^⑤上述学说虽有不同之处,但共同点在于认为,由于“混合合同”各合同要素性质的差异,其内部必然会存在着合同要素之间“融合”与“冲突”并存的情况。如此,首先带来

的问题就是法律关系性质的认定问题,即劳资双方的法律关系究竟应当被认定为单一合同关系还是多个合同关系的结合。换言之,混合合同与所谓的“合同联立”^⑥的区别是什么。其次才是法律适用问题,即如何协调与平衡其中的各种合同要素各自的法律规范,从而构建出正确的法律适用思路。因此,本文将基于对混合合同理论发展的脉络梳理,结合劳动法的自身特点,对劳动法上的混合合同以及合同混合现象进行探究。

二、混合合同“一体性”理论的发展

混合合同的相关理论兴起于20世纪初的德国,当时正值《德国民法典》颁布不久,出于对典型合同条款的适用需要,早期的混合合同理论承担了解释多个合同的一体性以及合同数量问题的任务。

雷格尔斯贝格(Ferdinand Regelsberger)最早提出了当时开始引起关注的混合合同涉及的合同一体性与合同数量问题。他认为,混合合同究竟是多个合同还是单一合同,是一个事实问题(quaestio facti),不能寻求一般的标准来确定。该标准不应仅取决于当事人的意思,还应该考虑主从给付之间是否存在类似的经济关联性。^⑦据此,雷格尔斯贝格首次将合同一体性判定思路区分为“法律上的一体性”与“经济上的一体性”,基于私法自治原则,“法律上的一体性”着眼的是当事人是否具有“合同一体性”的意思。“经济上的一体性”本质上是对前者的补充,强调具有经济利益上的关联的主合同与从合同的一体性。换言之,如果两个合同之间不存在主从关系,即使具有经济上的关联,也不能视为一个合同。这一理论成为后来判断合同一体性思路的基点。遗憾的是,他对混合合同的法律适用规则问题并没有说明。

雷格尔斯贝格的学说虽然为合同一体性判定奠定了理论基础,但现实生活中的复杂交易难以真正划分合同各要素之间的主从关系与合同结构,因为各合同要素的结合程度不同。也正是因为这一原因,在两者间合同关系下,混合合同也常常与合同联立相互混淆。恩内克鲁斯(Ludwig Enneccerus)首次将混合合同与合同联立进行了比较。他指出,混合合同问题并不涉及若干个相互关联的合同,而是涉及单一的整体合同。^⑧他将合同要素结合的结果分为“广

义的混合合同”和“含有其他附随给付的典型合同(Typlische Verträge mit untergeordneten andersartigen Leistungen)”两大类。其中,前者又分为“类型结合合同(Kombinationsvertrag)”、“类型融合合同(Typververschmelzung)”以及“双重典型合同(doppel typische Verträge)”三种类型。^⑨在他看来,混合合同和合同联立的共同点是均由多种合同要素结合而成,区别则在于两者的结合程度强弱,进而分别出现单一合同和多个合同的结果。其中,结合程度最强的当属“含有其他附随给付的典型合同”;其次为类型融合合同,又称“狭义的混合合同”;第三为类型结合合同;第四为合同联立,双重典型合同^⑩即属于这一范畴,其与类型结合合同最为接近,两者也时常存在界限模糊的情况。

恩内克鲁斯的学说的价值在于揭示了混合合同是不同合同要素结合的结果,所谓的“一个合同抑或多个合同”的争论也正是基于这种结合的强度不同而产生的。但由于实践中交易模式复杂多样,这种基于合同结合程度强弱的区分方法往往需要通过个案综合判断方可具体化,而难以寻求一般标准来确定。因此有人提出,不同种类的混合合同之间的边界是“流动的”^⑪,或者说从合同联立(双重典型合同)到狭义的混合合同的过渡是“渐进式的”^⑫。因此,德国学界随后的研究也更多地侧重于对合同要素结合程度的讨论。其中,《德国民法典》第139条^⑬规定的法律行为部分无效规则成为重要切入点。该条背后的原理在于,当作为一个不可分割的法律行为的某一部分存在无效原因时,它对其余部分的影响主要要看当事人的意思。但通常情况下,在一个法律行为中承认“多种相互关联的意思表示的结合(die Verbindungen von mehrerenzusammenhängenden Willenserklärungen)”,这说明该行为具有“内在关联性(innere Zusammengehörigkeit)”,从中可以得出当事人有使整个行为无效的意图。换言之,将法律行为的一体性或内在关联性与当事人意思相结合,使全部无效原则得以正当化。^⑭其中,对于当事人的“合同一体性”意思的判断,很重要的一个标准就是在合同无效的部分缺失的情况下,当事人是否还会签订该合同。但实际上对当事人意思的解释在许多情况

下需要借助客观层面的“一体性”事实来认定,而这种“一体性”可能只是单纯的“经济上的一体性”或“交易结果上的一体性”而非混合合同中“法律上的一体性”。如前所述,“经济上的一体性”旨在解释当事人的意思,是对证成“法律上的一体性”的补充。但随着人们交易内容日益复杂,尤其是以劳动合同为代表的继续性合同的产生与发展,“经济上的一体性”已然不仅仅具有辅助价值,还有其独立存在的价值。这样一来,“经济上的一体性”(客观事实)与“法律上的一体性”(主观合意)的界限往往会模糊不定,甚至有可能相互转化。^⑤因此,学界渐渐意识到了“唯意志论”的混合合同理论的局限,而将对当事人客观利益的保护以及交易状态纳入合同“一体性”的判断因素。例如德国在1991年《消费者信贷法》第9条设置了否认第三方信用交易抗辩的规则,根据该条规定,消费信贷合同所涉之授信合同与买卖合同即使不存在法律上的一体性,但事实上形成了一个交易整体,出于保护消费者利益的目的,两个合同之间的法律效力也是相关联的。^⑥

20世纪初,在德国开始对混合合同进行讨论的同时,日本也参考德国的学说展开了对混合合同理论的讨论。^⑦与德国一样,在类推适用说成为通说后,日本对混合合同的讨论也逐步减少,原因同样在于“唯意志论”的局限性。例如北川善太郎认为,混合合同理论虽然有利于明确合同的结构和分析合同的形式,但仍然需要对当事人的意思进行新的解释才能解决具体问题。^⑧直到20世纪80、90年代,混合合同问题才重新被提及,其标志性事件是日本最高法院于1996年关于“体育俱乐部会员权与度假公寓事件”的判决。^⑨对于该案,日本学界首先争论的焦点在于是否应当首先讨论合同的一体性问题。因为当德国的混合合同理论在日本被接受时,所谓的“合同一体性”这一问题没有得到重视,而仅侧重于讨论各合同要素之间的相互依存关系和法律适用的问题。因此日本关于混合合同的学说中时常会出现将合同一体性判断与合同的法律适用混为一谈的现象。^⑩以山田诚一提出的“合同再分类论”为例。根据他的理论,在当事人所选择的合同类型可能与其所设想的经济交易的实质不相吻合时,法院可以将

涉案合同类型重构为与交易实质内容相适应的合同类型,而不必再去判断多个合同之间的一体性或关联性。^⑪道垣内弘人在此基础上就合同追认和撤销问题进一步提出:“即使被判断为多个合同,只要存在相互依存关系,追认、撤销与否也将作为一体来解决;即使被判断为单一合同,只要其中一部分形成了独立的对价关系,就可以仅追认、撤销该部分。”^⑫池田真朗指出,当事人之间同时签订多个合同时,这些合同的结构是为了实现当事人所设想的合同利益的集合体,从这个意义上说,如果其中一个合同不能发挥作用,那么签订其他合同就没有意义了,故这种合同是一种“复合合同”,同时也属于混合合同范畴。^⑬

综上可知,混合合同本质上是不同合同要素结合的结果,是对合同结构的解释说明。伴随着社会交易日益复杂化,合同要素结合的形式日益丰富。传统上仅着眼当事人主观意志的“法律上的一体性”理论在解决现代社会复杂交易问题上存在局限。相反,“经济上的一体性”作为“法律上的一体性”的补充,由于其更加着眼于对当事人客观利益的保护与交易整体状况,相较于“法律上的一体性”已然具有相对独立性。在不同合同要素结合程度较弱的情况下,通过将“经济上的一体性”从“法律上的一体性”中适当分离,强调各合同要素之间经济利益与交易上的相互依存关系,从而在狭义的混合合同基础上加入了类型结合合同和双重典型合同,构建出了从典型合同到双重典型合同的一条“五个同心圆”式合同要素结合程度从强到弱的体系(如图1所示)。这种“广义的混合合同”理念丰富了传统混合合同的内涵,本质上是对传统混合合同理论的修正。因此,随着时代的

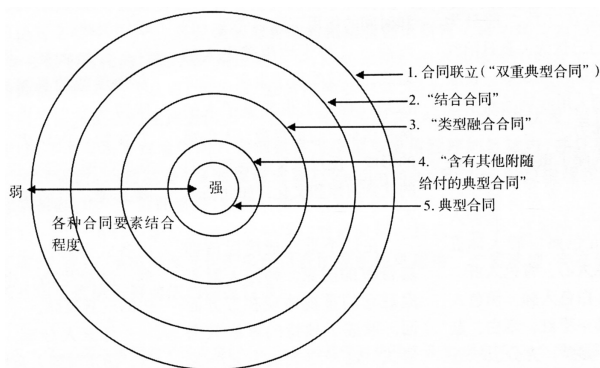


图1

发展,对混合合同的认知不能寻求一般标准来确定其“一体性”,同样不应当固守传统的“法律一体性”理念,而应当扩大混合合同的范畴,从“广义的混合合同”的视角出发,尤其是从合同要素间相互依存关系出发分析各种复杂交易关系的合同结构,这对于探索多元化的劳动用工形式的合同结构来说也是如此。

三、劳动法上的混合合同与合同的混合

(一)劳动法上合同混合的根本原因

如前所述,混合合同的一体性判断标准由单纯的主观层面的“法律上的一体性”发展为“法律上的一体性兼经济上的一体性”的“主观兼客观因素论”,即在尊重当事人的意思自治的基础上考虑到了当事人的客观利益以及交易的整体情况。劳动用工领域的各种劳务给付合同也存在着各种类型的合同要素与利益本位融合与冲突的情况。这种融合与冲突贯穿于劳动关系的始终。究其原因在于不同劳动用工形式的从属性强弱的不同,一般认为,从属性包括经济从属性、人格从属性和组织从属性三个方面,并且每一类从属性具有各自的视角。因此在用工合同关系中始终伴随着从属性要素的混合与结合,并且在不同的用工关系中,这种结合程度强弱同样存在着“游离状态”。^③

从属性首先是社会发展过程中形成的客观现象与事实,其次才是劳动法学逻辑建构的结果。劳动价值是通过劳动力与生产资料相结合产生的。当生产资料从劳动者手中分离出来为另一人所有时,劳动者将不得不依附于该生产资料的所有者(雇主),生产资料的所有者因此自然地获得了对劳动力的使用权限。这一对生产资料或者经济资源的依附,成为建构经济从属性的基础。^④需要指出的是,对生产资料的理解不应当仅仅停留在单纯的劳动工具层面,生产资料是人类赖以与自然界进行物质变换的桥梁和通道,是人类实现自己改造自然、创造财富目的的绝对必要手段。^⑤凡是能够与劳动力相结合创造财富的事物均应当归在生产资料范畴,例如在数字时代的“网约车”用工模式下,网约车司机们不会像电工购买安装或维修基础设施的设备一样专门为从事“网约车”业务而购买汽车,因为在平台用工模式下,应用程序与数字营销是更为重要的生产资料。^⑥因

此,英国法院在“Aslam案”中认为,当司机打开了应用程序(而非上车系好安全带时),在他被许可使用该应用程序的区域内,并且准备好并愿意接受运送任务时,那他就是《雇佣权利法案》(Employment Rights Act)中规定的“工人”(Limb[b] Worker)。^⑦由此看来,经济从属性取决于劳动者对生产资料的依附程度,也即劳动者对主要的生产资料的掌控程度。这一特征对合同定性的意义在于,单纯的生产资料依附关系给予雇佣、委托、承揽等多元化劳务给付合同存在的可能性。这意味着,存在经济从属性的用工关系均可被纳入劳动法的调整范围。

与经济从属性密切相关的另一个概念就是人格从属性(又称人的从属性、使用从属性)。德国法上传统的理论认为从属性即人格从属性,是认定劳动关系时最为核心的因素。其典型表现形态是劳动者加入雇主组织,在雇主领导和指示下从事劳动给付。^⑧为了与《日本民法典》上的“雇佣”作区分,日本劳动法上的劳动关系的判定以“使用从属性”为判断标准。并且日本学界对于从属性的判断出现了劳动者概念“解释论与立法论”和“统一论与相对论”的理论分歧,但本质上都旨在尝试着将“使用从属关系”重构,其大致思路都是一个“从劳动者概念到使用从属关系再到详细的判断指标”的思路。其中,“指挥命令下的劳动”的认定一直以来都被视为核心标准。^⑨

由于劳动者对生产资料的依附,生产资料的所有者(雇主)天然地获得了对劳动者的劳动力的使用权以及指挥命令与管理的权限。因此有学者提出,在以“剩余控制权”与组织、交易成本理论解释从属性的等级权力和控制逻辑的基本路径下,人的从属性作为劳动关系认定的核心要素能与经济从属性获得理论自洽与实践一致。^⑩然而,人格从属性并非仅仅是经济从属性的表现形式,其具有法教义学上相对独立的地位。原因在于,人格从属性集中表现为用人单位指挥命令权的形式,而指挥命令权在法教义学上被建构为形成权,但与传统的形成权不同的是,此种形成权不改变法律关系内容,而是将原有的合同内容具体化,且并不会因为一次行使而消灭,也不因长期不行使而消灭,属于“填充性(ausfüllende)的形成权”或“调整权(Anpassungsrecht)”。同时,由于

指挥命令权最根本的来源是劳动合同,故其位于劳动法律渊源体系中的最低位阶,只有在其他调整体制(劳动立法、集体合同、规章制度、劳动合同)没有明确规定的情况下才可发挥作用。换言之,合同约定越明确,指挥命令的权限就越小,反之则越大。^③如此看来,由于指挥命令权来源于劳动合同,人格从属性起到了在以经济从属性为基础的多元化劳动用工形式中凸显从属性劳动合同地位的功能。换言之,用人单位指挥命令权限越大,人格从属性越大,合同的“劳动合同性”色彩也更为浓厚。也正是由于这一功能,德国、日本的传统理论均将人格从属性作为认定劳动关系时最为核心的因素。

组织从属性是伴随着以企业为代表的生产组织集中用工的出现与发展而产生的概念。这一概念来源于生产组织的总体生产力发展与劳动者个体劳动生产力发展之间的矛盾。企业总体生产力发展实际上来源于个体生产力的不平等和不自由的发展,因为劳动分工虽然使个人能力和生产力得到专门化的发展,但这种发展非常片面和单调。^④换言之,劳动者的个人劳动必须置身于企业内部组织协作方可实现总体生产力发展。因此,日本学者吉田美喜夫指出,由于劳动者的劳动力的提供对于企业运营必不可缺,当劳动力有机地嵌入到企业组织之中,就应该承认其具有从属性。“以一个事实上的持续的契约关系为前提,或者没有必要严格判断其必不可缺,只要是企业运营上恒常的必要的劳动力就足够了”。^⑤作为用人单位的企业在法理上被建构为以营利为目的的拟制的人,其主体意志体现为企业利益的表达与实现,劳动者对企业意志的遵从即对企业利益的遵从。同时,企业是一个组织概念,劳动者对企业利益的遵从即对组织利益的遵从,这就是组织从属性产生的原因。^⑥企业为了实现利益最大化,必然会通过分层管理手段实现劳动力有机协作。由此看来,组织从属性强调的是企业内部的劳动力有机协作与统筹管理,这一特征揭示了企业内部存在层次性的“管理与被管理”的现象,尤其是在以公司为代表的商事组织体内部,所有权、控制权、经营权的分离,导致了公司内部组成人员的纵向关系形成。换言之,基于对公司集体利益的遵从,上至公司高管下至基层员

工均具有组织从属性。然而,董事、经理等高级管理人员与公司之间的“劳动合同性”长期存在争论。因此,在合同定性问题上,组织从属性的背后是劳动者群体的纵向分层,其凸显的是,企业组织内劳动者群体中的高级管理人员与企业间的合同关系中同时包含的管理因素与从属因素的融合与冲突问题。

此外,伴随着数字时代的不断发展,远程劳动、电传劳动等新型用工方式对传统的劳动从属性理论提出了巨大挑战,因此出现了“技术从属性”的概念。对于技术从属性的认识,目前学界有三种不同观点:一是将技术从属性等同于组织从属性;二是将技术从属性与组织从属性均视为人格从属性或经济从属性的一部分;三是认为技术从属性包含于经济从属性中。^⑦技术从属性体现在劳动者对用人单位在技术上的依附,这里的技术既可以是经营管理层面的,也可以是科技层面的。前者强调的是与组织从属性的自洽,后者则将科技层面的技术作为一种生产资料,强调的是与经济从属性的自洽。无论这些技术是用人单位与生俱来的(例如技术出资或者技术受让与许可使用)还是来源于劳动者智力成果的贡献,其技术价值必然需要由具有一定知识背景的劳动者实际运用方可实现。如此产生了劳动者群体内部的另一种分化,即“简单劳动者”与“复杂劳动者”的分化。这一分化对合同定性的影响主要在于,用人单位为了吸引留住从事复杂劳动的技术人员、管理人员,常常会在劳动合同中加入大量的特殊待遇条款,而这些特别条款在性质上具有普通的民事合同性质。因此,在合同定性问题上,技术从属性凸显的是,从属性劳动关系下复杂劳动者的劳动合同中劳动合同因素与所混入的特别条款的融合与冲突问题。

上述每一种从属性类别均从不同面向对合同定性具有不同形式的影响。经济从属性是从属性客观存在的根源,它的存在使得雇佣、委托、承揽等多元化劳务给付合同的存在成为可能。人格从属性是从属性本身在劳动法理论上的逻辑建构,其在经济从属性所带来的多元化劳动形式的基础上凸显出从属性劳动合同的地位,是劳动关系的核心因素;组织从属性强调企业组织内部的有机协作与分层管理,凸显了企业组织内劳动者群体中的高级管理人员不同

面向的合同关系性质;技术从属性的背后蕴含了简单劳动与复杂劳动的分化,凸显了从事复杂劳动的技术人员、管理人员的劳动合同中的特别条款的民事合同性质与劳动合同性质的融合与冲突。随着科技进步与社会发展,从属性可能会有着更为丰富的表现形式,从单一因素判断向多重因素综合判断的路径将会进一步加深。对每一个具体的不同行业、工种的劳动关系来说,其从属性所体现的价值和作用各有差异,使得判断劳动关系存在与否时各要素的权重各有不同,需要综合加以分析和判断。由此可知,从属性这一概念本身就是一个混合体,不同种类的从属性的划分以及具体要素的列举仅仅是人为地对从属性进行诠释的手段。如此一来,在个案判断中必然会出现从属性要素与种类混合的现象,这是混合合同在劳动法体系中得以存在的根本原因。

(二)劳动法视角下混合合同与合同混合的表现

从属性种类与要素从单一向多元的转变及其各自对合同定性的影响,决定了劳动法上传统的劳动合同必然会吸收其他类型合同的部分因素,从而形成“含有其他附随给付的劳动合同”。但这一吸收并未根本改变劳动合同中从属性劳动给付的性质,仅仅将其他合同部分因素作为履行劳动合同的一个环节。例如雇主雇佣一名司机,并要求司机日常顺带代为保管该车辆,这就在雇佣合同中加入了保管合同的要素,但该要素系履行劳动合同的环节,通常不具有特殊性,故在规则适用上适用劳动合同规则即可。在平台用工模式下同样会出现这种合同混合的现象,例如在平台从业者处理单个订单的情况下,可能会形成承揽合同附随劳动合同从给付的“含有其他附随给付的典型合同”。但如果存在持续性多个订单处理的情况,劳动合同属性则逐渐增强,进而可能会演变为前文中恩内克鲁斯所提到的属于广义的混合合同一类的“类型融合合同”。因此,合同的混合在理论上可能在此基础上进一步加深,从“含有其他附随给付的典型合同”演变为所谓的混合合同。^⑤如前所述,“含有其他附随给付的典型合同”与广义的混合合同的区别在于合同的结合程度不同,由于前者的结合程度并未改变其合同本身性质,故合同因素的单一性程度强于后者。后者由于混合性较前

者更强,合同性质已经开始处于模糊与游离的状态,只有对其进行具体分析后才能明确其合同性质及法律适用思路。具体到劳动法领域,基于前文所述之不同从属性类别对合同定性所产生的不同形式的影响,劳动法上的混合合同类型可区分为“类型融合型合同”“身份混合型合同”“框架型合同”三种类型,三者的区别同样在于合同结合程度与方式。

1.“类型融合型合同”

“类型融合型合同”是指劳动者所提供的劳务作为合同的主给付义务,兼有委托、承揽等独立经营特征与从属性劳动特征的合同。其被归为劳动法上“狭义的混合合同”范畴,主要表现为,雇主对从业者的指挥控制程度弱化,从业者的劳务给付过程拥有了极大的自主经营性,在法律层面则体现为从业者以委托、承揽等其他劳务给付合同的形式提供劳务,进而导致与从属性劳动合同的界限模糊不清(如图2所示)。此种混合合同类型主要是基于经济从属性下劳动用工形式的多元化可能性存在而产生的。如前所述,当指挥命令与控制程度弱化时,则会导致从属性劳动合同的性质弱化,从而使得在个案中究竟认定为劳动合同还是承揽、委托等劳务给付合同存在争议。在我国,《民法典》将承揽合同更多地限于定作物的承揽,其外延较为狭窄。相反,委托合同较为特殊,其既可以是无偿的也可以是有偿的,委托事项既可以是法律行为也可以是非法律行为,既可以是单一事项也可以是概括事项,委托所获得的报酬既可以是针对工作结果的也可是针对工作过程的。因此,委托合同在我国如《德国民法典》上“雇佣合同”以及《法国民法典》上“承揽合同”一样,承担了许多涉及劳务给付合同一般性规则的功能。^⑥然而,仅凭这一点,还不能认为委托合同是劳动合同的上位概念,因为当劳动合同不存在或被认定为无效,从而劳动关系不成立时,我国实践中通常是按照“劳务合

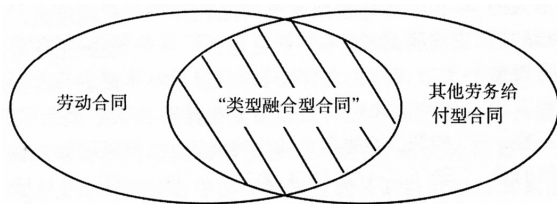


图2

同关系”来处理的。如前所述,劳务合同是一个内涵模糊且法律适用混乱的概念。因此在我国,真正意义上的劳务给付合同的一般规范还尚未成形,民法上的委托、承揽等劳务给付合同也并非劳动合同的上位概念。随着服务经济的发展和社会环境的变化,各合同彼此之间相互交错,界限更加不清晰。典型的如部分平台从业者,基于对数字平台的流量与数据的依附,其用工关系兼有雇佣、承揽、委托等多种合同要素,由于各种灵活用工类型背后的算法逻辑与运营模式千差万别,这类灵活就业者常常处于边缘地带,其法律关系性质及其法律适用思路不甚明确。

2.“身份混合型合同”

“身份混合型合同”主要是针对劳动关系主体的身份互换问题而提出的,典型的例如“经理合同”。这一情况本质上是基于组织从属性所凸显的企业组织内高级管理人员不同面向的合同关系性质而产生的。职业经理人的工作性质兼有管理者身份的管理权履行和劳动者身份的从属性劳动提供,从而存在着“身份互换”的情况(如图3所示)。根据《公司法》相关规定,公司的董事会成员或执行董事由股东会选任,对股东会负责。公司经理由董事会决定聘任或者解聘,对董事会负责。通常认为,董事会成员和

经理与公司之间是委托合同关系,即使这种委托带有浓厚的法定色彩。然而,法条中的“选任”“聘任”这样的关键词往往意味着职业经理人与公司的关系似乎不以委托为限,也可以是雇佣。目前的立法基本上明确了经理和董事会成员可以被视为劳动者,例如,根据原劳动部《关于贯彻执行〈中华人民共和国劳动法〉若干问题的意见》第11条规定,经理和有关经营管理人员,应与董事会签订劳动合同。《公司法》第44条、第108条规定,公司董事会成员中可以有职工代表。因此,实践中常常出现职业经理人与公司之间兼有委托合同与劳动合同双重关系的情况。例如“吉林麦达斯公司案”^⑨中,一审法院与二审法院均认为,公司与董事之间的委托关系并不排斥劳动合同关系的存在,作为企业高级管理人员的董事长,除了作为企业法定代表人的身份之外,还具有与企业形成劳动关系的职工身份。同时,在两个合同的相互关系问题上,一审法院认为委托合同解除不影响劳动合同的继续,而二审法院认为委托合同的解除效力及于劳动合同。这里的问题焦点在于:所谓的“经理合同”是单一的委托合同或者劳动合同还是委托合同与劳动合同两者的结合?其法律适用规则又当如何明确?

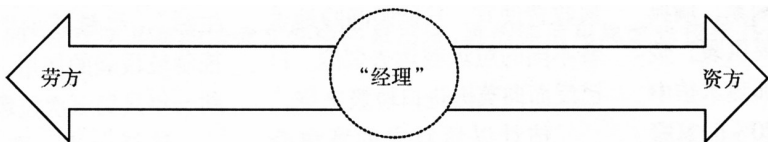


图3

3.“框架型合同”

“框架型合同”属于典型的从属性劳动合同,其与一般的劳动合同的区别在于,在劳动合同这一“前提框架”下,包含了诸多子合同的内容(如图4所示)。其与“含有其他附随给付的典型合同”区别在于,后者的劳务给付本身的性质能够有效吸纳其他种类的附随给付内容,而前者框架下的子合同内容并不直接涉及给付劳务本身,而是除该劳务给付之外的特殊约定,因此在规则适用上必须考虑到所涉之民事给付的特殊性。这一混合合同类型是基于技术从属性背后所蕴含的“简单劳动者”与“复杂劳动者”分化而产生的。从事复杂劳动的技术人员、管理人员由

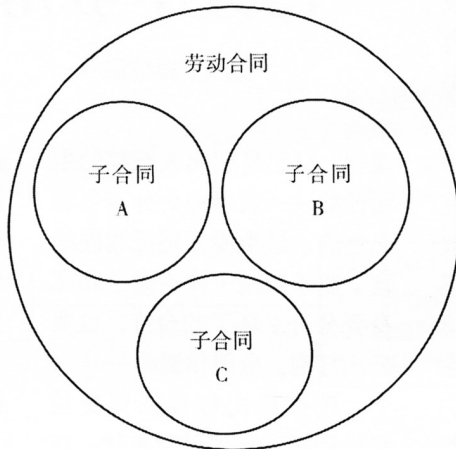


图4

于对雇主的技术从属较弱,基于劳动关系的存续以及实现劳动合同整体目的的需要,当事人在劳动合同存续过程中常常会约定许多特殊民事给付。最为典型的当属涉及员工特殊福利待遇的服务期合同与竞业限制合同。例如“盛大公司案”^⑩中,当事人在签订劳动合同的基础上约定公司向劳动者提供高额本金的长期贷款以作其家庭生活及购房支出,但要求劳动者在公司连续工作满15年;又如“南航公司案”^⑪中,双方约定由单位为劳动者办理北京户口,条件是劳动者必须在单位连续工作满5年。这类案件的共同特点在于,在劳动合同这一大的“框架合同”下包含了借款合同、委托合同等不直接涉及劳务给付本身性质的普通民事合同因素。由此带来的问题是,在涉及此类特殊给付的争议中,这些特殊的子合同与作为大框架的劳动合同之间是怎样的一个相互作用的关系?

需要注意的是,混合合同并非劳动法上合同混合现象的终点。从演绎逻辑的角度上看,当合同的混合达到足够程度之时,会导致“混合合同无名化”的现象,最终变成一个无名合同。其原因在于,混合合同虽然合同性质较为模糊,但通过对合同结构的分析与解释尚能够明确。但无名合同的合同性质通常无法明确,在劳动法领域主要体现在“劳务合同”这一概念上。“劳务合同”在我国既有的法律文件中并未出现,其法律适用思路也仅仅是在个案中就单个请求权的性质参照适用民法上既有的有名合同的相关规定,^⑫而并未讨论“劳务合同”本身的性质与内

涵。但其本身的实际外延又大于承揽、委托等劳务给付合同。例如在“汤先军诉中山市东成家具有限公司”案中的“承包合同”,其本身属于雇佣、承揽、委托等多种合同的混合体,法院的判决中回避了对合同本身的定性,而直接参照适用了原《合同法》总则部分的规定。^⑬也正是因为劳务合同的定性不明,在法律适用上通常采取类推适用说。^⑭类推适用方法优点在于它的便捷性,因为它并不依赖于一般的法律推理,不用通过认定合同的性质来确定所适用的制度。由此可见,无名合同本身的价值不在于对合同的明确定性,而仅在于对纷繁复杂的交易行为进行一种“兜底性”的法律适用。同时,其在理论上从侧面将混合合同与合同的混合两者区分开来。当合同的混合达到一定程度时,只有在无法依次认定为典型(有名)合同、“含有其他附随给付的典型合同”和混合合同(广义)的前提下才可能被认定为无名合同,进而采取类推适用方法。^⑮若动辄将合同认定为“劳务合同”,从而采取类推适用方法,会导致劳动合同、承揽合同、委托合同等有名合同在多元化劳动用工领域的生存空间受到威胁,侵害当事人的合同自由。综上,劳动法上各种合同混合现象按照混合性由弱到强形成的路径如图5所示:

四、劳动法上混合合同的法律适用

(一)混合合同法律适用相关学说的评述

关于混合合同的法律适用,目前主要有“吸收说”“结合说”“类推适用说”和“排除说”四种学说。

“吸收说”由以洛特玛(Philipp Lotmar)为代表的

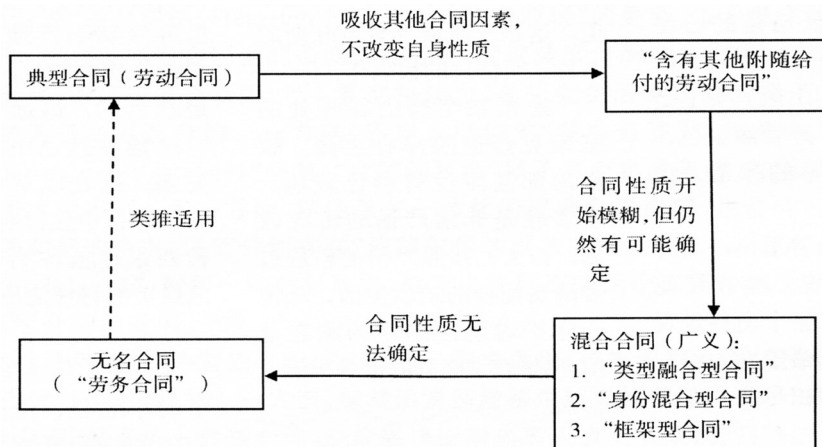


图5

学者创立。该学说基于主从关系上把握混合合同的结构,同时考察了《德国民法典》诸多规定,认为:“即使各种给付是同时规定的,如果每一种给付都保持其与其他给付的独立性,它们就构成了特殊的合同对象。如果没有,则会发生吸收现象。”^⑧换言之,由于各合同要素之间存在着主从关系,“吸收说”认为应当基于“主债吸收从债的原则”,着眼于混合合同构成要素中最主要最具有决定性的要素,并适用包含该构成要素的典型合同的规定。因为在传统罗马法制度下,只有典型合同才具有可诉性,故该学说被认为是罗马法上“封闭式合同”主导思想的延续。

“结合说”系霍尼格(Heinrich Hoeniger)对“吸收说”的更新,该学说主张区分适用不同的合同规则,将各种典型合同上的条款进行分解,发现典型合同中各个组成部分的条款,然后将其结合起来,适用于混合合同。^⑨霍尼格认为,在社会生活中很多情况下,合同与合同之间的主从关系是难以区分的。一方面,当事人所谓的“复合合意”也可能产生“合同的聚集(Kumulation der Verträge)”问题,“合同的聚集”属于多个合同范畴,与所谓一体化的混合合同存在着本质不同。另一方面,即便是在一体化的混合合同内部,也会存在合同各要素结合程度的强和弱的情况,进而分别存在“法律效果的吸收或结合(Absorption oder Kombination der Rechtsfolgen)”,就后一种效果而言,则应当将原有的两个或两个以上的合同要素予以解构,重新组合予以适用。^⑩

“类推适用说”由施雷伯(Otto Schreiber)最早提出,该学说对上述“吸收说”与“结合说”的部分观点进行了批判。^⑪一方面,施雷伯赞同雷格尔斯贝格关于合同一体性的学说,强调判断“多个合同”是否为一体性合同,完全取决于对当事人意图的解释;另一方面,他看到了社会生活中复杂的交易形式以及混合合同结构划分的困难,试图在“法律结构之外”寻求对混合合同的解决。主张通过类推适用与该混合合同之构成部分最接近的典型合同的规定来处理具体问题。^⑫由于一体性是混合合同的根本属性,因此后世有学者认为,“类推适用说”较为符合当事人以一个合同订立的真意,可同时解决“混合合同”和“纯粹的非典型合同(typenfremde Verträge,即无名合同)”

的法律适用问题,故该学说被后世奉为通说。^⑬

“排除说”属于较为小众的观点。持该学说的学者主张,当混合合同定性不明时,应当适用合同法总则的一般规定,从而排除合同法分则中的典型合同规范的适用。^⑭这一学说主要是基于“混合合同”的非典型合同属性所提出的,我国《民法典》第467条第1款前半句“法律没有明文规定的合同,适用本编通则的规定”的表述也为“排除说”提供了一定的适用空间。

“吸收说”是建立在混合合同内部主从结构较为明确的基础上提出的。但正如前文所述,合同要素之间的主从关系并不总是容易区分的,只有前文所述的“含有其他附随给付的典型合同”符合这一条件。因此,将广义的混合合同受制于单一合同的规定,忽视了当事人关于订立混合合同的意图;“结合说”兼顾了不同合同要素的功能,但其最大的问题在于容易将混合合同片面地视为单纯的不同合同类型要素的简单结合,忽视了不同合同要素有机融为一体的可能;“类推适用说”虽然在法律适用层面符合当事人“合同一体性”的真意,但正如前文所述,混合合同与无名合同存在着些许区别,而类推适用只能作为兜底性手段适用于无名合同。同时,在没有参照规则或者参照规则不明的情况下,贸然类推可能会赋予法官过度的自由裁量权,从而导致任意裁量;“排除说”虽然看到了混合合同与无名合同在法律适用方法上的区别,但它忽视了合同主要行为所属的合同条款,并且民法体系中关于合同的一般规定是否能够完全适用于劳动合同等特殊合同不无讨论的空间。由于社会交易模式与合同类型的多样化,当以广义混合合同视角剖析多元化劳动用工形式的合同结构时,可能需要同时参考上述各种学说,以检验每种学说的合理性。因此,在劳动法体系内讨论混合合同的法律适用问题,需要兼顾劳动法上混合合同的特殊性进行具体分析,解决各种混合合同类型的具体适用问题。

(二)“类型融合型合同”的法律适用

在“类型融合型合同”情形下,需要对从业者的经济从属性施以更多的重视。原因在于,人格从属性的弱化导致从属性劳动合同的特征无法得到凸显,因此必须从作为基础地位的经济从属性层面进

行更多的考量。如前所述,经济从属性具有根本性地位,在人格从属性弱化后的经济从属性语境下,“类型融合型合同”的法律适用规则在整个混合合同体系中具有一般性意义,从业者在提供劳务的过程中会伴随着一定的自主经营因素,因此对利润的追求和对经营风险的承担在从业者身份认定和合同定性问题上至关重要,这比判断该从业者是否为经济上的弱势群体从而需要进行社会保护更为核心。^⑤因此,“类型融合型合同”的法律适用需要着眼于涉及从业者风险负担的规则,这种风险包括经济风险与职业安全健康风险,在劳动法体系下则表现为收入风险负担与职业安全风险负担的适用,需要考察从业者对这两项风险的负担程度。

具体而言,有学者提出,“类型融合型合同”的法律适用应当区分两种情况讨论:如果各要素能够区分适用相应的规则,则采用结合说,适用各自的规则;反之,为贯彻相关劳动法的立法目的,则采取吸收说,一并适用劳动法的规定。^⑥前一种情况中既然合同各要素可以分别适用不同规则,那就表明该用工关系中“劳动者性”与“经营者性”大致持平或相差无几,否则不可能得出可分别适用不同规则的结论。因此其本质上属于从属关系“比上不足比下有余”的适中情况。这一点在日本的审判实践中有所体现,例如“东京第12频道标题设计师解雇事件”中,关于对具有从属劳动性质的承揽人适用保护的问题,法院认为,“当事人之间的合同不仅具有承揽性质,而且具有雇佣性质,应视为一种混合合同,其中包括从属劳动的性质。在其雇佣性质的范围内,仍可受到劳动法的保护”;^⑦后一种情况的逻辑在于,由

于这种混合合同必然含有从属性劳动的因素,因此只要有从属性,就应当适用劳动法的规则。但在“类型融合型合同”的情形下,对劳动关系的判断不在于从属性的“有无”而在于“强弱”,正如前文所述,即使是委托型、承揽型劳务给付关系同样存在具有经济从属性的情况,而在人格从属性的强度未凸显劳动合同特征时,贸然以劳动合同一言以蔽之并非合理的做法。相反,这种情况与前一种情况相比可以从反面得出一个结论,那就是当合同各要素混合性强到无法分别适用各自规则之时,整个合同关系的从属性要么强于前一种情况(即劳动合同),要么弱于前一种情况(即委托合同、承揽合同等)。

判断该混合合同内部各要素是否能够区分适用不同的规则需要着眼于从业者对上述两项风险的负担程度。具体而言,如果从业者不承担或承担较少的收入风险和职业安全风险,则意味着该合同的劳动合同属性更强,适用劳动合同的规则。反之,则应当根据其业务特点适用其他劳务给付合同规则。这两种情况均意味着从属性要么极强,要么极弱,故在法律适用上则采取“吸收说”,适用单一合同规则。此外,当从业者只承担收入风险与职业安全风险其中一项时,这意味着从业者与雇主之间的风险负担大致持平,从而基本判断其从属性位于“金字塔”的中层,应当采用“结合说”,分别适用不同的合同规则(如下表所示)。如此,既能够解决“类型融合型合同”的合同定性和法律适用问题,还能对所涉之用工关系的从属性强弱程度进行衡量,进而有利于根据从属性的强弱对该类从业者的社会保护进行分层次的制度设计和法律适用。

法律适用规则 \ 经营风险	收入风险	职业安全风险
	收入风险	职业安全风险
适用劳动合同规则	从业者不负担	从业者不负担
分别适用不同合同规则	从业者负担	从业者不负担
	从业者不负担	从业者负担
适用其他劳务给付合同规则	从业者负担	从业者负担

(三)“身份混合型合同”的法律适用

因人格从属性弱化而产生的“类型融合型合同”的法律适用规则作为整个混合合同体系中一般性规则具有兜底适用功能。而“身份混合型合同”产生

于组织从属性对企业组织内劳动者群体纵向分层的凸显,这种纵向分层一方面是雇主指挥命令权行使的进一步延伸,反映了不同层次劳动者对企业的管理与控制程度,进而反映了其对企业经营风险的

不同层次的负担。^⑤另一方面,这种纵向分层伴随着企业经营组织发展与变迁而不断变化,其范畴相对于一般层面的人格从属性弱化产生的用工关系而言更为具体和特殊。因此,就“身份混合型合同”的法律适用规则而言,一方面需要符合“类型融合型合同”基于从属性强弱分层适用的一般性思路,另一方面尚需考虑企业组织结构的特点与企业组织法的特别规则。

具体而言,有学者基于该类合同特点与相应的从属性强弱、变动情况进行了类型化分析,认为“总经理合同”属于单纯的委托合同。在此基础上,总经理以外的“高级经理”与“低级经理”,需根据其从属性之强弱予以区别对待。同时,在基层员工升任总经理导致从属性变动的情况下采用“双重契约说”,即委托合同成立时,员工与公司对其原劳动合同有特别约定,从其约定;无特别约定,原劳动合同处于中止状态,待委托合同终止后继续履行。^⑥应当说,这种根据从属性强弱和变动情况区分适用规则的思路遵循了分层适用的一般规则。但就总经理、董事会秘书等由董事会任命的高级管理人员的合同定性问题上,该观点采用的是前文所述的“吸收说”,但正如前文所述,“吸收说”全然排斥了次要的合同要素,难以恰当地回应当事人的诉求。

从底层劳动者到总经理再到董事会成员这条“升迁”路径本身伴随着从属性由强到弱的过程,在合同结构上则表现为劳动合同中委托合同的因素逐渐递增。具体而言,除了由董事会聘任的经理之外的其他“经理”虽具有一定的公司管理权限,但其本身并非是由代表公司的董事会直接聘任,而是由董事会聘任的总经理或人事经理以董事会或者自己的名义任命的,因此其与公司的关系性质应当视为复代理,包括直接复代理(以董事会名义任命)和间接复代理(以自己名义任命)两类。^⑦而这种复代理背后的管理权性质并非所谓的“经理权”,而是“代办权”,代办作为职务代理的类型之一,均以劳动关系为基础关系,劳动合同生效后即视为存在默示的授权(管理)行为,此时劳动关系与委托关系高度一致。^⑧由此可见,对于这类具有管理权限的“经理合同”,即便包含

委托管理的因素,仍应当视为劳动合同。

相反,“总经理合同”生效需要董事会决议授权,而董事会决议作为单方法律行为独立于合同本身,这与劳动合同签订即生效的规则不同。同时,总经理的职责是“代理”公司行使的管理行为,与一般的从属性劳动给付存在着本质差异,其收入报酬往往与企业经营状况挂钩,具有极大的收入风险,故“总经理合同”具有浓厚的委托合同性质。然而,总经理管理职责的履行由于受到董事会决议的约束,其所从事的管理经营事务需要与企业组织体有机结合方可实现,因此其履职行为本身仍然存在着一定的从属性,尤其是员工升任总经理导致从属性变动的情况更是如此。同时,总经理基于职业内容同样需要得到诸如工伤、经济补偿等劳动法保护,而这些内容是《公司法》《民法典》所无法涵盖的。因此在认定“总经理合同”为委托合同时也不能忽视其劳动合同性质,两种合同性质本质上是基于不同的面向产生的,且难以相互吸纳。因此,笔者认为应将“总经理合同”视为委托合同和劳动合同的结合,在法律适用层面应当采取结合说,原则上按照不同面向、阶段等区分合同的不同部分分别适用各自法律规则。但在两者间的相互依存关系上,委托合同应当视为核心内容,换言之,委托合同无效或者解除的效果应当及于劳动合同。

一般情况下,董事、监事由于其本身即为公司代表,行使对公司的控制权与监督权,因此应当将其与公司的合同性质视为委托合同。但实践中董事会成员与经理等高级管理人员常常存在着身份同一的现象,同时可能会存在职工董事、职工监事的情况。因此在进行具体合同性质判断和法律适用过程中,一方面要考量前文所述的经营风险负担的一般性规则,判断从属性的强弱;另一方面,需要注意不同企业中当事人职务、工作职责和范围,以及劳动力提供的形式等因素。

(四)“框架型合同”的法律适用

框架合同是指为了当事人将来缔结同一类型的合同而提供基本框架的合同。^⑨在这种情况下,框架合同的目的是表明一个复杂的经济目标,而这一目标的实现由框架合同中所预设的多个子合同共同完

成,但这些子合同保有了其相对独立性,框架合同的存在基础只是表明订立各个子合同的最终目的。^⑥劳动合同的框架合同特征源于其继续性特征,继续性合同重点体现在“信赖关系的维持”层面,故合同的灵活性自然需要被强化,即当事人不必在订立合同之始就将未来发生的事项详细确定,合同的内容可以随合同的进行而不断地发生变化,这与框架合同的模式相当吻合。^⑦因此,《劳动合同法》第17条在规定了法定条款的基础上,赋予了当事人通过意思自治约定其他条款的权利。其目的主要就在于对劳动关系存续的辅助,而并未直接涉及劳务给付性质。因此,“框架型合同”在法律适用层面必须考虑各子合同的特殊规则,即劳动合同一般规则与特殊规则的冲突与平衡,其本质上就是劳动法的管制与普通民事合同的自治之间的冲突与平衡。

如前所述,“框架型合同”往往涉及用人单位对部分从事专业化复杂劳动的劳动者的特殊待遇,以作为该劳动者应为或不为一定行为的对价,例如在一定期限内不得离职或者必须完成一定程度的工作产出。对于劳动者而言,这种附加的义务在一定程度上存在限制劳动者权利、加重劳动者义务的情况。根据《劳动合同法》第26条第1款第(二)项(以下简称“第(二)项”)之规定,用人单位免除自己的法定责任、排除劳动者权利的劳动合同无效或者部分无效。问题在于,这种通过特殊待遇要求劳动者为或不为一定行为的子合同条款是否能够达到该条规定的无效程度。换言之,只有当该条款符合劳动合同效力规则的情况才可考虑该合同特殊规则的适用问题。

第(二)项与《民法典》中关于格式合同条款效力规则的不同之处除了法律价值的不同之外,还在于“法定”一词。从文义逻辑上看,用人单位的法定责任所对应的劳动者权利也必然是“法定”的,因此这里的“法定”中的“法”必然是以保护劳动者为目的而施加给用人单位的单方强制性规定。基于对自身利益的考量,劳动者有权放弃这种保护,从而相对接受对自己不利的条款。理由在于,即使在法律旨在保护个人利益的情况下,宣布合同绝对无效,对受规范保护的当事人也是不利的,在这种情况下维持合同的有效性不会侵犯公共利益,而且被保护人最能判

断自己的利益以及需要何种法律保护。^⑧依照这种理论,违反这类以保护劳动者为宗旨的单方强制性规定的法律行为的无效仅仅是原则意义上的,在劳动者放弃主张无效的情况下通过这种履行治愈规则让其有效,即“原则上无效,受保护当事人放弃无效主张除外”。但是,这种放弃的意思表示是有限度的。日本法院对于劳动者放弃法定保护的表意行为设定了两个限制条件:第一,自由意志标准,即劳动者意思表示必须真实明确,第二,客观理由标准,即这种放弃的行为需要有客观理由。具体而言,就“自由意志标准”而言,劳动者的意思表示必须是明确真实的,这就意味着,默示的或者在受欺诈、胁迫、乘人之危等情形下做出的放弃法定保护的意思表示是无效的。而就“客观理由”标准而言,其涵盖范围也包括用人单位所提供的特殊待遇。例如日本法院于1990年对“日新制钢事件”^⑨的判决,该案中,劳动者与企业签订了一份借款合同,约定企业向劳动者提供无息购房贷款,劳动者以其退職金债权等偿还贷款债务。日本最高法院认为,该借款合同并未违反日本《劳动基准法》第24条“工资必须以货币形式全额支付给劳动者,且不得适用抵消规则”的规定,理由在于,无息购房贷款属于劳动者同意抵消的“客观理由”,不视为对该单方强制性规定的违反。随后的研究中,有学者进一步将这种裁判意见提炼为,劳动者接受对自己不利条款的情形不包括在放弃权利时获得了某种事实上或法律上的利益。^⑩当然,考虑到劳动者从属地位,对于这种劳动者的表意行为效力认定应当持有严格谨慎的态度。

具体到“框架型合同”层面,子合同以劳动合同约定的权利义务因素为存在条件,故劳动合同框架下的子合同特殊规范的可适用性的前提是符合劳动合同一般效力规则,即符合《劳动合同法》第26条的规定。其中,第(二)项是最为重要的条款,因为它背后蕴含的是劳动法上(保护性)管制与自治的博弈,是子合同中所包含的“特殊福利待遇”与劳动者不利待遇的衡量。只有当两者大致平衡的情况下,子合同才符合劳动合同效力规则,才具有适用其特殊规则的可能性,反之,则应当视为无效,适用劳动合同的规则。以离职竞业限制为例,如果用人单位与劳动

者签订了关于无息购房贷款合同,要求劳动者在离职后一定年限内不得从事一定业务,此时则需要对该年限及受限业务范围与该贷款特征(如数额、给付形式等)进行综合衡量,以判断该约定是否存在过于限制劳动者权利的情况,进而认定其是否符合劳动合同的有效要件。如符合,则可根据《民法典》等相关规范适用借款合同的相关规则,例如当劳动者未将贷款用于购房时,用人单位可依照《民法典》第673条的规定停止发放借款、提前收回借款或者解除借款合同;反之,如不符合,则应当否认该借款合同的效力,适用《劳动合同法》关于竞业限制的规范。

五、结论

基于劳动关系非典型化与多元化的时代背景,合同的混合现象在劳动法体系中的体现已日益明显。但传统的混合合同理论并非万年不变之公式,其内涵与外延在当代社会需要扩展到“广义的混合合同”范畴方能适应各种复杂交易形式,以服务于解决非典型合同的法律问题。对于劳动法而言,从属性是劳动法的根本概念。在劳动法体系内,对混合合同的讨论需要与从属性这一根本性质相结合。由于从属性判断因素的混合性与强弱程度的不同,对劳动法上混合合同的讨论同样需要从广义的混合合同视角出发方可兼顾解决多元化劳动用工形式的合同性质与法律适用问题。具体而言,劳动法上的混合合同作为典型合同到非典型合同的过渡阶段,其性质与适用规则最为复杂,并且始终与从属性的种类保持密切的关联。基于经济从属性、人格从属性、组织从属性、技术从属性等不同种类的从属性各自对合同定性的影响,劳动法上的混合合同包括了“类型融合型合同”“身份混合型合同”和“框架型合同”三种类型,且各自合同一体性判定与法律适用思路皆有不同。此外,对混合合同研究的意义不仅在于对不同合同规则适用问题的解决,还在于其作为劳动法上有名合同(劳动合同)和无名合同(“劳务合同”)的过渡阶段,揭露了劳动法上合同混合现象的根本在于从属性判断要素的混合这一本质,并且通过对有名合同与无名合同的连接,形成了一条“从典型合同到‘含有其他附随给付的典型合同’,到混合合同(广义),再到无名合同”的混合性由弱到强的合同混合之演变路径。

注释:

①对劳动法上混合合同的主要讨论,参见应梵、翟云岭:《网络平台用工关系中的合同性质认定研究》,载《现代经济探讨》2020年第12期;王天玉:《互联网平台用工的合同定性及法律适用》,载《法学》2019年第10期;田思路:《工业4.0时代的从属劳动论》,载《法学评论》2019年第1期;许可:《论劳动法与公司法的扞格与调和》,载《中国应用法学》2018年第3期,等等。

②王泽鉴教授认为,非典型合同分为纯粹非典型合同(无名合同)、合同联立和混合合同三类。参见王泽鉴:《债法原理》(第二版),北京大学出版社2013年版,第139页。史尚宽教授将无名合同/非典型合同分为纯粹的无名合同、混合合同和准混合合同三类。参见史尚宽:《债法总论》,中国政法大学出版社2013年版,第10-11页。而柳经纬教授仅将非典型合同分为纯粹非典型合同和混合合同两类。参见柳经纬主编:《债法总论》,北京师范大学出版社2011年版,第52页。

③王利明:《典型合同立法的发展趋势》,载《法制与社会发展》2014年第2期,第167页。

④参见前注②,王泽鉴书,第139页;王泽鉴:《合同法总论》,法律出版社2004年版,第51页。

⑤杨通轩:《保险业务员劳工法律问题之探讨——以契约定性为中心》,载《东吴法律学报》2014年第25卷第3期,第72页。

⑥合同联立是指数个合同不失其个性而相结合的法律事实,其并非立法用语,也并非一种独立的合同类型。其与混合合同区别在于,合同联立存在数个合同关系,而混合合同只有一个合同关系。但现实交易往来中,当事人之间的合同约定可能纷繁复杂,此时应采用何种标准区分一个还是多个合同关系往往难有明确的界限。具体参见陆青:《合同联立问题研究》,载《政治与法律》2014年第5期。

⑦Vgl. Ferdinand Regelsberger, Vertrag mit zusammenge-setztem Inhalt oder Mehrheit von Verträgen?, Jher.Jb., 48(1904), S.453ff.

⑧Vgl. Ludwig Enneccerus, Lehrbuch des Bürgerliche Rechts, Band 1, 4-5. Aufl., 1910, §323, S.283ff.

⑨Vgl. Enneccerus/Lehmann, Recht der Schuldverhältnisse, Band 2, 15. Aufl., 1958, S.393ff.

⑩这种混合合同类型结合了不同典型合同之给付义务,互为对待给付。例如,甲有偿或无偿帮忙乙看管水田(委托合同),乙则提供工人和工具给甲免费使用(使用借贷合同)。

⑪Vgl. Esser/Schmidt, Schuldrecht, Band 1, 8. Aufl., 1995, S.215.

⑫Vgl. Monica Droste, Der Liefervertrag mit Montageverpflichtung, 1991, S.22.

⑬该条规定,法律行为的部分无效,则全部无效,但除去无效部分法律行为仍成立的除外。

⑭Vgl. Heinrich Lange, BGB Allgemeiner Teil: Ein Studienbuch, 2. Aufl., 1955, S.307.

⑮中川敏宏「ドイツ法における「契約結合(Vertragsverbindungen)」問題: 契約の一体性と一部無効・一部解除問題」—橋法学1巻3号(2002年)881頁参照。

⑯同前注⑮, 中川文, 875-876頁参照。

⑰这一时期的研究文献例如: 三瀨信三「混成契約ノ彙類及と解釋」法学協會雜誌31巻4-6号(1913年), 唯道文藝「混成契約論の研究」京都法学会雜誌10巻10号1頁、11巻9号23頁(1915年)等。

⑱北川善太郎「民法講要Ⅳ債権各論」(有斐閣, 1995年)108頁参照。

⑲该案涉及体育俱乐部会员合同与商品房买卖合同的关联问题。当事人由于购买了一间商品房, 同时附带获得了该小区即将建成的一家体育俱乐部的会员身份。后来该俱乐部没能建成, 当事人诉诸违约。法院认为, 基于会员合同的根本违约, 原(买卖)合同可以解除。スポーツクラブ会員権付きリゾートマンション事件, 最高裁判所1996年11月12日判決, 最高裁判所民事判例集50巻10号83頁。

⑳例如, 有学者将日本学界对“体育俱乐部会员权与度假公寓事件”的认识概括为“双重合同说”“单一合同说”以及“双重兼单一合同说”(又称“框架合同说”), 但其著作中对前两种学说的合同一体性判断思路区别的介绍略显模糊, 而更多的是从合同要素相互依存的角度介绍了两种法律适用思路。小林和子「複数の契約と相互依存関係の再構成: 契約アプローチと全体アプローチの相違を中心に」—橋法学8巻1号(2009年)143-144頁参照。

㉑山田誠一「『複合契約取引』についての覚書(1)(2)完」New Business Law486号(1991年)54-55頁参照。

㉒道垣内弘人「一部の追認・一部の取消」中川良延ほか編『日本民法学の形成と課題——星野英一先生古稀祝賀(上)』(有斐閣, 1996年)293頁参照。

㉓池田真朗「複合契約あゝいはハイブリッド契約論」New Business Law633号(1998年)6頁以下参照。

㉔关于这一点, 法国学者阿兰·苏皮奥(Alan Supiot)基于对从属性研究, 提出了“四个同心圆”体系。指出对于所谓“类雇员”的法律对策, 即“各种社会的诸权利不是在同一层面和水平上论及, 要根据劳务给付者承担的风险和劳动关系的从属程度来进行区别”。也就是说, 他的理论摒弃了从前的“劳动者”与“非劳动者”非此即彼的两分法的思维定式, 而是根据人格从属、经济从属的程度制定不同的劳动保障法律政策。池添弘邦「社会法における「労働者」の概念: 法律・裁判例・学説と、法政策構想への試論」JILPT Discussion Paper04-007(2004年), 23-24頁参照。

㉕参见肖竹:《劳动关系从属性认定标准的理论解释与体系构成》, 载《法学》2021年第2期, 第174頁。

㉖参见王江松:《劳动哲学》, 人民出版社2012年版, 第15頁。

㉗See Stephen Kikiros, Dichotomy or Trichotomy: Defining Employees and Independent Contractors in an Evolving Market, 45 University of Western Australia Law Review 157, 172(2019).

㉘See Aslam and others v. Uber B.V. and others[2017] IRLR 4(ET), 100.

㉙参见田思路主编:《外国劳动法学》, 北京大学出版社2019年版, 第111頁。

㉚参见田思路、贾秀芬:《契约劳动的研究——日本的理论与实践》, 法律出版社2007年版, 第98-106頁。

㉛同前注㉚, 肖竹文, 第173頁。

㉜参见沈建峰:《论用人单位指示权及其私法构造》, 载《环球法律评论》2021年第2期, 第49-51頁。

㉝同前注㉚, 王江松书, 第264頁。

㉞吉田美喜夫「雇用・就業形態の多様化と労働者概念」日本労働法学会誌68号(1986年)47頁参照。

㉟此观点源于笔者在与法国国家科研中心韩壮教授关于从属性概念的交流中所产生的心得体会。在此表示感谢, 但本文系笔者独立完成, 文责自负。

㊱参见田思路:《远程劳动的制度发展及法律适用》, 载《法学》2020年5期, 第74頁。

㊲同前注㉚, 王天玉文, 第15頁。

㊳中舍寛樹「委任その他の事務処理契約と代理権授与との関係は、今後どう考えらるべきか」椿寿夫編『現代契約と現代債権の展望』(日本評論社, 1994年)21頁以下参照。

㊴参见孙起祥诉吉林麦达斯轻合金有限公司案, 最高人民法院(2020)最高法民再50号民事判决书。

㊵参见山东盛大科技股份有限公司诉丁轩案, 上海市第一中级人民法院(2015)沪一中民三(民)终字第263号民事判决书。

㊶参见北京南航地面服务有限公司诉范纯钰案, 北京市第三中级人民法院(2016)京03民终4341号民事判决书。

㊷例如, “杜吉刚诉朴京镇[(2019)吉0623民初378号]”案中, 对于雇佣方拖欠报酬的情况, 法院基于有偿合同的一般规则, 参照了买卖合同相关规定计算逾期利息; 又如“郭家友诉上海宏康建筑装饰工程有限公司、江苏新鼎强建材有限公司[(2017)苏02民终5145号]”案中, 法院认定超龄劳动者因工受伤, 但其与公司之间属于“劳务合同关系”, 该合同既不属于雇佣合同, 也有别于承揽合同, 但又与承揽合同最相类似, 故参照适用了承揽合同的相关规定。此外, 在“株洲建设施工图审查有限公司诉沈正农[(2018)湘02民终1947号]”案中, 法院针对“劳务合同”的解除问题, 参照适用了委托合同的任意解除规则。

㊸参见广东省中山市中级人民法院(2016)粤20民终66号民事判决书。

㊹根据《民法典》第467条第1款: 本法或者其他法律没有明文规定的合同, 适用本编通则的规定, 并可以参照适用本编或者其他法律最相类似合同的规定。

㊺都筑満雄「フランス契約法における各種契約の一般

理論の形成と展開(2):非典型契約論の考察に向けた予備作業」南山法学36卷2号(2013年)141頁参照。

④Vgl. Philipp Lotmar, Der Arbeitsvertrag: Nach Dem Privatrecht Des Deutschen Reiches, Band 1, 1902, S.176ff.

④Vgl. Heinrich Hoeniger, Die gemischten Verträge in ihren Grundformen, 1910, S.364.

④Hoeniger, a.a.O., S.364ff.

④Vgl. Otto Schreiber, Gemischte Verträge im Reichsschulrecht, Jher.Jb. 60(1912), S.106ff.

⑤Schreiber, a.a.O., S.112-117.

⑤参见林诚二:《民法债编各论(上)》(第2版), (台北)瑞兴图书股份有限公司2007年版,第18页。

②See Arzu Yildirim, Examination of Hybrid Contracts Containing Construction Acts in Light of Supreme Court Practice, 21GSI Articleletter 112, 118(2019).

③See Frank Carrigan, Class Analysis and the Contract of Employment, 22 Canterbury Law Review 207, 231-232(2016).

⑤参见林更盛:《劳动法案例研究》, (台北)翰芦图书出版有限公司2002年版,第29页;前注⑤杨通轩文,第86页。

⑤東京地方裁判所1968年10月25日判決,最高裁判所労働関係民事裁判例集19卷5号1335頁。

⑤实践中,企业高级管理人员对企业经营风险的负担最

典型的表现就是收入报酬与经营状况相挂钩,例如签订“对赌协议”等期权性质的协议。

⑤参见王天玉:《经理雇佣合同与委任合同之分辨》,载《中国法学》2016年第3期,第302页。

③参见朱庆育:《民法总论》,北京大学出版社2016年版,第348页。

⑤参见徐深澄:《〈民法总则〉职务代理规则的体系化阐释——以契合团体自治兼顾交易安全为轴心》,载《法学家》2019年第2期,第100-101页。

⑩王文军:《继续性合同研究》,法律出版社2015年版,第67页。

①Jean-Michel Marmayou, L'unité et la pluralité contractuelle entre les mêmes parties: méthode de distinction, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2002, pp.457-480.

②同前注⑩,王文军书,第96-98页。

③佐藤秀勝「禁止法規違反行為と無効主張者の制限:ドイツ法を参考にして」一橋研究26卷1号(2001年)74頁参照。

④最高裁判所第二小法廷1990年11月26日判決,最高裁判所民事判例集44卷8号1085頁。

⑤水町勇一郎「強行法規はなぜ必要か? (上)——労働法における強行法規と自由意思」法律時報90卷8号(2018年)107頁参照。

Hybrid Contracts in the Perspective of Labor Law

Li Bolin

Abstract: A hybrid contract is essentially the result of the combination of different contractual elements and an explanation of the structure of the contract. The traditional theory of the unity of the hybrid contract is no longer suitable for the increasingly complex forms of contemporary transactions. A "hybrid contraction the broad sense" system is the only way to analyze the contractual structure of various complex transactions. The contractual structure of the various forms of employment should also be analyzed from the perspective of a "hybrid contract in the broad sense". As subordination is the core concept of labor law, the mixture of subordination types and factors is the root cause of the phenomenon of hybrid contracts in labor law. Based on the influence of different types of subordination such as economic subordination, personality subordination, organizational subordination and technical subordination on the characterization of the contract, hybrid contracts in labor law include "type fusion contracts", "hybrid identity contracts" and "framework contracts". The three types of contracts in labor law are "type-fusion contracts", "identity-fusion contracts" and "framework contracts". At the level of legal application, the four existing doctrines all have certain shortcomings. When discussing the legal application of mixed contracts within the system of labor law, it is necessary to consider the specificities of the three types of mixed contracts mentioned above and conduct specific analyses to solve the specific application problems of various types of mixed contracts.

Key words: Hybrid Contract; Contractual Association; Unnamed Contract; Labor Contract; Subordination.