

## 【劳动法学】

# 劳动合同法之法律性质与体系归属

## ——兼谈《劳动合同法》与《民法典》之协调、互动

郑晓珊

**【摘要】**劳动合同法实为劳资关系与合同法理融合而生,因而兼具“公法—政策”与“私法—契约”两种元素传承,并在两者互动中衍生出“社会法—劳动法—劳动合同法”与“民法(合同法)—劳动合同法”两条不同的体系归属进路。二者各有分工、侧重,且可互补互足,形成共生格局。目前,仅以劳动法为单边依托的我国,亟须修复后一进路,在《民法典》有意留白的情况下,通过《劳动合同法》之完善,引入民法兜底,重塑其双重体系布局及两法(有限)联动。在实际运用中,则需先依具体问题的性质,清晰界分两法作用的范围与方式:若属契约结构下的一般性漏洞,应可交由民法路径为妥善弥补;若属期限、解雇等典型政策性权衡事项,则必须充分尊重劳动法的特殊性,通过劳动法的方法(如劳资博弈)谋求出路,决不能简单套用民法体系而擅动劳资政策布局。以期在两法之界分与平衡中,实现体系融通与平稳过渡。

**【关键词】**劳动合同;雇佣合同;劳资关系;民法体系;劳资博弈

**【作者简介】**郑晓珊,暨南大学法学院副教授,法学博士。

**【原文出处】**《清华法学》(京),2022.3.149~164

**【基金项目】**本文系国家社科基金一般项目“过劳工伤法律规制研究”(18BFX195)的阶段性成果。

### 一、引言

近年来,劳动法尤其是劳动合同法之规制柔性频繁衍生政治热点。2014年底,意大利就曾因放松解雇限制而引发全国性大罢工。2016至2017年,先后两届法国政府又重蹈覆辙,因修法招致暴风骤雨般的抗议,多轮罢工,波及数百万人,造成极大的社会影响、政治影响与国际关注。

在此般柔化变革热潮中,我国也难免于波及。事实上,早在2014年《民法典》编撰工作重启之初,在劳动合同规制到底应否导向民法式自治的大规模争论中,即已暗生出巨大的柔化式变革冲动。其变革中心即在于劳动合同之法律性格与结构性定位,尤其是它与民法间的结构性定位。一来,该定位可能直接动摇甚至改写劳动合同法的现有格局,带来体

系层面、适用层面的诸多剧变;二来,它也可能间接影响到现有劳动合同规制的整体布局、思路,乃至保护程度,甚至触动整个劳动法部门的规制刚性,即呈隐性柔化。

对此,学界素有“变”与“守”两派观点:前者,主张回归民法传承,并以博大精深的民法理论、体系系统梳理、整合劳动合同规则,助其在技术层面获得全面提升;<sup>①</sup>后者则主张持守劳动合同相对于民法体系的高度独立、泾渭分明,持守其社会法定位及劳动法理的强势主导姿态。<sup>②</sup>二者可谓各有长短。

“变”者,技术性、体系性优势突出,却隐含巨大的政策性、现实性隐患:其一,它必须直面民法与劳动法之间强烈的性格偏差与张力冲击——不仅民法中蕴含的平等、自治因子会对现有的劳动合同规制

风格形成冲击,反过来,劳动合同中的社会化因子,特别是其政策性、政治性、灵活性,也将在相当程度上冲击民法(立足长久的结构稳定性与政策中立性)的基础风貌。其二,民法机理对劳动法规制的间接柔化,还可能引发劳资阶层之间的新一轮博弈乃至政治敏感问题;其三,在未及健全、平稳的劳动力市场整体状态之下,贸然适用以高度自由市场、自由劳动政策为基础的民法调整模式,其实际效果与隐性危机亦难以逆料。是为激进之路。

“守”者,重在保持现有劳资关系平衡、劳动立法刚性,但在面对现行法中既存的诸多政策性、技术性漏洞时,却常束手无策。规范层面的立法省略与体系漏洞,主体层面的断裂与重叠,以及责任层面的结构性冲突,皆难凭现有手段获得纾解,更难满足多层次、多类型劳动雇佣关系的复杂需求。是为保守之路。

简言之,“变”者长于法律技术,求体系周延;而“守”则重在政策平衡,求稳健发展。在两者之间,《民法典》选择了后者,坚持以社会矛盾为首要考量,暂缓技术攻坚,秉承先前由《合同法》《劳动合同法》两法分立创下的单边格局。因此,新法典中并未设计有关劳动或雇佣关系的任何规范,将其全然留白,由劳动立法为整体筹划。在当前的社会、政治环境下,此举明显更有利于保刚性、保大局、保稳定,确系以最小立法成本、最低社会代价,实现最高立法效益之选。至少在应对由劳动力市场变动引发的各种结构性矛盾,比如应对因本次新冠疫情可能带来的全球性破产、失业浪潮时,<sup>③</sup>刚性、铁腕的劳动法进路显然要比柔化的民法模式更为稳健、可靠、有力,不至像美国一样放任自由解雇,为岌岌可危的失业率,为急剧爆发的民愤、抗议、骚乱迅速积累海量“人气”,提供强有力的催化与动力。<sup>④</sup>

同时,《民法典》之留白也并非彻底放弃:其虽未规范,却也未明言排除,它只是留白。技术层面,这种留白可被视为某种程度上的态度保留:在目前学术条件、政策条件尚未成熟的情况下,暂且搁置,放由劳动法与民法各安其职、各行其是;待未来条件、

准备成熟,仍可通过法学方法构建两法链接,借民法之力弥补劳动合同规范中的技术性缺陷。这一链接的建构,将成为后法典时代极为重要的劳动法议题。

在此,链接点的选择乃是破解议题的关键,即要如何寻找一个能全面契合我国实际,理性整合两法资源,扬长避短的具体方法,能在追求技术性、体系性升级的同时,尽量降低借民法理论不当入侵劳动合同规制而形成的冲击与障碍;以有限链接保障并促进劳资关系、劳动力市场平衡、稳定发展。此等选择必须谨守劳动合同法的法律性质与体系归属。其中,性质决定归属,而归属则将主导立法及其体系定位,包括它在纵横双向上的链接可能。因此,我们必须先从作为根本问题的“性质”入手,自内而外层层剖析:首先,需深溯内核,以法史为线做基因解码,尤需在“私法—契约”与“公法—政策”两种元素传承的互动中,观察其归属可能及备选进路;而后,再比照我国劳动合同法生存的外在环境,尤需考虑我国现有的社会(劳资)条件,比较既有各相关单行法之性格、结构、归列可能,以及《民法典》之最终选择,权衡各种归列可能遭遇的体系效益、排异反应、外在阻力及社会冲击,并甄选出最适宜本土环境的进路与模式;最后,再详析该模式下需要直面的具体问题,在分工、合作、衔接与过渡之上为全面布局。

## 二、劳动合同法之双重要素与复合性格

首先,破题的第一步即是对劳动合同法之法律性质与要素组成做深入挖掘,尤需在“私法—契约”与“公法—政策”双重要素的结合及互动中探寻其体系归属。

### (一)“私法—契约”元素

历史地看,劳动合同乃源于罗马法上的劳务(雇佣)租赁合同,遵从契约法理演变而来。也正因如此,其制度传承中始终蕴藏着浓厚的契约元素与契约性格。虽然,中间也曾经历过日耳曼法的人法式调整,但随着罗马法的复兴、“从身份到契约”的变革,终又重归“私法—契约”主线,形成更具近代精神的雇佣合同。<sup>⑤</sup>后者直接被视为两个人格者间的债权债务合同,在缔结、解除以及双方权利、义务的具体约

定上均严格遵循平等、自治原则,<sup>⑥</sup>国家的任务仅限于“执行契约”,<sup>⑦</sup>而非矫正契约。其后,随着劳资矛盾激化、工人运动升级,国家才不得不主动介入,在劳动时间、劳动条件以及特殊群体保护等方面设下法定基准,使古老的民事合同“升级”为近现代劳动合同。

我国也经历过极为类似的升级、演变过程。事实上,20世纪80年代以来的劳动合同制度改革就是一场“从身份到契约”的历史性变革,其旨在打破“铁饭碗”,使劳动力变身为市场要素,按照“市场—契约”的方式实现流动、配置,并由市场的法律——私法来担当其规范基础。所以,此后近十年中逐渐占据主导的劳动合同关系,跟其他债法契约并没有太多本质上的差别。法律对契约上的公平、自治大多并不过问,就连“工伤概不负责”这样显失公平的合同条款亦可盛极一时。到九十年代中期,这种模式带来的问题与危机渐重,国家才加强干预,并先后出台了《劳动法》与《劳动合同法》。<sup>⑧</sup>二者在债法契约之上,设置了一系列劳动保护基准,且追加了对用人单位权力滥用的诸多限制。但这些规制、升级仍是附加在契约结构之上的,其“合同化”内核从未因此动摇。这种介入只是使劳动合同制度本身呈现更加贴合实际需求的复合性格。在这种复合性格中,“私法—契约”因素仍占据强有力的核心地位:

首先,就本质而言,劳动合同仍属私人合同、私际关系,并与其他基于公法形成的“劳动—身份”关系(如军人、公务员)截然不同。在此,私法原则与私法规则仍具广泛适用空间。

其次,在“权利—义务—责任—救济”这一动态脉络上,它也保留有鲜明的私法色彩。就内容而言,其合同约定多为劳资双方之间的权利、义务,属私权范畴,相关立法也多为明确这些私权内容及法律责任。<sup>⑨</sup>且其责任形式,多为损害赔偿型民事责任,法律救济亦需经由不告不理的劳动仲裁与民事诉讼来实现,<sup>⑩</sup>而极少像《安全生产法》《就业促进法》那样直接仰赖于公权式的“监督—处罚”机制。

再次,民法契约中的基本精神、价值,如合法、公

平、平等自愿、协商一致、诚实信用等,也完整保留于《劳动合同法》(第3条)中,是为“订立劳动合同的基本原则”。契约自由亦是如此。即便立法者也会在合同上设立若干保护性基准,但这些基准仅涉及底线。底线以上,皆属自治空间。<sup>⑪</sup>在该空间内,劳动合同仍系基于双方合意而成立。<sup>⑫</sup>该底线只是双方进行劳动条件交涉的前提及起点。<sup>⑬</sup>

最后,其立法结构与规范内容亦多传承于民法。一方面,在整体结构上,它仍与《民法典》合同编保持高度一致,以“订立—履行—变更—终止—责任”的动态过程为线,分布各章。另一方面,在条文的设计上,它也非常注重对民法养分的合理吸收,很多契约性条款都是从民法规范中直接“拿来”,照搬照用的。<sup>⑭</sup>

## (二)“公法—政策”元素

除私法属性外,劳动合同法中还蕴藏着深刻的“公法—政策”元素。在很多时候,它可能直接就是劳动政策的法律化。其中,既包括经济政策,也包括社会政策。前者多注重效率与发展,以适应国际竞争之需求;而后者则更为注重稳定与和谐,以避免劳资冲突,创建共赢格局。事实上,前一任务的实现,亦需以后一任务为前提及后盾。没有稳定,何谈发展!是以稳定始终为劳动合同立法之核心目标。<sup>⑮</sup>毕竟,个体劳动关系跟婚姻关系一样,都是整个社会系统中最为基础的原子性社会关系,它的稳定将直接关涉到社会层面的安定团结。而劳资政策及其法律化又是国家化解冲突、维护稳定的重要手段。<sup>⑯</sup>特别是在经济剧烈波动、劳资关系趋于紧张之时,这一手段会变得更为敏感,一着不慎极易激化矛盾。而“最初反对雇主的罢工又往往极易演变成政治罢工”,<sup>⑰</sup>甚至成为执政党下台的导火索。石油危机时期,在罢工声讨中下台的1974年英国保守党政府及1979年工党政府即是前车之鉴。

是以,作为政治工具的劳动立法,从来都不只是简单的、中性化的公法干预,资本主义国家也很少主动出手维护劳工利益。在百余年的世界劳动关系史上,绝大多数积极、有力的劳动立法都发生在汹涌澎

湃的工人运动之后,是工会施压的产物,而大多数消极的劳动立法之后,则尾随着大规模的罢工、抗议。<sup>⑧</sup>为避免劳资双方在零和博弈下走向直接冲突,政府作为“第三种力量”,<sup>⑨</sup>作为唯一能改变劳资关系体系规则的行动者,<sup>⑩</sup>必须在双方之间做必要的协调、平衡,在充分沟通、磋商、谈判的基础上谋求部分共识,而后再以该共识为基础,形成法案。这些法案及其中的倾斜保护规范多为劳资斗争的“战果”,代表着双方博弈的“停战线”。在很多时候,它们甚至直接就是团体协议的法律化身。<sup>⑪</sup>比如法国2008年6月25日颁布的《劳动力市场现代化法》,即是直接以前劳资团体间达成的跨行业全国性协议为蓝本,将相关合意内容法令化。其条款大多源自劳资双方间的反复磋商与相互妥协,而非非法理构造或政府设定。石油危机后,日本解雇保护维度的延续与发展亦源自于此,后者乃是劳资磋商中,工会以主动放弃对工资增长权益的追求为代价来换取的。以致从20世纪90年代以降的三十年中,在中国劳动者平均工资已然翻越数十倍的同时,日本的平均工资却不升反降,<sup>⑫</sup>是为就业保障的制度(博弈)对价。对此等博弈性规制,就算是立法者也很难凭一己之愿擅自作出改变。

在这种立法博弈中,劳资力量对比,尤其是工会的组织状态通常是最具影响力的因素。<sup>⑬</sup>工会强大者,立法的倾斜保护往往积极而强烈;而在工会组织率低至6.5%的美国,则仍能坚持19世纪式的自由雇佣。当然,倾斜保护的具体程度,通常还会与执政党的政治纲领、意识形态密切相关。<sup>⑭</sup>至于其保护手段,则多集中于以下几点:其一,为劳动条件设下法定底线。其二,为雇佣稳定设下基础保障。这一保障主要涉及合同期限、解雇保护与灵活用工三个维度。三者并无通用范式,皆依各国国情而定。比如在期限上,绝大部分欧洲国家都是以无固定期限为原则,要订立固定期限合同,必须符合极为严格的法定条件——需具备特殊事由,并谨守续签次数、续签期限之限等等。但在美国,合同期限则全属自治范畴。

解雇限制亦是如此。在德、法等国,雇主若要合法解雇员工,多需经历实体与程序的双重审查,且要件把握非常严格,合法解雇难度极大、比例极低,<sup>⑮</sup>总体成本高昂。而在奉行随意解雇的美国,雇主则不必为此担心。金融危机中,自由解雇下的美国,失业率曾持续两年急速飙升(德、日等国则平稳得多),原本稳定的职业中产阶级很快被撕裂,并迅速与社会底层结合,共同发动了颇具“颜色革命”气质的“占领华尔街”运动。于此,从某种意义上说,解雇限制也是经济波动期里的社会稳定器,先稳定职工才能稳定社会、稳定民心、稳定大局。毕竟,将人固定在特定的工作岗位上,让其持守特定的社会角色、职业角色,保持有事可做,远比直接给予其经济补偿、社会救济却仍使其流荡在外更具稳定功效。此时,就业的稳定价值是很难用经济分析来简单衡量的,更难以用私法上的主体平等、契约自由来妄加整合。此即劳动合同法之社会政策面向。

### (三)从基因互动到性格定位

以上两种基因实则代表着两种不同的观察视角、研究进路。法学家往往更为侧重前者,或力图在潘德克吞式的概念结构中重塑劳动合同法之私法归属、体系建构,或在契约结构外强调劳动立法的倾斜保护性及部门独立性;而社会学家与政治学家则更偏爱后者,力图在经济结构、社会结构、政治结构的框架下对劳动政策、劳资关系乃至工人运动做精深剖析。两种进路虽极少交叉,却为一体两面。“私法—契约”进路为劳动法提供形式要素、法理基础及结构支撑;<sup>⑯</sup>而“公法—政策”进路则能帮助我们正确理解法律规则背后的现实蕴意。不仅知其然且知其所以然。毕竟很多劳动法规则本身就是政策妥协的产物,理解其政策背景对学术研究,尤其是立法研究而言至关重要。但在适用法律阶段,司法者却不能根据自己的社会政策观念来做出裁判,而必须遵循前一进路,以价值法学为方法基础,理解法律的利益评价。<sup>⑰</sup>

此时,两种元素、两条进路之间本就具有内在互动。原初的“私法—契约”元素就像卵细胞一样为未

来胚胎提供了完整的骨骼框架、体系资源及技术方法,而“公法—政策”元素则像精细胞一样向既有的卵子里面注入时代性、社会性的法律需求,比如倾斜保护、雇佣稳定等等。在两种元素的结合中,母系传承一直是先在的、基础的,而父系传承则是在既有的卵细胞中以“打补丁”的方式逐渐融入的:当安定性不足时,就在解除规则上打一块解雇限制补丁,而当劳动关系证明困难时,则会在合同形式上打一块书面化强制补丁,等等。虽然随着劳动法理念的发展,“私法—契约”上的补丁越来越多,但就其本质及目前状态而言,它仍是一种私法契约,这些具有政策导向的公法补丁并没有多到足以埋没其契约内核的状态。民法的体系与方法在劳动合同之上,仍发挥着相当重要的基础性作用。<sup>③</sup>

事实上,劳动合同法之形成与发展本身即鲜明地回应了民法社会化这一宏伟的历史潮流。<sup>④</sup>在过去的几十年中,消费者概念、格式条款,甚至劳动关系都已渐渐走进民法,民法开始坦然地承认人在各个方面的不平等,并转向一种“实质的、保护导向的视角”<sup>⑤</sup>。我国民法典亦遵从这一潮流。<sup>⑥</sup>只是相对于一枝独秀的劳动合同而言,心广体胖的民法典走得要慎重、缓慢得多,且在其政策中立的立法传统之下,渐渐疏远了这一“亲生”的契约分支,以致使二者在整体形象上开始出现重大裂痕,甚至产生了趋向于独立社会法或公法的离心力。

### 三、不同要素主导之体系格局

#### (一)从要素强度看体系归属

在不同的国家、社会,前述公法离心力的大小、程度并不相同,也因此产生了多种立法进路及与之相对应的体系化分工、格局。其中,公法离心力较小者,劳动合同规范多被保留于传统私法体系内部,形成以民法为中心或主导的体系归属格局。但离心力较强,劳动合同法相对于民法核心领域的距离,也会在此力的作用下被越拉越远,逐渐溢出到民法体系的外围领域,接近其与公法交互作用的边缘地带——民法特别法区域,并隐隐与独立于其外的社会法体系交叉、接壤。再进一步者,它则会在强

大离心力的作用下,彻底走出民法体系的辐射范围,成为公法性更强的社会法体系之一员。最终,不同的体系定位、归属,又会主导不同的立法格局,形成各国当下的劳动合同立法模式:

首先,采离心力最小的民法中心主义模式者,通常会将劳动合同径直纳入民法典内,以私法自治直接统摄劳动契约,实现母子一家共同发展,恰如瑞士、意大利所为。但即便是在包容性、社会化程度极高的瑞士债法上,法典所能容纳者也仅系劳动领域的契约性问题,如合同的订立、履行、变更与解除等等。至于劳动条件、劳动保护等规制性问题,则仍需留予公法(如《工商实业劳工法》)去解决。这些公法规制既是债法调整的起点,也是债法调整的背景与后盾,在债法规范力所难及之处,亦可从中寻求支持。至于直接将“劳动”独立成编,全部纳入《民法典》的意大利,处境则颇为尴尬。立足于稳定、中立的《民法典》,时常难以应对劳动关系领域中诸多灵活、变通的政策性需求。两者之间的裂缝与隔阂越来越大。随着时间推移,民法典中那些历史性规定的现实性、重要性、适应性渐弱,愈显力不从心。而普通立法,尤其是越来越被频繁使用的法令法,则越来越重要。而这些立法常常是在政府与工会,甚至有时是与雇主之间非正式的讨价还价中形成的。尤其近年来,“地方分权”与“灵活变通”理念日盛,而分权与变通又基本被社会各方与国家通过协商的方式控制了,公共权力和立法者在劳资关系方面表现得相当激进,<sup>⑦</sup>使劳动合同之规制系统呈现更加强劲的政策倾向,渐呈双重体系实态。

其次,采离心力稍大的民法外围主义者,则更愿意将劳动关系直接拆分到民法典外部,作为其“特别法与临界法形成第二私法秩序”,<sup>⑧</sup>譬如德国、日本。它们多会在民法典中设置一个关于雇佣劳动的“链接”装置。这个装置既可以是平等主体间的雇佣契约或服务租赁,以典型合同的形式出现,也可以是内容极简的“劳动合同”概念单款,仅需在其中注明“相关内容受劳动特别法调整”即可(如《葡萄牙民法典》)。劳动法规范,可通过该条款,远程链接到民

法之上,与民法之间形成“特别—一般”之互动。以劳动法不含有特别规定为限,劳动合同亦受民法规则约束。

这一模式的整体适应性比前一模式更强,它既能够保障民法典主体之稳定结构、岿然不动,固守其传统价值及技术中立,又能通过其枝蔓繁衍,让敏捷、灵活的劳动合同特别法,能够依劳动力市场的变动情态及需求,及时作出妥善应对与调整。<sup>④</sup>同时,在“一般—特别”关系下,劳动立法又可以充分吸纳民法的深厚积累与优势资源。使民法一般规范,特别是民法总则和债法总则的规范,以及民法系统下错综复杂的请求权基础关系,能在劳动关系领域继续发挥基础性作用。<sup>⑤</sup>这些“通用”基础,一方面可以减少因重复立法而产生的巨大浪费;另一方面,也可以延伸“找法”范围,弥补、至少减少劳动特别法上的潜在漏洞。除此之外,“将劳动关系放诸于民法体系之中,民法教义学及其得到验证的概念——教义学知识,对于解决劳动关系中的问题可作出更多的贡献”。<sup>⑥</sup>

以上两种情形均系以“私法—契约”元素为主导的体系归属及立法模式,只是后者的“公法—政策”元素稍强,逐渐形成了相对独立于民法体系的劳动(社会)法归属脉络,呈双重体系交叉、并行格局。至于公法离心力更强者,则倾向于直接将劳动合同踢出民法范畴,形成独立的社会法归属进路,并由大一统的《劳动法典》来作专属性调整。该独立者中又可分为温和独立与强硬独立两种亚类型:

其中,温和独立之典型为法国。其劳动合同统一由《劳动法典》规范。虽然在逻辑层面,该法典与《民法典》间并无从属关系,但在法律适用上,尤其是在契约结构之上,“劳动合同仍受普通法(民法)规则约束”(L121-1),<sup>⑦</sup>理论上“在缺乏特别劳动法规则时,在《劳动法典》之外,可以适用《民法典》之规定”。<sup>⑧</sup>即两法间仍保有低限度互动,系弱“私法—契约”元素与强“公法—政策”元素结合而成之体系布局。虽有偏斜,却仍属双重体系归属。

此时,在双重体系的结合及互动上,以劳动法为

中心的法国模式,实则跟单纯将劳动合同概念作一孤条写入《民法典》作特别法指引、转承的葡萄牙模式,并无太多本质性差别。只是前者将转承条款放在了劳动法一侧,而后者放在了民法一侧而已。二者均具过渡性格,双重体系元素均沾。但与稳定、中立的瑞士式民法典模式相比,它们的政策性、灵活性与适应性则强势太多。毕竟在立法结构上,法国《劳动法典》更接近于某种针对劳动法律、法令的分类汇编,相较于传统意义上力求稳定、恒久结构的体系化民法典,它更易于根据时势及时调整。近年来,几乎每届法国政府上台,都会对劳动合同法做出调整,以兑现其对劳资社会伙伴的竞选承诺。

另一方面,强硬独立之典型则为俄罗斯。其《民法典》直接绕过所有雇佣劳动,将它们彻底留给《劳动法典》去解决。在适用中,劳动合同根本无须遵从债法合同之一般规律。两法可谓完全隔绝,系最为纯粹的社会法体系单边归属模式。但实践中,其运转并不顺畅:一方面,在彻底放弃民法体系之稳定效应后,其劳动立法极易变得非常任性,甚至常因政治之需而频繁剧变,几乎每年都要修法。另一方面,失去民法理论的基础性、技术性支撑后,其规范体系也极易迷失航向。一来,立法中残存的各种漏洞,将无法再借民法资源获得填补,不停地颁布修正案就成了思维惯式,使立法动荡更甚。二来,大量偏离债法机理的合同性规则,其合理性与正当性也常备受质疑。<sup>⑨</sup>单边缺失之弊可谓尽显。

## (二)中国式单边归属格局

表面观之,我国目前的《劳动合同法》体系归属格局已十分接近俄罗斯模式。只是在立法层面,《劳动合同法》对民法理论的借鉴更多些,在适用层面,二者仍保持隔绝。这种隔绝,一方面受制于两国极为相近的前期法制传统与社会、政治传统;另一方面,它也是行政部门干预、主导立法,以部门立法权巩固行政权的实际成果。《劳动合同法》与《合同法》立法之时,劳动部门即始终坚守劳动(雇佣)合同之劳动法属性,并竭力与(非自家管辖的)《合同法》划清界限。<sup>⑩</sup>最终促成了《劳动合同法》的“一边倒”。

2011年全国人大正式发布的“中国特色社会主义法律体系”白皮书,又再次强化了这种“一边倒”格局。白皮书表明,该体系主要由宪法、行政法、民商法、经济法、社会法、刑法、诉讼与非诉讼程序法这七个法律部门构成。劳动关系被放在社会法部门当中;而《劳动合同法》又被放置于劳动关系之下,为劳动法之核心组成部分。在体系归属上,“社会法—劳动法—劳动合同法”当顺次呈包含关系。与此同时,“民商法—民法—合同法”亦顺次呈包含关系。两线之间总体呈平行态势,看似并无交集。形似俄罗斯斯模式。2020年,《民法典》对劳动、雇佣合同的绕行,几乎又印证了这一分立规范的“一边倒”布局,貌似坚不可摧。

一方面,这种布局下,强势的劳动法根基成就了有力的劳动合同立法,使其显示出超越诸多制度先行者的巨大潜力与后发优势——行之有效的部门主导,再加上工人阶级执政党与统一工会体系的强强联合,大幅降低了劳资立法博弈的实际难度,使我国能够在极短的时间内,以最小的社会代价,高票通过高保护标准的《劳动合同法》。这对于早已被劳资团体(尤其是强势资本)深深钳制、捆绑的欧美国家而言,实属可望而不可即。就连在工会相对强大的德国,其《统一劳动合同法》也同样历经百年筹划仍难面世。<sup>⑩</sup>就算已经出台独立《劳动契约法》的日本,其立法文本在结构的完整度、规范的详尽度、实操的便捷性上也远不如我国。毕竟前者只有寥寥十九条,并多为宣示性、原则性条款。就内容而言,至多只是对既有判例规则的一种实定法化确认。地位上,大抵相当于一部劳动合同法总则,而远非真正的“统一劳动合同法”<sup>⑪</sup>。至于其合同“订立—变更—终止—责任”的动态过程,及劳资双方之间权利、义务的具体分配,则仍需从众多的单行立法中谨慎寻找,远未达到我国《劳动合同法》那种全面布局、统一协调的体系化效果。这一效果事实上已为它与民法体系的统一转承做好衔接准备。但在适用层面,它与传统民法的人为性隔绝却给其纵深发展造成了诸多困锁。

一方面,规范之上大量的立法省略与体系漏洞到底要如何弥补?立法者在建构劳动合同规则时,实则已直接借用其自有知识系统中潜在的民法契约知识,并省略了很多相关背景材料,即把大量概念、理论都暗藏在“一般—特殊”规则之中,打算从民法那里直接“拿来”就用。比如,在劳动合同的缔结方面,它就直接省略了完整的缔约规则、缔约过失规则;效力方面,也未设置限制行为能力人签订劳动合同时的代理规则、效力待定规则;履行方面,更缺少履行障碍规则;还缺少违约金酌减等细节性的技术规则,如此等等,不胜枚举。<sup>⑫</sup>此时,如果直接切断与民法之间的体系关联,那么《劳动合同法》中的这些省略,似乎只能变成诸多漏洞,尚需大量修复成本。

另一方面,责任之上的结构性冲突又将如何纾解?《民法典》第1192条直接绕行劳动关系下的人身伤害,最高院《关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》(法释[2003]20号,已被修改,下文简称“法释2003”)第12条又进一步斩断其扩张适用的全部后路。<sup>⑬</sup>此二者客观上引发了民法与劳动法两大部门在责任体系上的协调性障碍,使劳动法中一干(民事)损害赔偿条款<sup>⑭</sup>全被间接架空,沦落成无法使用的傀儡条款。此外,那些《工伤保险条例》未及妥善覆盖的新型工伤及职业病,<sup>⑮</sup>也难以从民法处获得恰当的兜底性救济。以上种种,皆有待民法体系加以“补缺”。

#### 四、重构双重体系及其分工互动

##### (一)双重归属之体系图谱

要解前述之困,最简洁、有效的方法即是打通其民法“经脉”,从中为劳动合同寻求深层的结构性、法理性支撑。但在此之前,我们必先理清民法与社会法两种体系归属进路之间的关系。对此,学界争论多集中于一种“二选一”式的排他选择:要么坚守其民法性,彻底排斥社会法性之存在;要么强化其社会法性,直接否认其民法因素。两方针锋相对,频繁论战,却很难对话。但就基础来看,二者却同源于劳动合同法上的双重要素传承,只有两相合一,它才能是一个完整的、有历史也有现实的存在。

之所以能够出现两条路径,只是因为两方所选择的标准与视角不同。“社会法—劳动法—劳动合同法”一线,所遵循的标准是后者依次包含于前者。这就像民法包含债法,债法包含合同法,合同法里又包含买卖合同、租赁合同一样,是环环相套的大、中、小概念体系。而“民法(合同法)—劳动合同法”一线,则按照“一般—特殊”标准相连,后者并无法被前者完全包含。如图1所示。

此时,作为一般法的民法,仍立基于平等主体间的法律关系,而那些涉及社会化需求的规则,则多留予特别法调整。<sup>④</sup>但随着时代变迁,民法体系也在慢慢社会化,消费合同、劳动合同等概念的兴起,已渐使契约形态呈现一种光谱式结构,一种“递进式”的动态作用谱系。其越往中心契约色彩越浓烈,而越往边缘,契约因素则越稀薄,恰似早期批评者施洛特曼所提出的具象——“鸡蛋里的小鸡”。<sup>⑤</sup>其中,租赁、买卖、委任等传统契约形式构成了鸡蛋内部的“蛋黄”部分,由民法典调整。至于那些在不同程度上呈现离散姿态的新兴部分或变形部分,则属于“蛋清”。这些“蛋清”虽因缔约主体之分化而带有不同于传统契约的种种特色,甚至在一定程度上偏离了主体平等机理,而颇具公法规制色彩,但重点是它们仍以合意为基础及核心理念<sup>⑥</sup>(尽管合意的作用在这些部分中有所缩减,但它仍是一种不可缺少的触发机制,只要它发挥作用,交换就是由选择所引发),<sup>⑦</sup>也仍具有契约的基本形式。一如劳动契约。

公法规制的渗入与两种元素的交融,使双重体系归列成为可能:于民法视角上,它以适度之契约自治与几乎完整的契约结构,形成与《民法典》之间的

“特殊—一般”关联。在社会法视角上,它则以倾斜保护理念,与劳动法间形成完美的包含关系。<sup>⑧</sup>(如图1所示)劳动合同法,乃是劳动法领域中,具有浓厚私法色彩的核心法律,即劳动私法;同时也是民法视野下,具有倾斜保护理念的契约特别法。<sup>⑨</sup>但需要指出的是,这种“一般—特别”关系的适用范围,理论上仅限于劳动合同,至多只能扩展至集体合同(仅限合同层面)<sup>⑩</sup>,而绝非整个劳动法部门。毕竟除合同之外,劳动法中还有很多刚性的公法内容、公法分支(如《安全生产法》《就业促进法》等),根本无法被民法框架,甚至广义的私法理论容纳。

同时,在两条体系归属脉络上,具有包含关系的社会法进路属主线、明线,它具有父系家谱似的姓氏传承效应;而隐藏在规范背后的民法进路则属辅线、暗线,它常常为人们所忽视,只有在遭遇法律漏洞之时,才于暗中辅佐,成为助力。此时,两条体系归属进路各有理据,各有功用,并无排斥。一如以社会法性为主线的法国法,不会放弃民法一般法规则之约束;而直接将劳动编列入民法典的意大利,也从未有人质疑过劳动法的确是一个独立的法律部门。事实上,《劳动合同法》本就是劳动法与合同法之交叉产物,其双重体系归属并不意外。

#### (二)两条体系归属进路之间的分工与互动

在劳动合同法之适用及发展中,前述双重体系路径各司其职,二者既有分工、侧重,又有合作、互动。民法一脉,重在体系及技术层面的补充效应,特别是针对契约结构中的一般性规则(如缔约过失问题、违约金酌减等),在具体条文的解释、适用及漏洞弥补中,提供助力。以体系思维理顺雇佣法理,强化

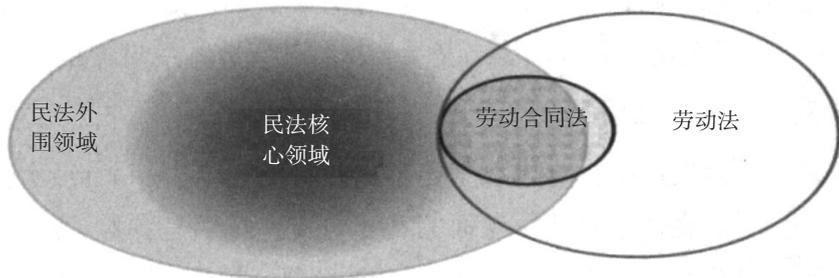


图1 劳动合同法的体系定位

法律的整合力、说明力与渗透力。<sup>⑤</sup>而社会法一脉,则重在对劳资关系的政策性调整。它常常涉及劳资政三方之间复杂的交涉、沟通与谈判。<sup>⑥</sup>尤其当涉及期限规制、解雇限制等关键点时,立法会更为敏感。因其直接关涉劳资双方已达共识之核心利益及其具体分配。对于这些典型的政策性“硬骨头”,我们绝不能妄用民法思维来做单项分析,更不能仅用契约法理推断哪些内容或许需要在债法体系下做出某种更加符合逻辑的重塑。要想“动”它:其一,必须综合权衡本国的政治、经济、社会局势;其二,必须重新开启前述劳资交涉。在此,立法者的行动空间亦非常有限——原则上,他只能根据具体谈判进程及已达成的共识,权衡确定法律规制的内容与程度。那些缺少双方共识的突兀“变法”,在政治上常常是十分危险的,极易像2006年法国《首次雇佣合同法》以及1971年英国《劳资关系法》一样,亡于街头政治或各种罢工、抗议。<sup>⑦</sup>

在这些政策性内容上,比较法经验同样少有用武之地,更不能直接拿外国法来说中国事儿。如若从法理及比较法观察,我国固定期限合同的预告解除设计显然十分蹩脚——既然合同约定了期限,即必须信守,双方皆不能预告解除。<sup>⑧</sup>但这一推理中,却忽略了一个至关重要的背景国情,忽略了既有期限规制背后,中华全国总工会与中、外商会间反复多轮的艰难博弈与较量,及市场经济改革中合同期限设计的特殊角色与用意:

在经典法域中,劳动合同的期限制度是与解雇保护紧密相关的。在期限方面,它们大多坚持无固定期限合同必须是劳动合同的法定一般形式,在德、法、日等国,其实际覆盖率将近九成。<sup>⑨</sup>而固定期限合同则只能适用于极为特殊之情形,属非正规用工,<sup>⑩</sup>通常受制于极短期限(适于严守)。在此前提下,无固定期限合同与解雇限制捆绑一处,以保障雇佣稳定;而固定期限合同,则可依期限届满而终止,以为企业提供小幅变通空间,解决临时性、季节性、替代性岗位之特殊需求。总体而言,其规制极严,首要保障长期(甚至终身)雇佣。

然而我国立法上,有关劳动合同期限的制度配置则是完全逆反式的:《劳动合同法》将固定期限合同视为劳动合同的一般形式,无固定期限合同则直接退化为特殊要求(占比不足20%)。但这种搭配实非抄错,而是源于国情。因为我国劳动合同制改革的目的本身就是为了打破终身制,所以不可能再造一个“准终身式”的无固定期限合同来当主角。在强有力的政府主导下,改革者直接放弃期限规制,允许企业自由订立固定期限合同(这乃是欧洲企业一直竭力争取却终未实现的),同时将辞职自由赋予劳动者,在劳资双向的自由“解脱”中,尽量发挥市场的调节功能,实现对资源的高效配置。

如此,若在放弃无固定期限合同的主导地位之后,再行照搬欧洲式期限严守,结果将极为尴尬,实则无异于在将期限利益划归企业的同时,一并将枷锁套在了弱势劳动者的颈项之上,不仅限制其为提高劳动条件重新发起谈判或跳槽,也会影响到整体劳动力资源的正向市场流动。尤其我国之固定期限合同,已在《劳动合同法》实施后,逐渐摆脱短期化,总体偏向于中长期,(多为1-3年),实则已介于欧洲法上两种期限制度的中间地带,而绝非法国法上动辄以单周计算之极短化的固定期限,其期限严守的实际约束力与影响力亦不可同日而语。

解雇保护亦是如此。仅藉发达国家用以追求市场自由的政策手段、域外经验主张降低解雇成本,其实际说服力也极为有限。必须要再进一步,将其带入中国实际,在中国的政治、经济、社会背景下为综合考量——这是一个涉及多学科的、复杂、庞大的系统工程。首先,需要由经济学家来“计算”,当法定解雇成本降低一定比例(如10%)时,会对整个劳动力市场,尤其是就业环境、就业条件、就业率、失业率产生怎样的影响。而后,再由社会学家来分析:其一,当失业率上升一定比例(如1%)时,会对各劳动者阶层的社会心理、社会行动,及其体制内、外之政治参与产生怎样的影响;其二,会对劳资关系实态带来怎样的冲击,包括大、中、小规模劳资冲突(包括“野猫式”罢工)的上升概率,及其与全球性或区域性经济波动

结合时,酿成“占领华尔街”式运动的增加概率。尤其对于后者,还需结合我国特定的劳资结构、劳工组织情况,做更为深入、系统的政治影响力预测。

此时,无论是期限设计,还是解雇成本,都远非单纯的法学问题甚或市场问题。在它们背后运转的,乃是一个庞大而交错纷繁的政策系统,需综合该系统中各项数据为整体考量,而绝非单纯的法理重塑。因此,在两条体系归属路径的具体运用上,我们必须明确的首要问题即是目标分类:其若属契约结构下的一般性问题,当然可以运用民法路径上的“一般—特殊”规则加以诠释;若涉及特定的政策性权衡事项,则必须充分尊重劳动法的特殊性,以劳动法的方法(如通过政策博弈)谋求出路,不宜简单套入民法体系,扭曲了政策权衡的原意。正所谓“上帝的归上帝,恺撒的归恺撒”。不过,在具体问题的具体分类上,也时常出现两种属性交织共生,互有强弱的区域。此时,实践应对必须应因其具体构成,作出恰当安排:

若确属政策性极强的典型规制立法,比如期限规制、<sup>⑧</sup>解雇保护、劳动条件基准,<sup>⑨</sup>书面形式强制,以及劳务派遣、弹性工作等主要灵活用工形式,我们必须严格坚守劳动法路径,尊重劳资博弈之成果、格局。因为这些内容大多直接牵连到关系微妙的劳动力市场外部灵活性及政策安全性,妄动风险极大。

但对于那些非典型的政策性规制,尤其是那些从劳动关系之人身从属性中衍生而出的权限约束,比如雇主惩戒权的边界,以及法定基准以上雇主对劳动条件(如工作时间、工作岗位、工资、福利等)进行单方不利益变更的条件、权限,特别是当其借助工作规则对劳动条件进行统一变更之时,劳动法的方法亦相当重要,必须居于主导地位。因为他们大多直接关涉劳动力市场内部灵活性的具体维度,是平衡内外劳动力市场双重弹性的重要环节,也是借内部调整缓解外部危机的关键。<sup>⑩</sup>但因这些调整通常并不涉及就业安全、就业稳定等最为敏感的政策性硬骨头,亦无碍于劳动者“饭碗”之牢靠程度,因而尚存一定灵活空间。

在这些空间中,民法原理及民法方法亦可发挥作用。不过,该作用一般仅限于法律的解释及适用层面,尤其是在个案层面,可借相关契约法理的甄选,来微调立法规制的刚与柔。比如在对雇主单方调职权限的解释中,我们既可通过对相关变更合意的扩张解释,将劳动合同甚至工作规则中的一般性调职授权都容纳其中,形成隐性柔化,一如日本判例规则;也可借格式合同、格式条款之适用法理,将前述授权都排除在外,严守职位确定之约,如德国判例规则。但这种刚柔调节之幅度有限,必须维持在立法规制(政策性博弈)所允许或所能容忍的范围之内,至多只是对现行法规范的扩张或限缩解释,而非法官造法,更非立法之重塑。

事实上,即便是在纯政策性规制的解释、适用中,我们也同样经常需要借用民法教义学基础,比如面对解雇制度中的“不能胜任”,我们即需返回到原始的债法理论中。此时,雇主若要以劳动者能力不足为由行使解雇权,仅证明其业务能力差、没能达成企业规定或双方约定的业绩目标还远远不够,法律要求这种“不足”必须要达到使雇佣关系无法维持、雇佣目的无法达成,契约根基已然崩塌,<sup>⑪</sup>不得不终止的程度才行。<sup>⑫</sup>但就整体而言,在这些政策性内容中,民法理论的作用通常仅在于梳理、解释,且必须严格遵从劳资博弈的原意,不可擅做扩张或限缩,灵活空间极小。在“一般—特别”的逻辑结构中,它属于典型的特别法中的特别规则。在此双重特别范畴,民法只是拾遗补阙者,而非建立大局者,实需把握限度,不可越俎代庖。

### (三)民法进路的修复及贯通

政策性规制之外,那些无关劳资博弈的纯契约性问题、技术性漏洞,则需回归民法体系,借民法资源,寻求成本最低的良性解决方案。此时,我们所面临的进阶难题即是,如何将这些问题转接到民法之上。

对此,新《民法典》已然选择留白,且可预计其留白状态将在未来相当长一段时期内基本保持稳定,不会轻易调整或增删。这时,与其妄求借修典统合

民法路径,还不如选择更贴近中国实际的劳动法转承路径,以法国为鉴,直接将简单的转承条款植入《劳动合同法》中,并明确其与民法典间的“一般—特殊”关联,阐明“在缺乏特别法规则时,劳动合同也可以适用《民法典》之规定”,受民法一般原理及契约规则之约束。当然,最终其到底要从民法之中受哪些约束,借哪些力、多少力、如何借,仍有待前述法教义学、法政策学之深入梳理来加以明晰。

首先,对于那些急需填补,且在性质上亦适宜直接借民法之力加以填补的法律漏洞,大多可以通过前述转承形成链接,以民法脉络构建兜底式填补。特别是对于那些在《劳动合同法》立法之时,立法者意欲直接从潜在民法资源中拿来、借用的基础性契约规则,以及由此等立法省略而生的技术性漏洞而言,更是如此。其所涉者,多为民法总则、债法总则中那些具有普适性、一般性的通用规范,就其属性而言,适宜扩展至诸多现代契约的演变形态,甚至边缘形态,包括劳动契约。比如,劳动合同的缔约规则、缔约过失规则;缔约(民事)主体的权利能力及行为能力规则,包括限制行为能力人签订劳动合同时的代理规则、效力待定规则;合同错误规则、显失公平规则及与之相关的合同撤销规则;履行障碍规则,及与之相关的履行请求权、抗辩权规则;雇主违约,尤其是违反安全保护义务造成雇员人身、财产损害之时的损害赔偿及其计算规则,违约金酌减规则;还有明确欺诈、胁迫等法律术语具体含义的相关规则,等等。在“一般—特别”之关联下,这些通用的基础性规范,皆可通过转承条款从《民法典》中援引、适用,无须重复立法来填补。

其次,对于那些劳动法上虽有缺欠,但却不太适宜一般性债法原理直接延伸、入侵的领域,则必须保持谨慎态度,不可妄用转承规则,扰乱劳动(雇佣)关系的特殊区域。但须明确的是,此处所指的特殊区域,其本身并不涉及劳资博弈的政策性内容,原则上,它们仍属一般民法债权契约中,雇佣契约项下的传统性、一般性规则。但因为我国《民法典》并未设计有关雇佣关系的专门性规定,因而转承、借力颇显

复杂。毕竟以买卖合同为样本设计的合同编一般规则多倾向于财产法,面对人格从属性强烈的劳动(雇佣)关系,<sup>⑤</sup>其实际助力十分有限。有些债法规则,径直引用还可能引发极为不当的后果。对此,转承、借力者必先谨慎甄别,预先将这类规则从转承、援引的有限范围中剔除出去。如合同法上有关同时履行抗辩权的规则、风险负担规则、错误和无权代理的撤销后果、违约金与损害赔偿金之预设,以及借款抵扣(工资)之预设规则等,即属此类。<sup>⑥</sup>

最后,民法系统下丰富的请求权基础关系,亦可在劳动关系领域继续发挥基础性作用,<sup>⑦</sup>从另一层面观之,这种作用还可能化身成为沟通桥梁,协助两法跨越体系割裂的鸿沟,形成双向协调及体系互动。比如,前述工伤语境下,由法释2003第12条造成的尴尬即是典型一例。面对被该条彻底封堵的侵权路径,与其坚守、批评,不如干脆放弃、绕行,转向劳动合同(法)上的违约责任,径直从劳动合同之债的不完全履行入手,以债权原理打通赔偿责任,重建两法沟通。即只要雇主存在违反劳动合同中保护义务(安全照顾义务)的过错行为,并因此导致劳动者固有利益之损害,后者即有权通过违约责任,请求雇主赔偿。至于该保护义务的具体内容,则可直接从劳动保护公法的强制性规定中析出,经诚实信用原则之转化后,以“双重效力”输入劳动契约语境。<sup>⑧</sup>在两者间形成融会及贯通。

这时,就性质而言,该违约争议属典型的劳动(合同)争议,而非普通民事争议,应依劳动争议特有的处理程序进行仲裁、审判,而非一般民事诉讼。自可绕过法释2003的束缚,弥补前述责任体系上缺陷。不仅如此,在该路径下,雇主赔偿的覆盖范围与覆盖项目也更为广泛,其既可包括人身损害,也可扩展至精神损害、私人物品上的财产损害,甚至诸多尚未被列入工伤、职业病范畴的工作关联性损害。在这些情形中,它可以成为工伤保险制度的助力,甚至后盾,在其覆盖未及之处“补缺”;<sup>⑨</sup>在其保障不足之处“补满”。此外,亦可借此纾解劳动法与民法两大部门间的协调性障碍,促进两法在责任体系、保护维

度上的有效衔接、整合及协调联动。

## 五、结论

劳动合同法本就兼具“公法—政策”与“私法—契约”两种要素、传承。二者分生出体系层面的双重归属进路。它们各有侧重,并不矛盾。“社会法—劳动法—劳动合同法”进路,乃以“全包含”关系层层扩展,重在持守劳资关系的政治性、政策性,划定双方之间的利益分配。而“民法—合同法—劳动合同法”进路,则以“一般—特殊”标准为交叉嵌套,其保持政治(利益)中立,仅以契约结构及一般法理为纵向贯通。

两条进路,既有分工,又有合作,各司其职,且互守界限。适用之时须分清角色,对症下药:若为契约结构下的一般性漏洞,应可交由民法路径为妥善弥补;若牵涉到期限限制、解雇限制等典型政策性权衡事项,则必须充分尊重劳动法的特殊性,决不能简单套用民法体系而擅动劳资政策布局。当然,在政策权衡允许的有限空间内,民法理论与民法方法仍可作为规范解释的技术性工具,在司法层面为小幅微调,以期刚柔并济。但该微调,仅系辅助、补缺者,决不可擅自扩张、续造法律,更不能越俎代庖。

### 注释:

①参见朱广新:《论合同法分则的再法典化》,载《华东政法大学学报》2019年第2期,第41-56页;郑尚元:《雇佣关系调整的法律分界——民法与劳动法调整雇佣类合同关系的制度与理念》,载《中国法学》2005年第3期,第80-89页;谢毅毅:《民法典编纂与雇佣(劳动)合同规则》,载《中国法学》2016年第4期,第92-110页;沈建峰:《劳动法作为特别私法:〈民法典〉制定背景下的劳动法定位》,载《中外法学》2017年第6期,第1506-1525页;等。

②参见林嘉:《劳动合同若干法律问题研究》,载《法学家》2003年第6期,第65-72页;董保华:《雇佣、劳动立法的历史考量与现实分析》,载《法学》2016年第5期,第13-23页;等。

③See International Labour Organization, More than One in Six Young People Out of Work due to COVID-19, International Labour Organization(May 27, 2020), <https://www.ilo.org/global/>

about-the-ilo/newsroom/news/WCMS\_745879/lang--en/index.htm.

④参见阎天:《美国工会怎么了?》,载《文化纵横》2020年第2期。

⑤参见[日]秋田成就:《労働契約》,有泉亨等監修,日本労働協会1991年版,第3页。

⑥参见黄越钦:《劳动法新论》,中国政法大学出版社2003年版,第3页。

⑦See Amy Dru Stanley, *From Bondage to Contract: Wage Labor, Marriage, and the Market in the Age of Slave Emancipation*, Cambridge University Press, 1998, p. 14.

⑧据统计,仅1993年一年深圳就发生了1100起劳资争议、罢工停工事件,参见SCMP Reporter, *Fear of Unrest as Money Runs Out*, South China Morning Post, May 17, 1994。2008年,全国上下12万件群体性事件中,有近半数群体性劳资冲突事件,参见何勤:《群体性劳资冲突事件的演化及应对》,社会科学文献出版社2014年版,第46页。

⑨如劳动者方的工资请求权与就劳义务,雇主方的就劳请求权与工资支付义务、安全照顾义务等等。详见[日]小西國友:《労働法の基本問題——理論とその展開》,法研出版1997年版,第8页。

⑩参见[日]荒木尚志、[日]菅野和夫、[日]山川隆一:《詳説労働契約法》,弘文堂2008年版,第13页。

⑪参见[日]土田道夫:《労働契約法》,有斐閣2008年版,第27页。

⑫参见[日]野田進:《労働契約における“合意”》,载日本労働法学会編:《労働契約》,有斐閣2000年版,第28页。

⑬参见[日]三井正信:《労働契約法7条についての一考察(2.完)》,载《広島法学》32卷4号(2009年),第25页以下。

⑭比如第26条中劳动合同无效的相关情形,即是从原《民法通则》第58条第3款关于民事法律行为无效的情形(《民法典》第148-153条将其中一部分列入可撤销的民事法律行为),以及原《合同法》第40条(参见《民法典》第497条)关于格式条款无效的情形中直接析出、组合而成。

⑮参见我国《劳动合同法》第1条及《日本劳动契约法》第1条之规定。

⑯参见巨英:《二战后英国劳资关系的政治分析》,湖北人民出版社2010年版,第188页。

⑰D. Marsh & G. Locksley, Labour: The Dominant Force in British Politics?, in David Marsh eds., Pressure Politics: Interest Groups in Britain, Junction Books, 1983, p. 66.

⑱以美国法为例,则可参见[美]约翰W.巴德:《劳动关系:寻求平衡》(第三版),于桂兰等译,机械工业出版社2013年版,第80页,工人运动与劳动立法(对照性)时间轴。

⑲See Michael Poole, Industrial Relations: Origins and Patterns of National Diversity, Routledge & Kegan Paul, 1986, p. 99.

⑳See Colin Crouch, The Politics of Industrial Relations, Manchester University Press, 1979, p. 146.

㉑参见[意]T.特雷乌:《意大利劳动法与劳资关系》,刘艺工等译,商务印书馆2012年版。

㉒参见徐静波:《过去30年,日本人的工资为何不涨反降?》,载《中国经济周刊》2020年第19期,第104-105页。

㉓See Michael Howlett & M. Ramesh, Studying Public Policy: Policy Cycles and Policy Subsystems, Oxford University Press, 2003, pp. 68-69.

㉔比如历史上的英国工党便是亲工会、亲管制的,多倾向于出台积极进取型劳动法案,而保守党则更热衷于压制工会、降低保护并奉行自治,以协助资本,促进营利。

㉕如德国法要求必须存在劳动者的“人身、行为方面的原因以及在企业中继续雇佣有悖于重大的经营需求”,且需持守“最后手段”“预测原则”“利益衡量”三大原则。详见黄卉:《德国劳动法中的解雇保护制度》,载《中外法学》2007年第1期,第108-109页;王倩:《经济补偿金制度修改的制度替代及方案设计》,载《法学》2017年第3期,第38页。

㉖参见[日]野川忍、[日]山川隆一编:《労働契約の理論と実務》,中央経済社2009年版,第14页。

㉗参见[德]雷蒙德·瓦尔特曼:《德国劳动法》,沈建峰译,法律出版社2014年版,第8页。

㉘作为公、私法融合之典型现象,公法手段的融入,已成为私法领域中用以确保法之实效性之常用方式,并不会损伤劳动合同法之私法属性。参见同前注⑩,土田道夫书,第27页、第108页以下。

㉙参见[日]山本敬三:《民法の現代化と労働契約法》,载日本労働法学会编:《労働契約法の意義と課題》,法律文化社2010年版,第66页以下。

㉚同前注①,沈建峰文,第1514页。

㉛2020年《民法典》亦通过一系列手段,如通过强制要约和强制承诺规则、格式条款的成立控制和内容控制规则、保护特定合同中的交易角色等规则维护合同双方的实质平等,分配当事人之间因不确定性形成的风险等,强化了契约正义理念。参见谢鸿飞:《〈民法典〉合同编内在体系的变迁》,载《山西大学学报(哲学社会科学版)》2020年第6期,第16页。

㉜参见同前注②,T.特雷乌书,第18页、第23页。

㉝Claus-Wilhelm Canaris:《民事法的发展与立法——德国契约法的基本理念发展》,林美惠译,载(台湾地区)《台大法学论丛》第28卷(1999年)第3期。

㉞即采典型的“法典解构”思路。参见谢鸿飞:《民法典与特别民法关系的建构》,载《中国社会科学》2013年第2期,第99页。

㉟参见同前注②,雷蒙德·瓦尔特曼书,第10页。

㊱同上注。

㊲但这种约束原则上仅控制在个别劳动合同领域(L120-1至L129-1条),不可扩张至其他章节。

㊳Franz Bydlinki, Arbeitsrechtskodifikation und allgemeines Zivilrecht, Springer Verlag, 1969, S. 66.转引自同前注①,沈建峰文,第1515页。

㊴如该法第81条即规定,只要“更换单位负责人、副职或总会计师”,即可合法解雇大量员工。而这显然与劳动合同所固有的状态保护性相去甚远,也与法人“人格独立”之要求格格不入。

㊵参见同前注①,郑尚元文,第82页、第87-88页。

㊶参见Detlev Joost:《德国劳动法之体系与基本原理》,王倩译,载《大连海事大学学报(社会科学版)》2010年第2期,第56-60页;同前注②,雷蒙德·瓦尔特曼书,第4页、第11页。

㊷[日]荒木尚志:《労働法》,有斐阁2009年版,第226页。

㊸部分参见同前注①,沈建峰文,第1516页。

㊹该条规定:依法应当参加工伤保险统筹的用人单位的劳动者,因工伤事故遭受人身损害,劳动者或者其近亲属向人民法院起诉请求用人单位承担民事赔偿责任的,告知其按《工伤保险条例》的规定处理。

㊺如《劳动合同法》第88条第4款、《职业病防治法》第52条、《安全生产法》第48条等。

㊻如“过劳死”与“过劳自杀”。

㊼参见苏永钦:《现代民法典的体系定位与建构规则——

为中国的民法典工程进一言》，载《交大法学》2010年第1期，第72-73页。

④⑧参见汤文平：《论预约在法教义学体系中的地位：以类型序列之建构为基础》，载《中外法学》2014年第4期，第984页。

④⑨参见[日]土田道夫：《労働契約法の意義と課題——合意原則と労働契約規制のあり方を中心に》，载同前注②⑨，日本労働法学会编书，第66页以下。

⑤⑩See Richard E. Speidel, An Essay on the Reported Death and Continued Vitality of Contract, 27 Stanford Law Review 1161, 1177-1182(1975). 合意与规制间的紧张关系，参见[日]石田信平：《労働契約法の“合意原則”と合意制限規定との衝突関係》，载《日本労働法学会誌》第115号，法律文化社2010年版，第50-54页。

⑤⑪参见同前注④②，荒木尚志书，第228页；同前注⑤①，土田道夫书，第38页以下。

⑤⑫参见同前注⑤⑩，荒木尚志、菅野和夫、山川隆一书，第13页。

⑤⑬不包括缔结集体合同的过程及为争取合同利益而行使的“劳动斗争权”，如闭厂、罢工等。

⑤⑭参见汤文平：《我国当前民法发展战略探索——法学实证主义的当代使命》，载《法制与社会发展》2015年第4期，第82页。

⑤⑮参见[日]逢見直人：《現代日本のマクロ・ユーポラティズム》，载稻上毅ほか：《ネオ・ユーポラティズムの国際比較》，日本労働研究機構1994年版，第282页以下。

⑤⑯这两部法案最终皆以被迫撤回而告终。

⑤⑰参见同前注⑤①，沈建峰文，第1522-1523页。

⑤⑱德国为85.6%，法国为84.5%，日本为87%。参见OECD, OECD Employment Outlook 2014, OECD Publishing, 2014, p. 148.

⑤⑲参见[日]川田知子：《有期労働契約法の新たな構想——正規、非正規の新たな公序に向けて》，载日本労働法

学会编：《労働契約法の基本理論と政策課題》，法律文化社2006年版，第52-70页。

⑥⑩其中既包括主合同期限的类型限制、续签次数、续签强制以及违反这些规定的法律后果，也包括对其他附属性期限，如试用期、服务期、竞业限制期的强行法规制。

⑥⑪如最低工资、最高工时、社会保险义务、劳动安全卫生基准以及其他法定最低劳动条件。

⑥⑫比如日本法，即重在以高度内部灵活性(劳动条件变更权限)的方式，来弥补由解雇保护严格化所造成的劳动力市场外部灵活性上的不足。

⑥⑬See Gwyneth Pitt, Employment Law, 5th Edition, Sweet & Maxwell, 2004, p. 224; Egg Stores(Stanford Hill)v. Leibovicij[1977] ICR 260; [1976]IRLR 376; [1976]ITR 289.

⑥⑭参见郑晓珊：《从“末位淘汰”看解雇语境下的“不能胜任”——以“指导案例18号”为背景》，载《法学》2014年第11期，第34-43页。

⑥⑮参见[日]片岡昇：《団結と労働契約の研究》，有斐阁1959年版，第224页；[日]鎌田耕一：《労働契約法の適用範囲とその基本性格》，载《日本労働法学会誌》2006年第107号，第22页。

⑥⑯参见[日]我妻荣：《债权各论》(中卷二)，周江洪译，中国法制出版社2008年版，第13页。

⑥⑰参见同前注⑥⑱，雷蒙德·瓦尔特曼书，第10页。

⑥⑱参见黄程贯：《劳动基准法之公法性质与私法转化》，载政治大学法学院劳动法与社会法中心编：《劳动、社会与法》，(台湾地区)元照出版有限公司2011年版，第4页。

⑥⑲主要包括：①目前尚不适用《工伤保险条例》(下称“条例”)的民事雇佣、海外派遣等情形；②被《条例》第16条明确排除在给付可能之外的“过劳自杀”情形；③虽存在劳动者醉酒或吸毒之“排除工伤”前提，同时也存在雇主怠于履行前述保护义务，并因该怠行而直接造成的工伤损害的情形；④因不符合《条例》第15条第1款规定而排除在工伤之外的“过劳死”情形；⑤工伤事故中的财产损害、精神损害；等等。