

论用人单位指示权及其私法构造

沈建峰

内容提要:用人单位用工管理、安排劳动不只是一个法律事实,而是指示权的行使。用人单位指示权是一种独立的劳动关系协调机制,是依附性劳动的制度表达,但其一般法理在我国却被长期忽视。这种指示权存在的正当性可从不同角度理解,从法教义学角度来看,其并非基于公法授权或组织体管理权,而是建立在劳动合同基础上。享有该权利的用人单位通过单方意思表示对劳动合同约定的劳动给付义务予以具体化,该权利不是对劳动者的支配权或请求权,而是形成权。基于继续性法律关系的特性,该形成权属于填充型形成权,可以持续存续,重复行使;其与传统的针对一时性法律关系的消极形成权共同构成完整的形成权体系。从平衡用人单位生产组织需要和劳动者保护需求出发,用人单位指示权的行使受到其作为末位阶权的位阶限制,作为劳动给付内容具体化权的功能限制,作为生产组织权的对象限制以及作为裁量权的合理性控制。

关键词:用人单位 指示权 劳动合同 形成权

沈建峰,中央财经大学法学院教授。

一般认为劳动关系是劳动者加入用人单位组织,遵守用人单位规章,服从用人单位指挥,提供有偿劳动过程中产生的社会关系。在实践中广为使用的《关于确立劳动关系有关事项的通知》(劳社部发〔2005〕12号)明确将“用人单位依法制定的各项劳动规章制度适用于劳动者,劳动者受用人单位的劳动管理,从事用人单位安排的有报酬的劳动”作为认定劳动关系的主要条件。据此,劳动者接受管理、服从安排以及与此相对用人单位用工管理、安排劳动是劳动关系的认定标志,也是劳动关系内涵的题中应有之义。

但上述用工管理、安排劳动的现象在法律上如何定位?其究竟只是一个简单事实还是本身就是一种决定劳动关系当事人之间权利和义务的法律机制?如果是前者,这个事实通过怎样的法律路径决定劳动者权利和义务?如果是后者,这个法律机制又应如何进行法律定性?从用工管理、安排劳动对劳动关系近乎要素式的地位出发,这些问题本应成为劳动法立法和研究中的根本问题,但从目前对中文文献的检索来看,相关研究却非常匮乏,仅有零星关于个别用工管理行为,尤其是调岗等行为的法律效力以及用人单位劳动合

同条款变更权等问题的探究,^[1]相关立法也几乎没有。与理论研究和立法匮乏截然相反的是,在用工实践中因用人单位安排加班、安排休假、安排调岗等用工管理而引发的争议所在多见,人们在用人单位的用工自主和合同的法律约束力之间左右为难,各地也不断试图通过政策性文件解决这一问题,^[2]但因缺乏一般理论和立法支撑,相关裁判思路和意见并不统一,说理也不足以服人。以用人单位用工管理的最典型形态——调岗为例,实践一直在用人单位享有用工自由所以可以单方调岗和契约必须信守所以调岗即变更合同,需要双方协商一致两个极端摇摆。立法上规定的变更合同规则和用工实践中的单方调岗现象直接发生冲突,合法性和合理性也在不断碰撞。在此背景下,有必要回到用人单位用工管理、安排劳动这一现象本身,探究其法律本质与构造,从法律的规则体系而不是单纯的价值出发,协调用工管理与其他法律规则之间的冲突与关系。在此,我们将看到一个被我国劳动法研究忽视的制度现象——用人单位指示权。重新发现该权利存在的意义、基础、定性以及行使限度将不仅能系统解决上述用工中的问题,同时也将对形成权理论和持续性合同理论的完善有所贡献。

一 用人单位指示权的缺失及其制度定位

(一) 被制度化遗忘的用工管理、安排劳动

用人单位用工管理和安排劳动是劳动关系的标志,但用工管理和安排劳动对劳动关系的意义目前却仅停留在劳动关系认定层面,作为认定劳动关系的因素而被认识,在劳动关系运行的制度设计中,几乎被完全遗忘。劳动法制度讨论得比较多的主要是劳动合同、集体合同、民主管理、劳动保护和劳动基准等问题,用工管理、安排劳动的法律地位基本上不会单独讨论,也很少在相关制度中被论及。这一现象首先源于劳动法仅作为劳动者保护法而理解的制度传统,人们更多关注劳动者如何被保护,劳动者享有怎样的权利,而用人单位享有的权利或者劳动者承担的义务却并不被过多关注。其次,用人单位用工管理、安排劳动更多是劳动合同履行过程中的现象,但现有劳动法律关于劳动合同的履行仅有几项原则性规定,劳动合同履行的具体规则以及当事人的权利和义务在立法中几乎未被涉及,用人单位用工管理、安排劳动这一现象的法律地位也就无处安放了。再次,源于目前劳动法学的研究偏重于讨论客观法(制度)而忽视从法律关系角度展开的状况,包括劳动合同制度的分析,多关注劳动合同的订立、变更、履行、解除等制度,而基本上不从法律关系,也即当事人之间权利和义务的角度展开。劳动法总论中仅有的关于权利的讨论也都是空洞的、义务主体和权利内容不明的各式列举。在经典的教科书中,劳动关系的法律内涵仅在所谓劳动法律关系的命题下进行粗线条的描述,在具体制度讨论中基本处于架

[1] 参见丁建安:《论企业单方调岗行为法律效力的判断》,《当代法学》2015年第3期;孙国平:《论雇主劳动合同条款变更权之控制》,《比较法研究》2016年第1期。

[2] 例如《山东省高级人民法院、山东省人力资源和社会保障厅关于审理劳动人事争议案件若干问题会议纪要》第11条;《天津市高级人民法院关于印发〈天津法院劳动争议案件审理指南〉的通知》(津高法〔2017〕246号)第19条等。

空状态。法律关系这一最重要的法律分析工具在劳动法中被边缘化,用人单位用工管理、安排劳动的法律地位问题也无从谈起。最后,这种现象也源于承认用人单位用工管理和安排劳动“权”的理论难题。用人单位用工管理、安排劳动以劳动者为对象,承认这种现象为一种权利是否将导致对人的支配?违背将任何人作为目的而不能作为手段的道德命题?可以说劳动法的研究范式、制度现状以及价值困境等共同因素,导致用人单位用工管理、安排劳动这一现象在劳动法的体系和研究中有意无意被遗忘了。作为一种事实,其在实际运行,并实质性地影响着当事人的权利和义务,却从未获得法律制度地位。只有在具体的案件讨论中,人们才时常对其冠以用工自主权之名进行讨论,但此时的用工自主权表达得更多是一种用工自由的观念,甚至有裁判机关明确提出,“在用人单位发放职工工资不高于当地最低工资标准的情况下,对于每个职工工资数额的具体确定属于用人单位的用工自主权范畴,不属于人民法院审理的范围”,^[3]将其放逐于法律的控制之外,“法外空间”的意味跃然纸上。

(二) 用工管理、安排劳动的制度地位

回归对劳动关系进行法律调整的现实,用人单位用工管理、安排劳动这一现象应不仅存在于事实层面,而应进入法律制度的体系。从用人单位用工管理、安排劳动可以对当事人权利和义务发生效力的角度看,用工管理、安排劳动是决定劳动关系双方当事人之间权利和义务的制度,和劳动合同、集体合同、劳动基准等劳动法的制度具有同样的功能。如将劳动合同等称之为协调劳动关系的法律机制或者权利(法律)渊源,^[4]则用人单位用工管理等也属于其中。与此同时,用工管理和安排劳动由用人单位依法根据企业经营利益需要自由进行,它因此又属于一种权利。鉴于用工管理或者安排劳动都通过用人单位的指示完成,同时为避免用工自主权的表述带来的不确定内涵,本文采用其他国家和地区的通行称谓,将这种权利称为用人单位指示权。准确而言,用人单位指示权是指在劳动关系存续过程中,用人单位享有的进行用工管理、安排劳动的权利,它涵盖了安排劳动的具体形态以及调整工作时间、工作岗位、劳动报酬、工作地点等有组织生产背景下用工过程中的主要用工行为。用人单位指示权一方面是决定他人权利和义务的制度,“指示权属于劳动关系中的法律渊源”,^[5]另一方面又属于一种权利。这似乎突破了规范和权利相区分——通过规范的适用在当事人之间产生法律关系,法律关系包含着权利的逻辑结构,形成了一种既是法律渊源又是主观权利的特别状态。但这却不违反传统法中法律制度与权利的既有逻辑,反而它彰显了传统法最重要的一个命题:“权利为主观化的法律(Subjektives Recht),法律为客观化的权利(Objectives Recht)。”^[6]

承认用人单位用工管理、安排劳动是一种法律上的权利和调整劳动关系的法律机制,

[3] 参见湖北省高级人民法院(2017)鄂民申281号民事裁定书。

[4] 关于劳动关系协调机制,参见 Waltermann, Arbeitsrecht, 19. Auflage, Vahlen, 2018, S. 47 ff.; 沈建峰:《个人自治、国家强制与集体自治在劳动关系协调中的互动》,《中国人力资源开发》2015年第9期。

[5] Junker, Grundkurs Arbeitsrecht, 15. Auflage, C. H. Beck, 2016, S. 112; Waltermann, Arbeitsrecht, 19. Auflage, Vahlen, 2018, S. 53; Adomeit, Rechtsquellenfragen im Arbeitsrecht, C. H. Beck, 1969, S. 99 ff. .

[6] 王泽鉴著:《民法总则》,北京大学出版社2015年版,第95页。

将首先填补劳动关系协调机制研究的制度空白,在劳动合同、集体合同、民主管理、劳动基准等制度之外,增加用人单位指示权制度;其次,将实现对用工管理行为分析的范式转换,不只谈用工自由等抽象价值,而是落实到当事人之间法律关系的内容,也即权利义务分析。再次,承认用人单位指示权也不存在上述从制度上固化用人单位对劳动者支配权利的担忧。这不仅是因为不论法律是否将其设置为一个权利,用人单位对劳动者的管理都是劳动关系中必然会存在的客观现象,没有用工管理的用工关系将不再是劳动关系,这一点不会因为法律将头埋在沙子里就会改变。而且因为如下文所展示的那样,用人单位指示权本身的功能并不是对劳动者的支配,它仅仅是劳动给付内容的确定权,不改变劳动关系的已有结构。最后,不仅将依附性劳动作为一个社会事实看待,而且要将它设计成法律的具体制度和权利,让实现依附性劳动的行为在权利行使的法律规则框架下运行,可以在制度上实现劳动者权益的维护和当事人之间利益的平衡。诚如有学者在批评将用人单位指示权具体运用——调职——认定为事实行为时所指出的,调职既然是事实行为,故除非雇主所为之调职命令系明显不合理之裁量权滥用行为,否则没有评断调职命令法律效力之余地。^[7] 劳动法应在承认用人单位指示权和劳动者的主体地位、尊严和发展等价值可以共存的基础上进行制度安排,并消解有组织生产所需要的用工自由和人格平等、人格尊严等价值之间的紧张关系。其目标不是消灭或者不承认这种指示权,而是在承认这种指示权的前提下实现劳动者权益的维护,这也是本文讨论的根本目标。

二 用人单位指示权存在的正当性基础

(一) 用人单位指示权的合理性基础

在以人的平等、自由和尊严等为基本价值的现代法律秩序中,承认以管理、安排为主要表现形式的用人单位指示权后,其所面临的首要问题是该权利从哪里来,其正当性基础是什么。在一定程度上,该正当性基础揭示着指示权与人的平等和尊严等价值之冲突协调的方向,是劳动法的本源性问题。早在 20 世纪 20 年代,德国劳动法之父辛茨海默就提出,“让劳动成为依附性劳动的支配权力建立在什么权利基础上? 当提出该问题时,我们将触及劳动法的隐蔽根基,该根基决定着劳动法的结构,并可以解释其内容在历史中的变迁。”^[8] 正因为如此,在其他大陆法系国家和地区涉及指示权正当性基础的文献可谓汗牛充栋,论证角度也是形形色色。总体上来看,其讨论主要在两个层面展开:其一,从社会、经济、历史、政治、文化等角度论证用人单位享有指示权有其正当性,本文称其为“合理性”;其二,从现行法的体系出发,论证用人单位指示权可进行体系归入,融入现行法的框架,在现行法中找到自己的规范基础,本文称为合体系性。从法律方法上来看,前者属于法外视角,“是从其他学科的视角对法和法律现象进行的研究”;^[9] 后者属于法内视角即

[7] 参见邱骏彦:《调职法理之探讨》,载刘志鹏、黄程贯主编《劳动法裁判选辑》,我国台湾地区月旦出版公司 1998 年版,第 243 页。

[8] Sinzheimer, Grundzüge des Arbeitsrechts, 2. Auflage, Gustav Fischer, 1927, S. 22.

[9] 雷磊:《作为科学的法教义学?》,《比较法研究》2019 年第 6 期,第 87 页。

法教义学视角,“运用法律自身的原理,遵循逻辑与体系的要求,以原则、规则、概念等要素制定、编纂与发展法律以及通过适当的解释规则运用和阐释法律的做法”。^[10] 法外视角的论证,也即合理性论证,构成了现行法律体系存在的前提,现行法律体系建立在其认可的合理性基础上;而法内视角,也即法教义学角度的合体系性论证则解决法律体系的自治和周延问题。

从法外视角对用人单位享有指示权进行论证的观点,最典型的主要包括:^[11] 其一,所有权说。该说认为“依附性劳动的基础是所有权,对生产资料的所有权带来了依附性,也是决定依附性的支配权限”。^[12] 劳动者的依附性与用人单位指示权产生的具体逻辑是,“作为生产资料,物是劳动着的人的劳动工具,没有物该人无法运用其劳动力。他需要物来劳动,通过劳动来谋生。如果生产资料不在劳动者的手上,而是在其他人手上,就会出现劳动和所有权之间的关系,尽管该关系未在法律中明确规定,但却以前提形式出现”。^[13] 正因为所有权对依附性劳动、对指示权的基础性作用,所以“劳动法是劳动和所有权的关系在不同时代的反映,其历史也是所有权的历史”。^[14] 以所有权或对生产资料的占有作为用人单位指示权基础也是我国国内比较流行的观点。^[15] 其二,风险承担说。该说认为,“雇主的指示权源自于其作为企业家对风险的承担”。^[16] 因为用人单位承担了经营风险,所以享有组织生产的指示权。即用人单位作为承担劳动无法实现预期成果之风险的一方,自然也应享有通过相应安排排除这种风险的权限,不论这一点在合同中是否有明确表示。^[17] 其三,事物本质的学说。该说认为将用人单位享有指示权是劳动关系这一事物本质所要求的,即“雇主的指示权源自于劳动关系的本质”。^[18] 与此类似的观点例如,“工业企业的组织可能会赋予一些人对其他人的命令权力。……该关系不是来自于合同,而是来自于企业内部的组织,国家立法并未直接顾及到它。”^[19] 机制说(Institutionenlehre)也认为,劳动关系或者有组织生产的这种事物本质上就要求这样配置指示权限。在我国的学说中,也有类似观点,认为“劳动关系的目的性和劳动过程实现的特殊性,产生了用人单位对劳动过程的控制权”。^[20]

这些从合理性出发所作的论证,探究了法律将指示权分配给用人单位的社会学、经济学以及政治学根源,说明了法律规范背后的原因,但却无法从法律的规范体系出发为指示权找到基点。从这个角度来看,学者对机制说或者事物本质说的批评是有道理的:“无论

[10] 许德风:《法教义学的应用》,《中外法学》2013年第5期,第938页。

[11] 除本文梳理外,还可以进一步参见 Rolf Birk, *Die Arbeitsrechtliche Leitungsmacht*, Carl Heymanns, 1973, S. 23 ff. 的梳理。

[12] Sinzheimer, *Grundzüge des Arbeitsrechts*, 2. Auflage, Gustav Fischer, 1927, S. 27.

[13] Sinzheimer, *Grundzüge des Arbeitsrechts*, 2. Auflage, Gustav Fischer, 1927, S. 23.

[14] Sinzheimer, *Grundzüge des Arbeitsrechts*, 2. Auflage, Gustav Fischer, 1927, S. 22.

[15] 参见王全兴著:《劳动法》(第4版),法律出版社2018年版,第34页。

[16] Kaskel, Dersch, *Arbeitsrecht*, 5. Auflage, Springer, 1957, S. 146.

[17] Molitor, *Das Wesen des Arbeitsvertrages*, A. Deichertsche Verlagsbuchhandlung, 1925, S. 40.

[18] Nikisch, *Arbeitsrecht*, Band I, J. C. B. Mohr, 1961, S. 255.

[19] L'ordinamento giuridico, 2. Aufl, Firenze, 1967, S. 201, 转引自 Birk, *Die Arbeitsrechtliche Leitungsmacht*, Carl Heymanns, 1973, S. 39.

[20] 《劳动与社会保障法学》编写组:《劳动与社会保障法学》,高等教育出版社2017年版,第18页。

是机制说还是从本质或者事物的属性出发提出的论证都不能被认为是法律上对指示权的论证,因为他们都建立在超法律的假设基础上。”^[21]所有权说也是如此。在人们还要为谁应享有指示权论证的时代,理论关注的重点应当是其合理性,但在宪法、劳动法已将组织生产的权限配置给用人单位之后,该问题就已经解决。我们面临的问题是如何将用人单位指示权融入现行法的框架,完成其规范设计,成为当事人行为的规则,也即用人单位指示权的合体系性问题。为了避免上述不同学科概念交叉带来的论证困境,着眼于本文的目的和现行宪法的已有制度前提,以下仅从法教义学视角,也即上述合体系性论证的层面讨论用人单位指示权的基础。

(二) 用人单位指示权法教义学论证的逻辑与学说梳理

在以市场主体平等和人的尊严和发展为基本判断的制度体系中,要论证一个私主体对另外一个主体享有指示权,梳理现行法的体系,主要有如下可能:其一,公法性的权力授予,因为公法的基本特点就是隶属与服从;其二,组织体中的组织和管理权限。组织体要保持正常运作,必然会存在管理和指示等权限。其三,私法性的意志根源。私法以私人自治为基本价值,在不违反公序良俗和现行法律秩序的前提下,通过私人的意志安排服从和指示有其逻辑上的可能性。梳理理论界关于用人单位指示权法教义学基础的学说,^[22]基本涵盖了上述所有逻辑可能,而这些可能性在一定程度上也同时反映了人们对劳动关系本质的认识。具体而言,具有代表性的学说主要包括如下几种:

其一,国家授权理论。当认为企业是公共利益的承载者时,就会从国家和社会秩序的角度考虑用人单位指示权的规范依据,形形色色的国家授权学说就会产生。例如,施泰因(E. Stein)在企业家作为企业的领导者与国家的公法性关系中看到了领导权的法律基础。该权力是为了公共利益而托付给他的。据此,企业领导人同时被国家授予了领导权。^[23]我国裁判机关在判决中偶尔也会提出类似观点,即“用人单位的用工自主权是法律赋予用人单位的权利”。^[24]在现代法学理论中,国家将权力授予私人本身存在很大的障碍;而且该理论将在一定程度上导致私人企业的国家化,劳动关系的公法化,其不合理之处显而易见,但其也绝非奇谈怪论。国家之手介入企业管理关系的立法和实践从来都不缺乏,此前工业化早期和计划经济时期也有所体现。

其二,组织体中的组织与管理权限:团体理论。将劳动关系视为组织体的学说历史久远,而且不断以各种新形式出现。^[25]当认为劳动关系是一种组织体关系时,从团体法的角度思考用人单位指示权的基础则水到渠成。这种思考方向有两个紧密相关的源流。一方面是身份法的历史源流。“依附性劳动是劳动着的人在一种法律上的权力关系

[21] Birk, Die Arbeitsrechtliche Leitungsmacht, Carl Heymanns, 1973, S. 42.

[22] 在德国的文献中,涉及指示权正当性基础的论述参见 Birk, Die Arbeitsrechtliche Leitungsmacht, Carl Heymanns, 1973, S. 23 - 79 的梳理;我国台湾地区学者主要在用人单位调职的问题上讨论该用人单位指示权的依据,但其也基本涵盖了上述各种逻辑上的可能性,参见邱骏彦:《调职法理之探讨》,载刘志鹏、黄程贯主编《劳动法裁判选辑》,我国台湾地区月旦出版公司 1998 年版,第 243 页。

[23] Birk, Die Arbeitsrechtliche Leitungsmacht, Carl Heymanns, 1973, S. 45.

[24] 参见江苏省高级人民法院(2016)苏民申 5929 号民事裁定书。

[25] Wiedemann, Das Arbeitsverhältnis als Austausch- und Gemeinschaftsverhältnis, C. F. Müller, 1966, S. 25 ff.

(Gewaltverhältnis)中提供的劳动”,^[26]在这种思路指引下,劳动关系被理解为一种忠诚劳役关系,^[27]用人单位指示权据此找到了身份法上的依据。另一方面是现代团体法理论在劳动法中的运用。也是在上述历史源流的影响下,以基尔克等为代表的学者从团体法、共同体等角度理解劳动关系。^[28]在我国,当学者们主张劳动关系是一种身份关系时,其前出发点也同样是共同体或者团体的思维。在共同体或者各种团体中,团体本身享有对成员管理的权限,这就成为用人单位指示权的依据。

其三,私法性的意志根源:合同理论。在当代劳动法学说中,人们更多从个体意志,尤其是从劳动合同中寻找用人单位指示权的依据:通过劳动合同,个体服从于用人单位的指示,用人单位获得了对劳动者的指示权。“雇主对劳工得为调职命令之法律依据,必须由劳动契约订立后所取得之劳动力处分权决定,此种见解目前已成为学说判例上确定之原则。”^[29]在例如德国这样的法律已经明确规定用人单位指示权的国家,理论和实务依然认为,指示权的法律基础是劳动合同,指示权属于劳动合同概念的实质性内容。德国《经营条例》(Gewerbeordnung)第106条的制定法规范只是一种识别标签。^[30]

(三)回归劳动合同:本文的理论选择

国家授权理论、团体理论以及合同理论,在根本上代表了认识劳动关系本质的三种思潮:超个人主义、团体主义和个人主义,^[31]也在方法上分别采纳了公法、团体法(早期的社会法)和个体法三种不同方案。不同论证思路都直击劳动法甚至法学的根本性问题。正因为如此,社会和国家的主流思潮以及法律体系总体思路的变化自然会影响用人单位指示权正当性基础的选择。在此,首先需要明确的是,在现代市场经济条件下,虽然劳动关系的运行涉及到公共利益,但劳动关系本身在根本上依然是劳动者和用人单位这一私人间的权利和义务配置关系。国家授权用人单位进行用工管理的观念在根本上与市场观念以及现行法律体系不相匹配。就团体法的解释而言,从古代身份团体出发进行的论证将使得劳动关系重归身份依附,有悖现代社会人的自由、平等等基本观念;而劳动关系作为共同体的学说,经历对忽视人的意志通过命令等将人安排进入生产过程的用工模式反思,也逐渐被各国和地区放弃,从生产共同体之中不可能产生用人单位天然的权利,事实上,“不是企业和它的秩序构成了(劳动)给付确定权的基础”。^[32]在教义学上,人们也认为

[26] Sinzheimer, Grundzüge des Arbeitsrechts, 2. Auflage, Gustav Fischer, 1927, S. 11.

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

[28] Gierke, Das deutsche Genossenschaftsrecht, Band 1, Weidmann, 1868, S. 1037.

[29] 邱骏彦:《调职法理之探讨》,载刘志鹏、黄程贯主编《劳动法裁判选辑》,我国台湾地区月旦出版公司1998年版,第243页。

[30] Vgl. Junker, Grundkurs Arbeitsrecht, 15. Auflage, C. H. Beck, 2016, S. 112; Zöllner/Loritz/Hergenröder, Arbeitsrecht, 5. Auflage, C. H. Beck, 2015, S. 78; Preis, Arbeitsrecht; Individualarbeitsrecht - Lehrbuch für Studium und Praxis, 5. Auflage, Otto Schmidt, 2017, S. 157. 德国《经营条例》第106条规定,“雇主享有单方通过指示单方确定劳动条件的权利。当劳动合同、工厂协议和可适用的团体协议规定或法律规范对该劳动条件没有确定时,雇主可以在公平裁量的基础上进一步确定劳动给付的内容、地点和时间。”

[31] 关于这三种论述的分析参见[德]拉德布鲁赫著:《法学导论》,米健译,商务印书馆2013年版,第34页。

[32] Söllner, Einseitige Leistungsbestimmung im Arbeitsverhältnis, Verlag der Akademie der Wissenschaften und der Literatur, 1966, S. 62.

“劳动关系不能被称为‘共同体关系’，因为它既不符合法律共同体的构成要件（《民法典》第 741 条以下），也不符合合伙的构成要件（《民法典》第 705 条）。共同体的概念也掩盖了劳动合同当事人的利益对立”。^[33] 因此，在目前各国和地区的理论中，主流意见完全从当事人的意志，尤其是劳动合同出发解释用人单位指示权的来源：劳动合同中包含有用人单位进一步安排劳动给付内容的权利，劳动者有听从用人单位指示、管理和劳动安排的义务，劳动合同中包含的合意是用人单位指示权的正当性基础，劳动合同是用人单位指示权的规范基础。从这个角度来看，用人单位指示权并非私法的异类，而是依然建立在私法的体系和原则基础上，“在劳动法中，私人自治不是被废止了，它只是在很大程度上不再以合同的形式，不以要约和承诺的形式出现，而是以服从和权利建构（Rechtsgestaltung）的形式出现”。^[34]

在我国，用人单位指示权正当性基础的探究还应顾及我国法律体系和思潮的变迁过程。在社会主义市场经济和社会主义法律体系建立之后，应遵从市场经济的一般法则和其他市场经济国家和地区的一般经验，从劳动合同出发，论证用人单位指示权的权利基础。从劳动者和用人单位法律上的平等以及劳动者的尊严和发展出发，没有什么比劳动者同意更能让一个法律上的负担正当化了。需要进一步讨论的是，在劳动关系中，决定当事人权利和义务的法律机制具有多样性，由此产生的问题是，是否劳动合同是用人单位指示权的唯一规范基础，用人单位的所有指示是否都来自于劳动合同？从劳动关系通过劳动合同而建立的角度来看，指示权的来源应限于劳动合同。劳动法上的其他法律机制，包括集体合同、用人单位规章、劳动基准法等尽管有规定用人单位指示权的可能性，但这些制度只是在劳动合同基础上对劳动关系内容的进一步确定，而且这些制度对劳动关系发生作用的前提是当事人之间已经存在劳动合同，所以其不能成为用人单位指示权的法律基础，^[35]更多是对源于劳动合同的指示权的明确或者限制。对于团体协议、工厂协议或者其他法律渊源，尽管可以对雇主给劳动者安排特定工作的指示权进行扩张、限制或者对给付义务进行具体化，但基于基本法对劳动者职业自由的保护，其本身不可以成为劳动义务的权利基础。^[36] 正因为如此，德国学者正确地指出，“尽管有《经营条例》第 106 条明确创设的法律基础，指示权还是直接源自于劳动合同”。^[37]

（四）物权作为指示权基础的特殊现象

此外，尚需厘定一个特殊现象。在企业中，经常会出现与用人单位没有劳动关系或者劳务派遣关系的其他人员也需要遵守用人单位指示和秩序的现象。这是否是用人单位的指示权并非源自劳动合同而是源自所有权或者其他财产权益的反证？本文认为，上述现

[33] München Kommentar BGB/Müller-Glöge, 5. Aufl. 2009, § 611 Rn. 161.

[34] Söllner, Einseitige Leistungsbestimmung im Arbeitsverhältnis, Verlag der Akademie der Wissenschaften und der Literatur, 1966, S. 62.

[35] 不同意见参见 Söllner, Einseitige Leistungsbestimmung im Arbeitsverhältnis, Verlag der Akademie der Wissenschaften und der Literatur, 1966, 第 40 页以下，其认为法律规定、集体合同等均为用人单位指示权的法律基础。毫无疑问，这些协调机制中可能也会规定用人单位指示权的行使，但其不是本身就可以成为指示权的权利基础。

[36] Boemke, Studienbuch Arbeitsrecht, C. H. Beck, 2003, S. 196.

[37] Zöllner/Loritz/Hergenröder, Arbeitsrecht, 5. Auflage, C. H. Beck, 2015, S. 78.

象并未推翻指示权来源于劳动合同这一基本命题,但却展示了企业中用人单位指示的另外一种可能性。企业是一个生产组织体,但同时也是一个社会组织。能够进入企业的不仅是具有劳动关系或者劳务派遣关系的劳动者,还可能其他人。当离开劳动关系这个范畴后,企业同时还是企业家的私人领地,其享有物权法等财产法的保护。根据其作为物权人或其他从物权衍生出来的财产权利享有人的法律地位,其自然可以发布指示,确定进入和使用企业中特定物的条件和方式。因此,源于物权的指示权应运而生。在这种情况下,在企业中活动的劳动者毫无疑问也应遵守这些指示,这是否意味着此时用人单位指示权源于所有权,“物的所有人不是作为雇主而是作为所有权人使用它”^[38]事实上,该命题并不正确。因为在劳动关系中,提供生产资料、提供生产工具等劳动条件是用人单位的基本义务,所有人和用人单位身份是合一的,所有权和劳动条件也是合一的!因此,不能简单认为是所有人就不能是用人单位发布指示,不能认为是所有权行使就不能是劳动条件提供。对劳动者来说,遵守指示与其说是对基于物权而发布的指示的遵守,不如说是对基于劳动关系而生的用人单位指示的遵守。这是因为物权本身并不发生对人的支配,从对物的支配到对人的效力需要一个媒介,而这个媒介就是合意。通过劳动合同,物变成了生产工具,用人单位从物权人成为了用工主体,所以,对劳动者来说不是物权,而是劳动合同是指示权的法律基础。上述基于物权也可以产生指示权的现象,对用人单位指示权研究的意义在于,可能在极端例外情况下,劳动者对物的使用规则的遵守和劳动关系没有关系,也即使用不是作为其劳动条件的物,此时其遵守的是源自所有权人的指示;此时用人单位指示权的行使遵守物权法和财产权的规则,而不是劳动关系的规则。但这种情况并不是本文关注所在,本文仅关注用人单位对使用作为生产工具的物的指示,这依然是一种基于劳动合同的指示权行使。

三 填充型形成权:用人单位指示权的法律属性

在明确用人单位指示权不是公权授予的权力,也不是对成员的管理权,而是一种基于劳动合同产生的权利基础上,尚需进一步探究这种合同权利的结构和性质。在此,我们将看到劳动关系中用人单位用工管理的法学本质,消除指示权对人支配的顾虑,同时也将看到一般意义上的形成权在劳动关系这种继续性法律关系中的发展。

(一) 指示权作为形成权

从“用工管理”“组织劳动”等表述来看,用人单位的指示权似乎直接针对劳动者本身或劳动力,指示权出现一种以人为对象的支配权现象。人们对用人单位指示权的隐忧也由此发生。但这种认识并不符合指示权运作的机理。典型的用人单位指示权运作的前提和过程是,劳动合同订定时,并未就各种工作场所与内容为具体约定,而仅是由劳工将劳动力使用权概括地委由雇主处分,雇主依此权利的作用,可决定工作场所与工作内容。^[39]

[38] Birk, Die Arbeitsrechtliche Leitungsmacht, Carl Heymanns, 1973, S. 26.

[39] 参见邱骏彦:《调职法理之探讨》,载刘志鹏、黄程贯主编《劳动法裁判选辑》,我国台湾地区月旦出版公司1998年版,第243页。

因此,用人单位指示权并非直接针对劳动者进行支配,而是一种由用人单位享有的对劳动关系内容进行单方具体确定的权利。^[40] 仅此而已! 这样一种对劳动关系内容进行具体化的权利是传统私法中的形成权。^[41] 以典型的用人单位行使指示权形态——调职为例,“雇主基于劳动指挥权所为调职命令即为决定劳工工作场所与工作内容之具体化,故其性质为形成行为”。^[42] 因此,用人单位指示权被承认后,它既未改变劳动关系是一种请求权关系的形态,又未改变劳动关系是一种私人合意建立的法律关系的形态,更不会对劳动者产生支配,用人单位指示权是一种建立在合同基础上的形成权。在德国,传统中这种形成权被归入德国《民法典》第 315 条债的关系中一方当事人确定债之内容的规则之中。“雇主形成劳动条件的权限涉及到《民法典》第 315 条的给付确定权。”^[43] 作为形成权,指示权的行使首先应遵循形成权行使的一般逻辑:以意思表示的方式作出,到达对方当事人时即发生效力等,对此本文不作进一步展开。

如果用人单位指示权是形成权,则需要进一步解释,在劳动法的规则和实践中,经常存在的需经劳动者申请或者须经劳动者及其利益代表组织同意,用人单位才可以“安排”劳动者从事特定行为的现象,它为何不是双方合意或者请求权行使? 例如,《职工带薪年休假条例》第 5 条第 2 款规定,“单位确因工作需要不能安排职工休年休假的,经职工本人同意,可以不安排职工休年休假。”这种“同意+安排”的模式如何与形成权的定位相协调? 本文认为,上述申请、同意等仅是用人单位形成权行使中的程序性要求:在根本上“假”是用人单位自主决定放的,劳动者请假只是提出一个豁免劳动义务的请求,用人单位是否准予休假、休多长时间是依法单方决定的结果。将上述现象理解为用人单位的形成权行使,既有利于用人单位进行用工管理,也不会对劳动者权益产生损害,因为如下文所述,用人单位指示权的行使原则上应受到本文如下所述的各种制度控制。

(二) 继续性法律关系中形成权的特殊规则

指示权作为一种形成权,在如下方面面临传统形成权规则和理论挑战。其一,根据传统的形成权理论和规则,形成权是使既存的法律关系生效、变更或消灭的权利,^[44] 但指示权本身在严格意义上并未使得劳动关系的内容发生变更,而是将不确定的内容进行具体化。其二,为了保护形成权的相对人,防止其利益处于不确定状态,形成权不可以撤销。^[45] 但是在劳动法中,用人单位行使指示权发出指示后完全可能再次发布不同的指示。其三,传统形成权理论认为,形成权一经行使就会消灭,即使不行使,形成权也会因为

[40] 具体化完成后,劳动者和用人单位按照最终确定的劳动关系的内容来履行劳动合同,也即用人单位有权请求劳动者履行劳动给付,而劳动者有义务履行劳动给付。劳动合同产生的法律关系属于请求权的属性并未变化。

[41] Vgl. Junker, Grundkurs Arbeitsrecht, 15. Auflage, C. H. Beck, 2016, S. 112.

[42] 邱骏彦:“调职法理之探讨”,载刘志鹏、黄程贯主编《劳动法裁判选辑》,我国台湾地区月旦出版公司 1998 年版,第 243 页。

[43] Söllner, Einseitige Leistungsbestimmung im Arbeitsverhältnis, Verlag der Akademie der Wissenschaften und der Literatur, 1966, S. 30.

[44] 参见梁慧星著:《民法总论》,法律出版社 2017 年版,第 74 页;朱庆育著:《民法总论》,北京大学出版社 2016 年版,第 518 页;王泽鉴著:《民法总则》,北京大学出版社 2016 年版,第 106 页。

[45] 参见朱庆育著:《民法总论》,北京大学出版社 2016 年版,第 518 页;王泽鉴著:《民法总则》,北京大学出版社 2016 年版,第 106 页。

除斥期间的存在而在一定期间后消灭。但在劳动关系存续期间,用人单位指示权会一直存在。显然只有解释了上述矛盾,用人单位指示权才能融入传统法的体系中去,而这种解释的过程是将以一时性法律关系为原型发展起来的形成权适用于继续性法律关系并完善形成权理论的过程。

形成权是民事权利体系中形成较晚的权利类型,塞克尔(Emil Seckel)在1903年的演讲中才系统论证了形成权问题。^[46]在不考虑给付确定、具体化以及内容变更形成权的前提下,通说逐渐形成了形成权的行使不可撤回、不可重复的观点。但当人们再次将目光转移到以劳动关系中的指示权以及其他《德国民法典》315条意义上“填充性(ausfüllende)的形成权”时,则会发现该理论的不适应性。在1964年,当伯蒂歇尔(Eduard Bötticher)再次沿着塞克尔的思路研究形成权时,为了解决上述问题,他再次以雇主的指示权为例,提出了母形成权(Mutter-Gestaltungsrecht)概念。他认为,指示权不是通过一个形成的意思表示就可以用尽,而是承载着延续性的规则。^[47]这是一种持续适应权,通过母形成权和持续适应权的区分,解释了形成权的行使不可撤回、不可重复和用人单位指示权等可以重复存在并可以重新作出等问题:不可撤回、不可重复的是适应性的意思表示,一直存在的是母权。在此之后,赫歇尔(Herschel)等学者进一步发展并优化了伯蒂歇尔的观点,但放弃了母形成权的思路,而是直接提出,“如果前后一贯地将《德国民法典》第315条的法律思想运用到继续性债的关系,则必须承认通过一次使用无法用尽的适应权(Anpassungsrecht)”^[48]在上述研究基础上,索尔纳教授(Söllner)最终提出,雇主规制劳动条件的权限涉及《德国民法典》第315条意义上的给付确定权,同时显然也涉及适应权,它不再一次使用后就用尽,而是可以根据需要重构劳动条件。^[49]

在上述发展过程中,不是用人单位指示权被修正从而适应了形成权的传统理论,而是形成权传统理论针对以劳动关系为代表的继续性法律关系的特点得到了进一步的发展和完善,在此前的消极形成权类型之外,形成了积极的、填充型形成权类型——适应权。这种基于继续性法律关系特性而出现的形成权类型被用以填充法律关系内容,可以重复行使并在继续性法律关系存续期间一直存续。用人单位指示权属于这种类型形成权的典型形态。^[50]适应权形态的形成权之所以可以重复行使,并可以通过新行使替代此前的行使结果,除了继续性法律关系本身的特性外,尚有风险承担方面的原因,即“形成性意思表示的不可重复性和不可撤回性是人们为通过如此简单的意思表示就能实现其权利所付出的代价”^[51]消极的形成权的基本特点在于通过单方意思表示就能使既存法律关系发生

[46] Vgl. Seckel, Die Gestaltungsrecht des Bürgerlichen Rechts, Wissenschaftliche Buchgemeinschaft, 1954, S. 1 ff. 关于形成权理论发展的历史,参见申海恩著:《私法中的权力:形成权理论之新展开》,北京大学出版社2011年版,第51-86页。

[47] Vgl. Böttiche, Gestaltungsrecht und Unterwerfung im Privatrecht, de Gruyter, 1964, S. 6.

[48] Vgl. Söllner, Einseitige Leistungsbestimmung im Arbeitsverhältnis, Verlag der Akademie der Wissenschaften und der Literatur, 1966, S. 29.

[49] Vgl. Söllner, Einseitige Leistungsbestimmung im Arbeitsverhältnis, Verlag der Akademie der Wissenschaften und der Literatur, 1966, S. 30.

[50] Münchener Kommentar BGB/Spinner, 8. Auflage 2020, § 611a Rn. 931.

[51] Böttiche, Gestaltungsrecht und Unterwerfung im Privatrecht, de Gruyter, 1964, S. 6.

变更、消灭等效果,为了保护相对人其必须确定!但这一点对于填充型形成权而言是不存在的,填充型的形成权并不改变法律关系的内容,只是对原有内容进行了具体化。

填充型形成权并不因一次行使而消灭,也不因长期不行使而消灭。因此,在劳动合同履行过程中,仅仅因为其行使或者不行使而形成的状态并非因时间流逝而变得不可以再次通过用人单位指示权改变。也不能简单因为其行使或者不行使就认为当事人之间达成了默示的变更合同的合意。持续性合同中填充型形成权的上述属性决定了只有在例外情况下,如果长期(不)行使指示权并结合其他事由导致劳动者对劳动给付的状态产生了信赖,^[52]才可能排除用人单位指示权,固化劳动者劳动给付的内容。

四 用人单位指示权的法律限度

从目的论角度看,承认用人单位指示权的权利地位,在很大程度上是为了将其行使纳入法律限制的轨道;用人单位指示权的填充型形成权定位进一步强化了这种限制的必要性。在劳动法的制度体系中,用人单位指示权的限制是平衡企业有序、灵活生产需要与劳动者保护需求之间冲突的最重要制度安排之一。这种限定应从确定用人单位指示权的效力位阶、功能定位、指示对象以及行使限制等角度展开。

(一)效力位阶:末位阶权

用人单位指示权作为用人单位单方确定劳动关系中权利和义务的机制,其受到的限制首先来自劳动关系协调机制的体系本身。如上所述,在现代主要市场经济国家的劳动法中,存在包括用人单位指示权、劳动合同、劳动基准、集体合同、民主管理等多元的建构当事人权利和义务的法律机制,协调这些法律机制之间关系的方法之一就是机制或制度效力位阶排序。在上述劳动关系协调机制序列中,用人单位指示权属于效力位阶最低的一个,“位于劳动法律秩序层级结构最底端的是雇主基于其劳动关系中的指示权而发布的指示”。^[53]这种最低位阶的地位就意味着用人单位指示权必须在劳动合同、劳动基准、集体合同、用人单位规章等其他劳动关系协调机制所划定的范围内来行使,“必须遵守所有其他法律、集体合同、单个合同规则设置的界限”。^[54]用人单位指示权构成一种其他调整机制未明确规定时才能发挥作用的“末位阶权”,这也被称为“用人单位指示权的辅助性效力(subsidiäre Geltung)”。^[55]末位阶权的定位可以很好地解决劳动合同和所谓用工自主权的冲突。以最典型的调岗为例,在日本,“在劳动契约没有约定职种、勤务地的前提下,原则上雇主有调动员工职务的权利,此种权利的行使应受权利滥用法理的规范”。^[56]

[52] Vgl. Boemke, Studienbuch Arbeitsrecht, C. H. Beck, 2003, S. 204; Löwisch/Caspers/Klumpp, Arbeitsrecht, Vahlen, 2017, S. 67.

[53] Marhold/Friedrich, Österreichisches Arbeitsrecht, Springer, 2012, S. 7; Junker, Grundkurs Arbeitsrecht, 15. Auflage, C. H. Beck, 2016, S. 33.

[54] Zöllner/Loritz/Hergentröder, Arbeitsrecht, 5. Auflage, C. H. Beck, 2015, S. 78; Hueck/Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts, Band 1, 7. Auflage, Vahlen, 1963, S. 158; Nikisch, Arbeitsrecht, Band I, J. C. B. Mohr, 1961, S. 255.

[55] Vgl. Vischer, Der Arbeitsvertrag, Helbing & Lichtenhahn, 2005, S. 139.

[56] 黄馨慧:《日本调职法理的形成与发展》,载台湾地区劳动法学会主编《劳动法判例选辑(三)》,我国台湾地区元照出版公司2000年版,第104页。

在我国目前的调岗实践中,很多地方法院也要求调岗的前提是劳动合同对工作岗位和地点没有明确约定,^[57]或者不违反法律规定和合同约定,“用人单位具有用工自主权,对员工工作岗位的调整只要不违反法律的规定和劳动合同的约定,属于合理行使用工自主权”。^[58]但也有一些地区的裁判机关在劳动合同有明确约定的情况下也允许调岗,等于用人单位的单方安排可以打破双方合意,合同的法律约束力荡然无存,其不合理性显而易见。^[59]

末位阶权定位意味着用人单位指示权和其他劳动关系协调机制在决定劳动关系中的权利和义务时,其能力处于此消彼长状态。以劳动合同为例,“劳动合同越是具体,留给指示权的空间就越小;反过来,合同越是一般性地达成合意,指示权就越大”。^[60]这种关系导致立法者为了保护劳动者权益会追求劳动合同的内容应尽可能完备,我国《劳动合同法》第17条规定“劳动合同应当具备以下条款”,第81条规定劳动合同未具备上述条款的应由劳动行政部门责令改正的原因即在于此。而对用人单位来说,则会尽可能减少劳动合同约定内容从而增加用人单位指示权空间;在必须具备的合同条款被限定的情况下,用人单位则会通过将条款作宽泛约定获得自主权,工作地点为“全国”、岗位为“工人”等实践现象应运而生。^[61]立法者和用工者在末位阶权法理指引下的博弈在此表现得淋漓尽致。从这个角度来看,我国目前一些企业的调岗困境很多是因为没有很好地约定合同条款导致末位阶权过小而引发的。

用人单位指示权作为依附性劳动的法律规范表达,其权利行使空间大小在根本上决定了劳动者保护必要性的多少。如果劳动合同细致到事无巨细,用人单位没有指示空间,则劳动关系依附性就已经无从谈起,劳动者的保护需要则会下降,此时主要涉及格式条款的规制规则;反过来,如果劳动合同被通过宽泛约定掏空,则劳动者对用人单位的依附性就会大大提升,对劳动者的保护也应强化。

(二)功能定位:约定劳动义务形态的具体化权

当用人单位指示权可以确定劳动关系中当事人的权利和义务时,其可以确定的内容范围在理论和实践中会出现两种观点。一种观点认为,指示权本身是独立的决定权利和义务的机制,只要劳动合同、集体合同等其他机制没有明确,则剩余的都是用人单位指示权可以自由决定的空间,无限制则用工自由。“雇主不仅可以对约定的劳动进行具体化,而且可以借道指示权来确定劳动者义务的范围有多大。”^[62]另外一种观点则认为,用人单

[57] 例如北京市高级人民法院、北京市劳动人事争议仲裁委员会《关于审理劳动争议案件适用法律问题的解答》(京高法发[2017]142号)第5条;天津市高级人民法院《关于印发〈天津法院劳动争议案件审理指南〉的通知》(津高法[2017]246号)第20条,认为调岗违法情况之一就是“违反劳动合同对工作地点约定的”。

[58] 广东省高级人民法院(2016)粤民申6960号民事裁定书。

[59] 例如《广东省高级人民法院、广东省劳动人事争议仲裁委员会关于印发〈广东省高级人民法院、广东省劳动人事争议仲裁委员会关于审理劳动人事争议案件若干问题的座谈会纪要〉的通知》(粤高法[2012]284号)第22条。

[60] Landmann/Rohmer GewO/Neumann, 2019, § 106 Rn. 8; Boemke, Studienbuch Arbeitsrecht, C. H. Beck, 2003, S. 199; Preis/Genenger, Die unechte Direktionsrechtserweiterung, NZA 2008, 969, 972; Vischer, Der Arbeitsvertrag, Helbing & Lichtenhahn, 2005, S. 139.

[61] 例如山东省高级人民法院、山东省人力资源和社会保障厅《关于审理劳动人事争议案件若干问题会议纪要》第12条;北京市高级人民法院、北京市劳动人事争议仲裁委员会《关于审理劳动争议案件适用法律问题的解答》(京高法发[2017]142号)第6条。

[62] Hromadka, Grenzen des Weisungsrechts: Zur Auslegung des § 106 GewO, NZA 2012, 233, 234.

位指示权只能是对劳动合同约定的具体化,不能在劳动合同确定的范围之外创设权利和义务。“不是指示权确定劳动义务的范围,而是应根据劳动合同的内容确定指示权的范围。”^[63] 本文认为,从上述对用人单位指示权教义学基础的探究来看,用人单位的指示权来自于劳动合同,因此用人单位指示权的范围原则上应受到劳动合同的限定。如果指示权可以在劳动合同限定之外确定权利和义务,那就意味着指示权有合同之外的权利基础,有违上述关于用人单位指示权法律基础的认识。所以,不仅雇主指示权的权源是劳动合同,而且雇主指示权的功能限于具体化劳动合同约定的给付,受到劳动合同内容的限制。

正因为指示权只是对劳动合同约定的具体化,因此指示权本身不能打破劳动合同确定的权利和义务框架。这种不能打破,有学者认为主要体现为双方义务的比值不能打破,“在适应劳动分工组织要求而确立的劳动关系中,劳动给付和报酬双务式的连接表现为如下方式:雇主管可以单方决定劳动给付的范围和形态,但无权单方介入约定的主给付义务比例关系”^[64] 在这种思路下,只要不改变当事人之间义务的比例,用人单位就可以对劳动者的报酬等主给付义务进行调整。^[65] 但问题是如何确定主给付义务之间的比例关系?这本身是一个根本难以解决的问题。另外只要维持主给付义务之间的固定比例就可以调整劳动报酬,将使得劳动者最关心的报酬问题完全处于用人单位安排之下。所以,除非法律另有特别规定或者合同有明确约定,应将具有交换关系的主给付义务等排除出用人单位指示权确定的范围,“指示权并未给雇主任单方面作出持续调整给付和对待给付价值的命令。双方主给付义务,即工资和劳动义务(的量),不处于指示权的范围之中”^[66] 主给付义务量的调整应通过变更劳动合同来实现。据此,“指示权仅涉及劳动义务,而不涉及雇主承担的对待给付——工资。雇主不能单方确定他的给付义务,尤其是不能减少”^[67] 而就劳动义务而言,决定劳动义务量的最重要标准——工时的范围也应通过劳动合同确定,“因为工作时间的长度和工资紧密相关,属于交换关系,不处于雇主指示权处置的范围”^[68] 这样一来,用人单位指示权不能用以安排用人单位主给付义务,对劳动者的义务也主要仅围绕劳动给付的形式状态而展开,包括劳动给付的时间状态、地点、类型等。用人单位指示权属于约定劳动给付义务履行状态的具体化权。经过该权利行使,劳动者的义务被具体和确定化,劳动者应按照确定后的内容履行义务,否则就构成劳动给付义务的违反。

在上述前提下,用人单位如果想在一般的指示权范围之外获得更多的空间,则应在劳

[63] Hromadka, Grenzen des Weisungsrechts; Zur Auslegung des § 106 GewO, NZA 2012, 233, 234.

[64] Söllner, Einseitige Leistungsbestimmung im Arbeitsverhältnis, Verlag der Akademie der Wissenschaften und der Literatur, 1966, S. 53.

[65] Söllner, Einseitige Leistungsbestimmung im Arbeitsverhältnis, Verlag der Akademie der Wissenschaften und der Literatur, 1966, S. 92.

[66] HWK GewO/Lembke, 2014, § 106 Rn. 13; Münchener Kommentar BGB/Spinner, 8. Auflage 2020, § 611a Rn. 940; Hueck/Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts, Band 1, 7. Auflage, Vahlen, 1963, S. 159.

[67] Hromadka/Maschmann, Arbeitsrecht, Band 1, Individualarbeitsrecht, Springer, 2015, S. 202.

[68] Preis, Arbeitsrecht: Individualarbeitsrecht - Lehrbuch für Studium und Praxis, 5. Auflage, Otto Schmidt, 2017, S. 158. 这也符合我国劳动立法的规范实际。在我国,紧急情况下的加班因为有法律的特别授权,可以认为它因为法律的规定已进入劳动合同的内容中,用人单位享有单方安排加班的权利;除此之外的加班应征得劳动者同意。不同观点,参见 Landmann/Rohmer GewO/Neumann, 2019, § 106 Rn. 23。

动合同中作出进一步的明确安排。^[69] 在德国,有学者将此种约定的合同条款称为真正的指示权拓宽(echte Direktionsrechtserweiterung)条款。^[70] 这种指示权的拓宽需要以当事人明确约定为前提,同时受到格式条款规制等限制。同样以调岗为例,在目前实践中存在大量在劳动合同中约定调岗权限条款的现象。当有此约定的时候,用人单位获得了调岗权限,但如果该条款通过格式条款引入,其应适用格式条款的审查规则,具体确定条款本身的有效性和合理性。^[71] 需要注意的是,并不是劳动合同中所有关于指示权的约定都构成真正的指示权拓宽条款。在很多时候,当事人在合同中关于指示权的约定仅仅是明确指示权的存在、范围,甚至对其进行限制。这种指示权约定条款被称为不真正的指示权拓宽条款,^[72] 对其不需要进行格式条款的合理性审查。

在根据劳动合同确定用人单位指示权范围时,其权限范围具体多大,根本上涉及劳动合同解释问题。如劳动合同中无特别约定,应根据该劳动合同通常情况中涵盖的劳动给付义务范围确定个案中指示权的范围。在此需要强调的是,在合同解释过程中应顾及劳动合同作为一种当事人之间具有较强信赖色彩以及诚实信用原则等在解释中的特有功能。

(三) 指示对象:生产组织权

用人单位指示权服务于劳动过程的组织,其可以涉及的对象应围绕生产组织展开,是一种生产组织权限。所以,毫无疑问,“雇主的指示权不涵盖劳动者私人生活领域”,^[73] 不能涉及劳动者在生产组织之外的行为。就生产组织而言,用人单位指示权首先可以确定劳动给付义务本身的时间状态、地点、类型和内容等,对此不再赘述。但劳动关系中的劳动作为一种有组织劳动,劳动给付义务的完成不仅体现在按照用人单位确定的时间、地点等提供劳动,而且还依赖于与其他人的劳动协作和配合,工厂秩序是劳动给付的相伴条件,在一定程度上也决定了劳动给付的质量和实现可能。因此,除了直接确定劳动——也即是劳动的类型和完成劳动的方式外,雇主也可以就与劳动相伴的行为给出指示。对与劳动相伴行为的指示是为了保障协作劳动没有摩擦,劳动者在工厂中不受干扰地一起生活以及保护经营工具、劳动工具和雇主的商业利益。^[74] 与劳动相伴的行为包括劳动者在厂房逗留、使用工厂设备、^[75] 与其他劳动者以及用人单位交往等等,它们共同构成了工厂秩序。但需要注意的是,对与劳动给付相伴的工厂秩序作出指示的权限也依然来自于劳

[69] 例如,我国一些地方的司法裁判实践要求调整劳动者工作岗位的前提条件之一是“符合劳动合同的约定或者用人单位规章制度的规定”,参见天津市高级人民法院《关于印发〈天津法院劳动争议案件审理指南〉的通知》(津高法〔2017〕246号)第19条。

[70] Vgl. Preis/Genenger, Die unechte Direktionsrechtserweiterung, NZA, 2008, 969, 972.

[71] 例如,北京市高级人民法院、北京市劳动人事争议仲裁委员会《关于审理劳动争议案件适用法律问题的解答》(京高法发〔2017〕142号)第5条;山东省高级人民法院、山东省人力资源和社会保障厅《关于审理劳动人事争议案件若干问题会议纪要》第12条规定,“用人单位与劳动者在劳动合同中明确约定用人单位可以单方变更工作地点的,仍应对工作地点的变更进行合理性审查。”

[72] Vgl. Preis/Genenger, Die unechte Direktionsrechtserweiterung, NZA, 2008, 969, 970.

[73] Münchener Kommentar BGB/Spinner, 8. Auflage 2020, § 611a Rn. 934.

[74] Vgl. Hromadka/Maschmann, Arbeitsrecht, Band 1, Individualarbeitsrecht, Springer, 2015, S. 202.

[75] Vgl. Nikisch, Arbeitsrecht, Band I, J. C. B. Mohr, 1961, S. 256.

动合同,是劳动合同赋予了用人单位组织生产的权限,而不是生产组织本身就能产生对劳动给付相伴行为的指示权。

(四)行使限制:裁量权

对用人单位指示权进行限制的最后一个视角是其作为裁量权的视角。所谓裁量权是指在上述几方面限定的框架中,用人单位可以根据生产经营需要在自由裁量基础上行使指示权来组织生产。作为一种裁量性权利,只要在法律的框架中行使,其合法性将不再有疑问,但合法性没有问题并不意味着不会出现合理性问题。尤其是当因劳动合同空心化、用人单位规章单方化、集体合同虚化等导致指示权膨胀的情况下,貌似合法的行使却可能带来不合理的结果。因此,在上述合法性控制的基础上,现代劳动法应对用人单位指示权的行使从程序和实体内容两个方面进行合理性控制。

程序性合理性控制主要体现为针对一些对劳动者个体或者群体影响较大的用人单位指示权,在其行使过程中引入单个劳动者或者劳动者利益代表组织的参与。这种参与并非要求当事人就具体指示权的行使达成合意,而往往是要求提前通知劳动者或其利益代表机构,进行必要的意见听取和意思沟通,是一种单纯协商的形态。根据用人单位指示权行使是针对个别劳动者还是针对不确定数量劳动者,劳动者一方参与的方式也有所区别。针对不确定劳动者群体行使指示权,本质上已是进行规范设置,“这种规范设置(Normsetzung)只是决定给付内容的形成权的变种”。^[76] 这种情况下劳动者一方的参与主要通过劳动者利益代表实现。我国目前用人单位规章制定的理论逻辑即是如此。而针对特定劳动者的指示权行使,劳动者一方的意志参与可能是通过劳动者本人,也可能是通过劳动者的利益代表。在法律规定了程序性正当性控制的情况下,如用人单位行使指示权未经过该程序,则构成形式违法,除非可以补正,否则指示行为不发生效力。

对指示权合理性控制更加具有意义的是对其进行实体合理性控制,这种控制主要通过要求用人单位在公平裁量的基础上行使指示权来完成,在发生纠纷后由裁判机关对其进行合理性审查,例如德国《经营条例》第 106 条、日本法上有关调职的规定等。^[77] 我国司法裁判中也已经在调职等用人单位指示权行使问题上开始引入合理性审查规则。^[78] 这种合理性控制的基础应回到用人单位指示权行使的一般法理中。

五 结 论

用人单位的用工管理和安排劳动现象,应纳入劳动法的制度体系和法律关系来认识。据此,用人单位的指示既是一种权利,又是决定劳动关系当事人权利和义务的法律机制。

[76] Söllner, Einseitige Leistungsbestimmung im Arbeitsverhältnis, Verlag der Akademie der Wissenschaften und der Literatur, 1966, S. 31.

[77] 参见黄馨慧:《日本调职法理的形成与发展》,载台湾地区劳动法学会主编《劳动法判例选辑(三)》,我国台湾地区元照出版公司 2000 年版,第 104 页。

[78] 例如,北京市高级人民法院、北京市劳动人事争议仲裁委员会《关于审理劳动争议案件适用法律问题的解答》(京高法发[2017]142 号)第 5 条;天津市高级人民法院《关于印发〈天津法院劳动争议案件审理指南〉的通知》(津高法[2017]246 号)第 20 条等。

在现代市场经济条件下,用人单位指示权并非源于公权力,也非源于团体法,而是建立在劳动合同基础上,是基于劳动合同产生的用人单位通过单方意思表示对劳动者的劳动给付义务具体化的权利。该权利属于形成权,而不是对劳动者的支配权或者请求权;基于劳动关系的持续性法律关系属性,这种形成权是一种不同于传统形成权的填充型形成权,在劳动关系存续期间,该权利将一直存续,不因一次行使而消灭,可以根据生产经营需要对劳动给付的内容进行不断调整,也因此被称为适应权。为防止这种用人单位单方行使即可确定劳动者义务的权利侵害劳动者权益,在现代劳动法中用人单位指示权只能在劳动合同、用人单位规章、集体合同、劳动基准法限定的范围内行使;除非法律另有规定或者合同另有约定,行使范围不得超过劳动合同中一般的权利和义务内容;只可以针对劳动给付和与劳动给付相关的工厂秩序行使;同时在行使过程中应遵守法定程序并受到合理性控制。通过承认用人单位指示权,将其建立在劳动合同基础上,定性为填充型的形成权并对其行使进行限制,劳动法实现了用工自主权和劳动者保护两种利益的平衡。

[本文为作者主持的2019年度国家社会科学基金重大专项项目“劳动法律的核心价值融入及其制度研究”(19VHJ017)的研究成果。]

[**Abstract**] Employment management and work arrangement by employers are not only a legal fact, but also the exercise of the direction right. The direction right is an independent labor relation coordination mechanism as well as an institutional expression of dependency labor. However, its general jurisprudential logic has been ignored in China for a long period of time. Its justification can be understood from different perspectives. From the perspective of legal dogmatics, direction right is based neither on public law authorization nor on organization management power, but on labor contract. Employers with direction right concretize labor contract obligations through unilateral declaration of will. Therefore this right is neither a right of domination nor a right to claim, but a right of formation. Based on characteristics of continuous legal relationship, this right is a kind of filling formation right, which exists continuously and can be exercised repeatedly. The filling formation right and the traditional negative formation right, which aims at transient legal relationship, together form a complete formation right system. From the perspective of balancing production organization requirement of employers and protection of employees, the direction right is subjected to hierarchical restriction as a residual right, to functional restriction as concretization of labor contract obligation, to object restriction as the right of production organization, and to rationality control as a discretionary right.

(责任编辑:姚佳)