

论劳动关系的法律属性:继续性债之关系的回归

沈建峰

内容提要:劳动关系法律属性的探究应依据劳动关系当事人之间权利和义务的特征性内涵展开并解决劳动关系的法律体系归入问题。劳动者承担的是一种从属性劳动义务,这种从属性劳动不是经济从属性或组织从属性,而是指受指示约束或由他人决定的劳动,也即人格从属性劳动。对这种以人格从属为特征性内涵的法律关系的属性界定,先后经历了人法关系说、共同体关系说等充满团体色彩的学说,人身关系或不平等关系的理论也由此而来。但基于债的关系客体是人的行为,用人单位的指示和决定是债的内容具体化等,应认为劳动关系既不是人身关系,也不是不平等关系,而是用人单位享有劳动给付具体化权的继续性债的关系。以继续性债的视角反观劳动关系的特征、核心构成与权利义务构造,是理解和研究劳动关系的重要切入点,也成为解释劳动关系的重要理论依据与基础。

关键词:劳动关系 人格从属性 继续性债 劳动给付

沈建峰,中央财经大学教授。

一 问题的提出

劳动关系的法律属性是劳动法研究中备受关注的问题,经典而流行的观点是,劳动关系与其他法律关系,尤其是与民事法律关系相比,最大的特征在于其法律属性的双重性:劳动关系既包含人身关系又包含财产关系,是形式平等和实质不平等(从属性)的法律关系。^[1]学者们据此论证劳动法相对于民法和其他法律部门的独立性,并提出劳动法制度设计的特殊要求:“劳动关系呈现出双重属性融合的现象,各种属性都具有

[1] 参见《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;王全兴著:《劳动法》(第四版),法律出版社2017年版,第33页;林嘉主编:《劳动法和社会保障法》(第四版),中国人民大学出版社2016年版,第11页;郭捷、冯彦君、郑尚元、谢德成著:《劳动法学》,高等教育出版社2014年版,第14页。

各自不同的法律需求,而劳动法的制度设计则需要满足劳动关系的这种结构性法律需求”;^[2]并据此解释劳动法上相关制度的存在根源,例如认为,“基于劳动关系的人身属性,一方面产生了劳动者忠实地维护用人单位利益、不断提高劳动技能、服从用人单位劳动纪律的义务;另一方面产生了用人单位保护劳动者生命安全、身体健康和职业培训的义务”。^[3]在实践中,劳动关系的人身关系或不平等关系属性也是法院在劳动关系认定^[4]及劳动法律适用^[5]时经常提及的论据。但何为劳动关系的人身关系、不平等关系、从属关系或者隶属关系属性?这些法律属性从哪里来?作为用于论证劳动法的制度设计、法律适用的概念,其如何以及能否在逻辑上完成论证使命?作为否定劳动法属于私法的论据,在法学体系上又会将劳动法引入何方?从目前的理论和实践来看,人身关系和不平等关系理论,一方面其不足以证成劳动法调整对象的独立性,因为我国民事法律向来就将身份关系纳入自身的调整对象;另一方面其掩盖了劳动法自身的逻辑和本身的属性。从更宏大的劳动法发展史和思想史来看,身份、隶属、平等、不平等恰好正是百年劳动法发展中不断碰撞并在思想和方法上促进整个劳动法发展的命题。有鉴于此,我们有必要反思劳动关系的法律属性,探究现有学说产生的根源以及劳动法学发展中的各种思潮及其内在逻辑,并最终提出社会主义市场经济条件下我国劳动关系的应然法律属性及其在构建劳动法的制度体系时的内在原理。

但要解决上述问题首先需要方法的革新。从法学角度探究劳动关系法律属性首先应坚持规范视角,“法律关系就是法律所规定的法律主体之间的规范性关系”,^[6]劳动关系本身是一种法律关系、一种权利和义务关系,其法律属性界定应从当事人之间关系的规范内涵,也即权利和义务内涵展开。其次应坚持体系视角。探究法律关系的法律属性,本质上是在法律制度体系中对法律关系进行归入,“任何法律关系都处于相应的法律制度之下,也即其类型之下,并被类型以同样的方式所支配……所有法律制度都关联着存在于一个体系中,并且只有在该体系的大关联中其才能被理解,其在该关联中也展示了同样的互相关联、不可分割的属性”。^[7]通过探究法律关系属性而完成体系归入,一方面可以实现法律规范自洽的逻辑体系构建;另一方面则有助于对法律关系本身的理解和法律适用,即在体系中才可以准确理解法律关系的实质。这些正是对其法律属性进行研究的目

[2] 王全兴著:《劳动法》(第四版),法律出版社2017年版,第35页。

[3] 《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。

[4] 最常见的表述一般是“劳动关系是在劳动过程中形成的一种稳定的,兼有人身关系和财产关系的特定的社会关系,其中人身隶属性是劳动关系的本质特征”。参见北京市高级人民法院(2019)京民申1022号民事裁定书;类似的表述在各级法院的判决中俯首皆是,参见四川省高级人民法院(2016)川民申2663号民事裁定书、山西省高级人民法院(2015)晋民申字第209号民事裁定书等。

[5] 例如对劳动合同违法解除后的继续履行问题,法院就认为,“劳动合同所确立的劳动关系既具有一般民事关系平等自愿的性质,又具有一定人身关系的特点;平等自愿的性质决定了民事主体不能强迫相对方建立民事关系,如不能强买强卖,不能强行建立劳动关系等;人身关系更是不能强制建立和维持,如婚姻关系,劳动关系也是如此,劳动合同的履行是用人单位和劳动者之间双向选择的结果。”参见广州市中级人民法院(2015)穗中法民一终字第5510号民事判决书。类似的说理参见金华市中级人民法院(2019)浙07民终4044号民事判决书等。

[6] 朱虎:《萨维尼视野中的法律关系的界定》,《比较法研究》2009年第3期,第49页。

[7] Savigny, System des heutigen Römischen Rechts, Band 1, 1840, S. 11.

的所在。坚持规范视角和体系视角,本质上就是坚持法教义学的视角。^[8] 按照上述思路,所谓劳动关系法律属性的确定是指从劳动关系当事人权利和义务的内涵出发探究劳动关系的制度归入和体系生成。而劳动关系与其他法律关系相比,其权利义务内涵最大的特点在于劳动者承担的是一种提供从属性劳动的法律义务,“劳动从属性是劳动法的基础概念,是决定劳动法基本性质的要素”。^[9] 因此,应从从属性劳动角度讨论劳动关系的法律属性:从属性劳动是什么,从什么性质的法律关系中可以产生一方当事人提供从属性劳动这一法律义务,则劳动关系就具有这种法律关系属性。尤其是,当前关于从属性劳动者的讨论多是一种孤立的、就事论事式的讨论,而实际上劳动关系是一种持续的、劳动者受指示约束或由他人决定的关系,特别是现代用工形态不断丰富,孤立的从属性劳动视角尚难以解释劳动关系的核心架构,是否应融入更多基础理论视角,当下殊值思考。

二 从属性劳动的基本内涵:从多元到一元

(一)从属性劳动的多元内涵

对劳动关系法律属性的确定应从从属性劳动展开,但关于从属性劳动的内涵在现有文献中却存在两方面不确定:其一,从属性形态不确定。主要存在二元论和三元论的分歧。^[10] 二元论认为劳动关系中的从属性就是人格从属性和经济从属性,^[11] 不认为有组织从属性存在,主张“组织从属性并非劳动者的特有属性,雇主和雇主代表同样也是企业、经济组织的成员,这样的界定标准显然不够合理”。^[12] 三元论则主张“对劳动关系的从属性,有人格从属性、组织从属性和经济从属性三种理解”。^[13] 其二,人格从属、经济从属和组织从属具体内涵不确定。不论是二元论还是三元论或者同样主张三元论的学者都在使用上述三个从属性概念,但其所述的内容却并非一致,同样的概念之下掩盖的差异化内容导致分歧进一步加剧。

就人格从属性而言,相关观点比较一致之处在于,认为“人格从属性相对于人格独立或者自主决定而言,其侧重点在于,劳动者受雇主控制程度较高而失去独立人格,即劳动者从事何种劳动、运用何种手段劳动、工作时间和地点等事项,受到雇主比较高程度的控

[8] 参见许德峰:《法教义学的应用》,《中外法学》2013年第5期,第937页。

[9] 田思路:《技术从属性下雇主的算法权力与法律规制》,《法学研究》2022年第6期,第132页。

[10] 此外还有学者提出“技术从属性”的概念,认为“技术从属性是劳动者在劳动过程中受雇主生产资料(劳动工具)的技术控制所体现出来的从属性”。但是正如作者所提出的“将其视为独立分类的从属性还是纳入人格、经济、组织从属性,并不是问题的实质”,所以本文对其不作单独分析。参见田思路:《技术从属性下雇主的算法权力与法律规制》,《法学研究》2022年第6期,第132页。

[11] 参见董保华、邱婕:《论劳动法主体的界定》,载董保华主编《劳动合同研究》,中国劳动社会保障出版社2005年版,第76页;林嘉著:《劳动法的原理、体系与问题》,法律出版社2016年版,第95页。

[12] 董保华、邱婕:《论劳动法主体的界定》,载董保华主编《劳动合同研究》,中国劳动社会保障出版社2005年版,第76页。

[13] 王全兴著:《劳动法》(第四版),法律出版社2018年版,第36页;郭捷、冯彦君、郑尚元、谢德成著:《劳动法学》,高等教育出版社2014年版,第15页。

制”。^[14] 也有学者在上述用人单位指示、决定劳动者劳动内容、控制劳动者等内涵之外,增加了用人单位将劳动者纳入其生产组织作为人格从属性内涵。^[15] 但劳动者加入用人单位组织,在有些学者看来,指的其实是组织从属性。“组织从属性的侧重点在于,劳动者的劳动被纳入雇主的生产经营系统,而成为其中的一个组成部分或必要环节;劳动者因而就成为雇主的劳动组织成员,在劳动中承担作为劳动组织成员所应负的遵守雇主的规章制度、保守雇主的商业秘密等义务。”^[16] 但这种劳动者加入用人单位组织却被有些学者称为经济从属性。“经济的从属性,即劳动者纳入雇主的组织机构,劳动者并不是为自己劳动,而是从属于他人,为他人之目的劳动,因此显然表明了经济上的不独立性。”^[17] 该观点中的为他人劳动,在有的学者观点中又被作为人格从属性,“劳务给付的利他性”是从劳动者角度确定的人格从属内涵。^[18] 此外,关于经济从属性尚存在种种其他不同观点,例如“经济实力强弱差异说”,主张“经济从属性的侧重点在于,把经济实力强弱的差异作为具有从属性的原因”。^[19] “经济上的依赖关系说”,认为经济从属性“即劳动者对其相对人存在经济上的依赖关系”。^[20] “经济地位附属说”,认为“经济的从属性,是指劳动者在提供劳动、参与经济活动时,处于附属于用人单位的经济地位,其劳动活动从属于用人单位的经营活动,其自身亦是用人单位组织结构的组成部分”。^[21]

总体来看,目前关于从属性劳动内涵的观点不一,对这一来自其他市场经济国家和地区的概念,经典教科书的分析多是点到即止,理论文献关于从属性的研究更多关注认定从属性的具体指标,而对从属性的抽象内涵近一两年才开始有专门讨论。^[22] 从法学理论角度看,从属性劳动的内涵决定了劳动关系的法律属性以及对其进行体系归入和规范推演的可能;从法律规范构成要件角度看,从属性劳动是劳动法律规范所有法律效果依赖的构成要件;从法律适用角度看,从属性劳动的内涵是识别从属性认定具体标识的指引,尤其是类型化方法^[23]或者综合认定劳动关系^[24]的方法引入后,确定从属性劳动的质的定性就显得更为必要。因此,有必要改变从属性劳动认识的标签状态,回归对其本质内涵的认识。

(二)从属性劳动的一元内涵:人格从属性

不必纠结于上述人格从属、经济从属以及组织从属等名称和分类,总结以上梳理,我国学者总体是将如下内容确定为从属性劳动的内涵:其一,劳动者服从用人单位指示,遵

[14] 王全兴著:《劳动法》(第四版),法律出版社2017年版,第36页。

[15] 参见林嘉著:《劳动法的原理、体系与问题》,法律出版社2016年版,第95页。

[16] 王全兴著:《劳动法》(第四版),法律出版社2017年版,第36页。

[17] 林嘉主编:《劳动法和社会保障法》(第四版),中国人民大学出版社2016年版,第12页。

[18] 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》,《法学》2021年第2期,第167页。

[19] 王全兴著:《劳动法》(第四版),法律出版社2017年版,第36页。

[20] 侯玲玲、王全兴:《劳动法上劳动者概念之研究》,《云南大学学报法学版》2006年第1期,第67页。

[21] 林嘉著:《劳动法的原理、体系与问题》,法律出版社2016年版,第95页。

[22] 参见田思路:《技术从属性下雇主的算法权力与法律规制》,《法学研究》2022年第6期,第132-150页;肖竹:《劳动关系从属性认定标准的理论解释与体系构成》,《法学》2021年第2期,第160-176页。

[23] 参见沈建峰:《数字时代劳动法的危机与用工关系法律调整的方法革新》,《法制与社会发展》2022年第2期,第119页。

[24] 参见冯彦君、张颖慧:《“劳动关系”判定标准的反思与重构》,《当代法学》2011年第6期,第93页。

守用人单位规章;其二,用人单位掌握生产资料,劳动者处于经济弱势地位,工资收入是生活的基本来源;其三,劳动者纳入用人单位组织,成为用人单位成员。就上述三者而言,“劳动者服从用人单位指示,遵守用人单位规章”是最没有争议的从属性劳动的内涵。我国现行政策性文件也将“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”作为认定劳动关系的标准。从其他国家的情况看,“德国法和欧盟法界定的共同标准在于指示权,指示权通常表达了从属性关系”。^[25] 唯需进一步讨论的是后两者。

“用人单位掌握生产资料,劳动者处于经济弱势地位,工资收入是生活的基本来源”是最直观、最早进入从属性内涵考虑的内容。这是因为,工业时代初期的社会问题主要体现在用人单位掌握生产资料,劳动者作为无产者以收入为生活基本来源,劳动者处于贫困状态。最早关注劳动者问题的是经济学、社会学等研究者,其主要是从经济社会现象角度展开对从属性劳动的探究。^[26] 在我国,劳动法研究的政治经济学语境也会促使学者将经济方面的考量纳入从属性内涵确定中。不可否认,时至今日上述经济因素依然是劳动关系问题产生的深刻根源,很多时候也成为从属性劳动的“因”。但首先,现代社会劳动者的收入来源越来越多元化,很多应然意义上的劳动者已不再依赖于工作收入而生存。其次,随着服务业等领域的兴起,轻资产的企业越来越多,传统意义上的用人单位对生产资料的控制在这些企业中必然陷入解释困境。再次,生产资料和劳动力的依附在一定程度上是相互的,“劳动合同满足了企业主和劳动者相互需求。它为企业家创造了必要的生产要素:劳动力;为劳动者创造了对生产过程的参与,进而是其生计的维持”。^[27] 将上述意义上的从属性引入劳动关系就会得出劳动者和用人单位相互依附的结论,这样一来,劳动者特殊保护的基础荡然无存。最后,在规范层面,直接将上述社会经济现象纳入从属性劳动的法学的内涵存在如下问题:在规范设计上,从劳动关系构成要件角度看,他人提供生产工具,劳动者处于经济弱势地位,劳动收入是生活的基本来源等在不存在劳动关系的场合也能出现,很多国家都承认的“类劳动者”,其重要特点就在于“类雇员从该合同关系中获得的收入构成了他主要的经济来源”。^[28] 从法律效果角度看,劳动关系作为法律关系,其结构特点在于当事人满足了从属性劳动的构成要件则在其之间产生以劳动者提供从属性劳动、用人单位提供劳动报酬为主义务的法律关系。但劳动者处于经济弱势地位、劳动收入是生活的基本来源等无法成为权利和义务内容,无法作为劳动者承担的义务以及用人单位义务范围的基础。此外,经济上处于弱势地位,法律就让对方当事人承担更多义务,似乎难以解释劳动法存在的正当性基础,对其他劳动力提供者来说也是不公平的;在认定劳动关系的裁判中,裁判者不会也不应该根据劳动者的收入状况决定其是不是劳动者。所以,用人单位提供生产资料、劳动者处于经济弱势地位、劳动收入是生活基本来源不应成为从属性劳动的内涵。从其他国家和地区的理论和司法实践来看,目前基本上都

[25] Rinck, Der Arbeitnehmerbegriff im Wandel - Entwicklungen und Perspektiven, RdA 2019, 127, 129.

[26] Vgl. Becker, Arbeitsvertrag und Arbeitsverhältnis in Deutschland, 1995, S. 213.

[27] Gast, Das Arbeitsrecht als Vertragrecht, 1984, S. 43.

[28] Hromadka/Maschmann, Arbeitsrecht, Band I, Individualarbeitsrecht, 2015, S. 14.

将其排除在从属性劳动内涵之外。^[29]

生产组织首先不是一个物质上的存在,而是一个制度上的存在,是用人单位的管理、安排、用工规则等将静态的生产工具和劳动力组合起来形成生产组织。当生产组织依赖于用人单位的指挥、安排等权力时,劳动者加入组织、成为组织的成员等实际上也就表现为听从用人单位指挥、遵守用人单位规章等。这样一来,加入用人单位组织,成为其成员作为从属性劳动独立内涵的意义就大大降低了。为此,有学者提出,“没有对劳务提供者的指示权就不可能存在劳动关系,反过来加入组织是以指示权为前提的。完全不受指示约束的劳务提供者通常不是雇员。”^[30]虽然也有学者认为,即使加入组织(Eingliederung)主要是服从指示的结果,加入组织也有其独立价值,这是因为“加入他人组织不仅仅源自于服从指示,也可能源自于合同建构的特别情况和合同的实施”。^[31]但是数字时代到来后,随着有形劳动组织体的解构,加入组织的观念受到进一步挑战,“加入他人组织在确定劳动关系时的作用越来越小”。^[32]实践和理论也因此发生变化。“因为合同建构的特别情况和合同的实施”产生的从属被称为“他人决定”(fremdbestimmt)而单独进行讨论。“他人决定”这一标识在某些合同关系中发挥重要作用,在这些合同关系中,就内容、地点、时间状况等的指示约束在数字世界中作为区分标识是苍白的。^[33]在这些合同关系中,是用人单位对生产流程、程序等的设计而不是“指示”决定和控制劳动者行为。从从属性本身的讨论来看,当服从指示和他人决定都被独立出来后,就没必要舍近求远回到“劳动者纳入用人单位组织,成为用人单位成员”,将其作为认定劳动关系的因素,而应直接讨论服从指示和他人决定的问题。

综上,在当下将受指示约束或他人决定作为从属性劳动内涵的立场^[34]是值得赞同的,符合我国现行法的实际,也能满足数字时代从属性劳动认定的需要。就术语使用而言,上述“受指示约束或他人决定”两种从属性内涵都可以归入人格从属性之下,而没有必要再强调组织从属性的独立功能。其理由在于:其一,如上所述,在传统劳动关系中,加入生产组织体为认定的因素,但当代劳动用工发展的重要趋势就是去组织体化。^[35]在组织体难以判断时,加入组织也就无从谈起,反而易于引发误解。其二,加入组织与他人决定或者服从指示相互交叉,难以清晰区分,从制度角度看,加入组织是二者的结果。这也是前述我国不同学者在组织从属和人格从属问题上交叉使用相关内容的原因。其三,增加新概念对问题解决并无理论或实践意义,劳动关系认定并未因为组织从属还是人格从属发生变化,相关术语只是增加了区分负担。其四,从属性所表达的是劳动者因为法律上

[29] Vgl. Zöllner/Loritz/Hergenröder, Arbeitsrecht, 5. Aufl. 2015, S. 45;郑爱青著:《法国劳动合同法概要》,光明日报出版社2010年版,第26页。

[30] Zöllner/Loritz/Hergenröder, Arbeitsrecht, 5. Aufl. 2015, S. 49; vgl. auch Hueck/Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts, Band I, 7. Aufl. 1963, S. 43.

[31] Junker, Grundkurs Arbeitsrecht, 15. Aufl. 2016, S. 54.

[32] Rinck, Der Arbeitnehmerbegriff im Wandel - Entwicklungen und Perspektiven, RdA 2019, 127, 129.

[33] Vgl. Preis, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 18. Aufl. 2018, § 611a BGB Rn. 10.

[34] Vgl. Rinck, Der Arbeitnehmerbegriff im Wandel - Entwicklungen und Perspektiven, RdA 2019, 127, 129.

[35] 参见沈建峰:《去组织体化用工及其当事人确定与责任承担》,《政治与法律》2022年第8期,第2页。

的原因而不能自主劳动的状态,人格的本质是自由,使一方当事人的自由受到另一方指示或者安排的生产过程限制,实际上等于使一方的人格受制于另一方,所以这种从属就是人格从属性。故此,本文以“人格从属性”指称上述内涵,形成一元的从属性理论。

在确定受指示约束或他人决定的劳动是从属性劳动的基本内涵,而承担从属性劳动的义务是劳动关系最具特征性的内容后,进一步探究劳动关系的法律属性之时,就需要讨论从什么性质的法律关系中可以产生这种受指示约束或他人决定的劳动义务。对此,如果从劳动法的制度以自由用工为前提出发,^[36]则似乎从合同或者债的角度进行探究是顺理成章的思路。但囿于债的理论在 19 世纪末发展的不足,^[37]也因为历史传统的惯性等因素,一种人法或共同体的思路却占据了先机,在很长一段时间内成为解释上述人格从属性劳动的主要理论。受指示约束或他人决定的劳动源于人法、共同体还是债法关系这一问题,成为百年来劳动法发展中颇具争议的问题,对其认知也反映了法律和社会思潮的变迁史。

三 人格从属性劳动的制度归入:从人法到共同体

对于从什么性质的法律关系中可以产生受指示约束或他人决定的劳动义务这一问题,首先必然产生的法律思想上的冲突是,劳动法的制度以自由用工为前提,^[38]但劳动法产生之后却要在当事人之间产生一种以服从、由他人决定为特征的法律关系。这是团体主义的复归还是个人自由的特殊形式?其次这也涉及劳动关系的教义学结构展开:如何从从属性劳动这个原点推演出整个劳动法的权利和义务体系并解释其正当性。上述两个问题对劳动法学均具有根本意义。

(一) 人法的残留与兴衰

在受指示约束或他人决定的劳动出现之后,对其所在的法律关系进行法律定性和制度归入时,尽管在早期也有公法视角的认识,^[39]但在承认企业是自由、独立的市场主体的前提下,用人单位对劳动者的指示、约束绝对不可能是一种公法性约束。当无法从公法视角展开时,法学家们首先想到并且对后世影响深远的是从传统人法或身份法中寻求劳动关系的定性及其体系归入,将劳动关系理解一种人身关系或身份关系。以德国为例,无论是历史法学派日耳曼学派的基尔克还是罗马法学派的萨维尼都力图从人法角度解释劳动用工中的指示约束或者他人决定。基尔克认为,“德意志法上的雇佣合同植根于人法。其全身及细胞都是忠诚劳务合同(Treudienstvertrag)。”^[40]其原因在于,“忠诚劳务合同是

[36] Vgl. Becker, Arbeitsvertrag und Arbeitsverhältnis in Deutschland, 1995, S. 27.

[37] 1914 年基尔克发表了对继续性债的关系理论发展具有开创性的论文。参见 Girke, Dauernde Schuldverhältnisse, Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts, Bd. 64, 1914, 355-411。

[38] Vgl. Becker, Arbeitsvertrag und Arbeitsverhältnis in Deutschland, 1995, S. 27.

[39] Vgl. Bornhak, Das gewerbliche Arbeitsverhältnis, Annalen des Deutschen Reiches für Gesetzgebung, Verwaltung und Statistik, 1890, 647, 658.

[40] Gierke, Deutsches Privatrecht, Band 3, 1917, S. 593.

保留自由并自我委身于他人监护权之下以换取持续的保护和供养的允诺”,^[41]同时还因为“德意志法上的雇佣合同保留了创设主和仆观念的忠诚义务”。^[42]而在萨维尼的理论中,“普鲁士一般邦法非常正确地没有将劳务供给法置于合同法中,而是将其置于人法中。”^[43]对萨维尼来说,“至少对于劳务供给关系(Dienstbotenverhältnis)是有必要通过人法性的家庭法给予特殊保护的。对部分劳动合同应通过家长式组织的人法来具体解释其自由的不充分”。^[44]

人法思想进入从属性劳动的解释中,在当时的社会观念上是自然而然的。德国劳动法之父辛茨海默(Hugo Sinzheimer)在解释劳动关系中的从属性劳动时,就承继了基尔克的思路,主张“从属性劳动是在一种法律上的权力关系(Gewaltverhältnis)中提供的劳动。它起源于旧的家族或领主团体……尽管时至今日整个法律关系发生了根本性变化,旧的家庭或领主权力不再存在,但在旧的父权(patria potestas)和监护权力中体现出来的权利内核在当今并未死亡,它以从属性劳动的新形式继续存在”。^[45]人法思路是一战后很长一段时间劳动法理论中的关于从属性劳动的主流解释方案。^[46]直到二战后,人法关系观念在人法性共同体幌子下依然若隐若现地继续存续。^[47]在我国,史尚宽先生1934年出版的《劳动法原论》也已经提到,“劳动关系于债的经济要素之外,实含有身份的、社会的要素,与民法上单纯的债之关系及纯经济的雇佣关系不同。”^[48]从其所处年代和文献使用来看,这依然是德国当时理论影响的结果。考虑到我国法学对德国法学的继受以及日本和我国台湾地区法学对大陆劳动法的影响,上述人法的观念应也是我国现行理论中人身关系论的来源。

无疑,传统的人法包含着对人本身进行支配的观念,可以解释“受指示约束或他人决定的劳动”这一现象。但从法学和劳动法发展的历史过程来看,人法关系或者人身关系的命题却存在如下难以克服的障碍:其一,劳动法之所以生成,其基本的使命应当是劳动者的解放和自由,但通过以身份法为基本内容的“人法”定性,劳动者却要回归到身份关系中,这种定性方案在思想取向上是逆历史潮流的。其二,人法关系定性并没有解决其要解决的问题。对传统债法关系用工的批评在于其将人作为交易对象,劳动力被商品化,人被“物化”,因此才提出人法的解释方案。但“人法的观察方式则基本上设置了对人的支配。人本身被置于雇主支配权之下,其本身物化了。物化并没有清除,而是借助于人法因素而被掩盖了”。^[49]其三,从法律效果看,将劳动关系论证为人法关系是试图通过类推家庭法的规则,进一步引申出用人单位对劳动者的照顾和保护义务。但“对合同当事人利

[41] Gierke, Deutsches Privatrecht, Band 3, 1917, S. 594.

[42] Gierke, Deutsches Privatrecht, Band 3, 1917, S. 596.

[43] Savigny, System des heutigen römischen Rechts, Band 1, 1840, S. 367.

[44] Becker, Arbeitsvertrag und Arbeitsverhältnis in Deutschland, 1995, S. 124.

[45] Sinzheimer, Grundzüge des Arbeitsrechts, 2. Aufl. 1927, S. 11.

[46] Vgl. Jacobi, Grundlehren des Arbeitsrechts, 1927, S. 49; vgl. auch Richter, Arbeitsrecht als Rechtsbegriff, 1923, S. 24.

[47] Vgl. Hueck/Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts, Band 1, 7. Aufl. 1963, S. 129.

[48] 史尚宽著:《劳动法原论》,世界书局1934年版,第2页。

[49] Spiros, Die faktischen Vertragsverhältnisse, 1957, S. 281.

益的顾及和人法并没有关系,它最终以民法上的所有保护规范为基础……在这种情况下,最好追溯到合同的保护特征或者照顾义务,而不是提所谓的人身结构”。^[50] 更重要的是,传统家庭法通过血缘、道德关系等纽带,不仅带来了对人的支配,更带来了对人的照顾,而劳动关系因为缺乏血缘、道德关系的纽带,将其论证为人法关系,就只能带来支配,却不能带来保护和照顾。其四,什么是人法,本身在内涵上就是一个不确定的概念。现代法中并没有人法的一般制度,萨维尼尽管认为劳动合同应归入人法,但在其著述体系中并无入法的论述。当人法的内涵不清楚并因此而不稳定时,所谓“人法性”逐渐就沦为了一个谁都可以贴的标签,而无法展开论证。其五,人法中包含的身份思想会被进一步移用到其他社会身份和阶级身份中,从历史发展来看,“归入人法(的观点)同时为阶级法的萌芽发挥实质性决定作用。劳动关系就被追溯到劳资对立上去了”。^[51] 正是因为上述种种原因,尤其是随着二战后对人的尊严和自由的再次重视,人法的解释日渐衰微。此后,即使人们提到人法性,所论及的也不是人身关系内涵,而是强调它涉及劳动者的人格或者需要劳动者亲自履行。这种意义上的人法因素是所有具有亲为义务特点的债权债务合同共同的特征,而不只是劳动关系的特征。人法性或者人身关系属性已经名存实亡了。

(二) 共同体关系的缘起与内涵蜕变

在组织体中也可以实现成员受指示约束或被他人决定。所以,在从人法或者人身关系角度讨论劳动关系法律属性的同时,一种关于劳动关系是共同体关系的认识已经开始出现。这是因为人法或者人身关系本身也具有一些共同体因素的法律范畴,只是在一段时间内,人们认识的重心在于强调其人身关系属性。在人身关系的面向逐渐衰退的过程中,共同体关系的一面逐渐走上前台,“人法性源自于全部人身受约束,被人支配或者共同体思想。在没有人身全部受约束,没有支配性时,就回到了共同体上”,^[52] 共同体成为解释受指示约束或他人决定的劳动的新基础。与此同时,法外的因素,也即社会学、经济学以及政治经济学视角对企业的认识也在支撑这种共同体学说:^[53] 从社会学或者经济学的角度来看,生产过程中的劳动关系是在一个组织体中完成的。此外,一定时期内团体主义主导的意识形态也会促进将劳动关系做共同体关系理解。在上述种种因素影响下,劳动关系是一种共同体法律关系或者人法性共同体关系的观点成为二战前后非常主流的关于劳动关系法律属性的认识。^[54] 关于劳动关系具有不平等关系等的认识,基本都是从劳动者在共同体中的地位角度展开的。

尽管共同体观念在很长时间内都是解释劳动关系法律属性的主流意见,但共同体关系内涵的重心却处于迁移过程中,大概经历了从具象的组织体为重心到抽象的忠实和照

[50] Wiedemann, *Das Arbeitsverhältnis als Austausch- und Gemeinschaftsverhältnis*, 1966, S. 37.

[51] Fischinger, in: *Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht*, Band 1: Individualarbeitsrecht, 4. Aufl. 2018, § 3 Rn. 18. Vgl. auch Hueck/Nipperdey, *Lehrbuch des Arbeitsrechts*, Band 1, 7. Aufl. 1963, S. 131.

[52] Wiedemann, *Das Arbeitsverhältnis als Austausch- und Gemeinschaftsverhältnis*, 1966, S. 40.

[53] Vgl. Potthoff, *Die Einwirkung der Reichsverfassung auf das Arbeitsrecht*, in: Ramm (Hrsg.), *Arbeitsrecht und Politik*, 1966, S. 24.

[54] Vgl. Kaskel/Dersch, *Arbeitsrecht*, 5. Aufl. 1957, S. 113; Hueck/Nipperdey, *Lehrbuch des Arbeitsrechts*, Band 1, 7. Aufl. 1963, S. 131; Nikisch, *Arbeitsrecht*, Band 1, 1961, S. 162.

顾义务为重心的变迁;同时共同体观念的内涵也在不断溢出劳动者和用人单位之间的关系。尼佩代(Hans C. Nipperdey)等对劳动法现代理论影响至深的学者更多是认为,“人法性共同体关系要表达的是,劳动关系不仅是单纯的财产价值性给付的交换,也即劳动对工资,而是在双方当事人之间建立了密切的人格关系(persönliche Beziehungen),该关系对当事人双方产生了远超诚信原则的忠实义务。”^[55]组织体的一面退居幕后,忠实和照顾义务成为共同体关系的基本内涵,并从忠实义务影影绰绰地再次看到人身关系的影子。在共同体理论和实践蓬勃发展的过程中,其内涵也在不断膨胀,超越了劳动者和用人单位之间关系。根据学者们的总结,在劳动关系的领域“存在三种共同体约束:经营共同体、员工共同体和雇主与劳动者的关系。经营共同体是一种包含雇主和所有工厂成员的社会群体;员工共同体指的是同一工厂中所有员工的整体。这两种共同体与劳动关系明显区别的特征是,经营共同体和员工共同体涉及一种事实上的、通过用工自动出现的共同体;而劳动关系是与合伙合同一样的共同体,它们仅通过参与人的意志建立起来”。^[56]很显然,这三种共同体约束的并不都是劳动者和用人单位之间的关系。

共同体学说可以很好地解释劳动关系中受指示约束或他人决定的劳动这一现象,并基于其组织法特点进一步衍生出当事人之间的忠诚和照顾义务,经营共同体、员工共同体的观念也有助于解释工厂委员会、停工时的风险负担等集体劳动法上的现象。但共同体观念基于其在制度、价值等层面存在的问题,在现代劳动法中应被放弃。在德国,“在新的文献中,人法性共同体关系这一概念已经被抛弃了。它对于解释劳动合同的内容并无贡献”。^[57]究其具体原因,主要包括如下方面:其一,制度论上的缺陷。共同体学说在实证法上并没有制度作为依据,也不能解决劳动关系的法律适用问题。现代法律中并没有一般性的共同体制度:劳动法未设计出共同体规则,民法中也没有一般性的共同体规则,“德国民法典并未包含关于共同体法的一般规则”。^[58]我国《民法典》也是如此。其二,价值论上的矛盾。劳动法的目标在于在市场配置劳动力资源的前提下,实现劳动者的自由和自治。但共同体关系之下,“劳动关系最终被视为社会法上的组织关系,它不仅通过当事人的意思来建构,而且也通过大众的需要和工厂的需求来建构”。^[59]在一定时期的发展中,“必然导致劳动合同从劳动关系的首要前提转换为只具有边缘意义的现象,工厂规章和实际提供的劳动代替了劳动合同,劳动合同失势下台了”。^[60]共同体学说发展的重要趋向就是从企业实际用工、劳动者加入企业或者劳动者的劳动中推导出共同体的存在,再从共同体的存在和需要中推导出当事人的权利和义务。其直接的效果就是从用工事实,社会需要等发现劳动关系中的权利和义务。^[61]劳动关系双方,包括劳动者的意

[55] Hueck/Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts, Band 1, 7. Aufl. 1963, S. 131.

[56] Wiedemann, Das Arbeitsverhältnis als Austausch- und Gemeinschaftsverhältnis, 1966, S. 40.

[57] Schaub, Arbeitsrechts-Handbuch, 18. Aufl. 2019, § 29 Rn. 6.

[58] Wolf, Grundlagen des Gemeinschaftsrechts, AcP 1973, 97, 97.

[59] Spiros, Die faktischen Vertragsverhältnisse, 1957, S. 321.

[60] Simitis Spiros, Die faktischen Vertragsverhältnisse, 1957, S. 321.

[61] Vgl. Potthoff, Die Einwirkung der Reichsverfassung auf das Arbeitsrecht, in: Ramm (Hrsg.), Arbeitsrecht und Politik, 1966, S. 24.

志如果被忽视,那么,自由、自治与市场也就无从谈起了。其三,目的论上的瑕疵。以保护劳动者为主要目标的制度经过这样的解释,反而给劳动者带来更多的负担。从形式上看,在共同体中劳动者承担忠诚义务,用人单位承担照顾义务。但共同体包含的支配内涵,导致劳动者承担没有边际的所谓忠诚或忠实义务。“狭义的忠实义务遍布于真正的共同体。它使所有成员不去从事任何伤害共同体利益以及为共同体目的所涵盖的成员利益之事;除此之外,还应在共同体所的活动框架内促进上述利益。”^[62]其四,方法论上的不足。共同体的学说更多是将社会学、政治经济学等领域的概念直接使用到了劳动法中。但“在社会学中并不存在确定的、科学上可靠的关于共同体结构和内容的观点”。^[63]这就导致共同体的概念进入法学后依然处于内涵不确定状态。^[64]经常被引以为据的共同体关系更多已经不是劳动者和用人单位之间的关系,而是经营共同体、员工共同体的观念在发挥作用。这实际上也导致对劳动法中共同体问题的讨论并不在一个范畴中展开。

(三) 劳动关系作为合伙关系:合作生产的乌托邦

在共同体关系的思想陷入困境之时,一种将劳动关系解释为合伙关系的观念开始出现。事实上,尼佩代在论证劳动关系的共同体属性时,已多少提到了该思路,认为“劳动关系是一种人法上的共同体关系,劳动合同是一种建立共同体的合同,与其相似的不是买卖合同,而是合伙合同(Gesellschaftsvertrag)”,^[65]只是并未深入讨论。1986年,阿多迈特教授(Klaus Adomeit)提出,“典型劳动关系是一种混合法律关系,被混合的是雇佣合同的因素和民事合伙的因素——在合伙内部关系的意义上,《民法典》第705条以下的规定可以补充雇佣合同的规定。在劳动法的问题上,可能合伙法的特征是如此突出,以至于只能适用合伙法的规定。”他的理由主要在于:其一,雇主的管理等等也是一种劳动,雇主的劳动和劳动者的劳动共同指向经营目的,经营结果是劳动者和雇主劳动所得的基础;其二,劳动者之间也是休戚与共的,追求共同目标的关系;其三,“通过劳动合同的缔结设定了一个共同的目标,企业家的经营领导和资本投入与员工劳动力协作以实现分配和分红。”总体上来看,劳动者、用人单位投入劳动力和资本,追求共同的目标,这些都是劳动关系中的合伙因素。尽管阿多迈特教授对共同体的观点有些批评意见,^[66]并且其更多强调劳动者和用人单位的合作,而不是用人单位对劳动者的支配,但这种合伙关系的观点在一定程度上依然只是共同体思想的变种,合伙本身只是共同体的一种形态。^[67]

就合伙而言,如果将一个企业中的所有劳动者和用人单位本身都作为合伙人,追求共同目标,其首先是在根本上掩饰了劳动者和用人单位之间利益的对立,“雇主和劳动者之间的法律关系从不同角度更多是一种利益对立,在人们正确地不再将其称为阶级对立

[62] Hueck, Der Treuegedanke im modernen Privatrecht, 1947, S. 19.

[63] Schmidt, Kritische Gedanken zu Kollektivwirkung, Individualbereich und personenrechtlichem Gemeinschaftsdenken, AcP 1963, 305, 333.

[64] Vgl. Adomeit, Gesellschaftsrechtliche Elemente im Arbeitsverhältnis, 1986, S. 6.

[65] Hueck/Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts, Band 1, 7. Aufl. 1963, S. 129.

[66] Vgl. Adomeit, Gesellschaftsrechtliche Elemente im Arbeitsverhältnis, 1986, S. 6, 8, 9, 10, 11.

[67] 参见周江洪:《合伙合同的四个维度》,《财经法学》2022年第6期,第146页。

的情况下,这种利益对立却是不应掩盖的”。〔68〕 合伙关系理论也拟制了一个单位中劳动者相互之间追求共同利益的意愿,但劳动者订立劳动合同的目的并非是要与其他劳动者形成利益共同体。进而,企业即便实行民主管理,也尚未达到劳动者和用人单位作为“合伙人”共同经营的地步。共享收益和共担风险更无从谈起。尤其是,将劳动关系理解为合伙关系,将在根本上无法解释受指示约束或被他人决定的劳动,劳动关系是一种劳动者提供从属性劳动的法律关系这一基本定性将被打破。总体而言,劳动关系的合伙关系学说作为共同体学说的变种,只能算是一种劳动关系作为合作生产关系的乌托邦。反过来,从合同本身来看,所有合同都均包含有合作和共赢的因子。

尽管劳动关系的合伙理论存在上述问题,但考虑到合伙既有组织性的一面,又有债的一面,该理论其实在一定程度上已经表现出了从债的角度思考劳动关系的取向。只是在讨论的过程中人们过多关注了合作生产的面向,忽视了对受指示约束或被他人决定的劳动的解释,进而未能在根本上从债的角度展开,劳动关系的债的关系思维未能走向前台。

四 劳动关系作为劳动给付具体化的继续性债之关系

无论是将劳动关系的法律属性定位为人法关系还是共同体关系,都试图用市场交易以外的因素配置劳动力资源,决定劳动关系中的权利和义务。在经过近百年的探索又不断陷入理论困境,甚至政治经济恶果之后,重回交易关系或者债之关系成为认识劳动关系法律属性的应然方向。本文称其为劳动关系作为债之关系的回归。

(一) 债作为对人的约束

当论者们强调劳动关系涉及人本身,具有人身性时,更多是为了强调其相对于债的特殊性,这种特殊性建立在一个一再重复的命题的基础上:债和合同不涉及人本身,是财产关系,属于财产法。无疑,债法属于财产法,债的关系属于财产关系;但认为债之关系不涉及人本身却是完全错误的。在现代债法理论形成之时,萨维尼就指出:“我们应思考一种特别的法律关系。该法律关系可以是对他人的支配,但又不摧毁他人的自由……因此,这种支配必须不是对他人整体的支配,而是涉及其单个的行为。这种行为被从行为人的自由中区分出来,置于我们的意志之下。这种对他人单个行为的支配,我们称之为债。”〔69〕 在此基础上,形成了现代债法的基本认识:“债权的客体是债务人的行为,称为给付。”〔70〕 可以认为,债法通过将人本身和人的行为相区分,完成了协调债以人为对象与“人是目的不是客体”这一道德命题之间紧张关系的第一步。但无论如何不能否认,债以与人不可分离的人的行为为客体,而不是不涉及人本身。对合同来说也是如此。“合同的客体不是物,而是给付……劳动关系的客体是劳动给付,其也是给付。”〔71〕

〔68〕 Zöllner/Loritz/Hergenröder, Arbeitsrecht, 5. Aufl. 2015, S. 185.

〔69〕 Savigny, System des heutigen römischen Rechts, Band 1, 1840, S. 339.

〔70〕 梁慧星著:《民法总论》,法律出版社2017年版,第151页。

〔71〕 Wolf, Das Arbeitsverhältnis, 1970, S. 37.

在债以人的行为为客体这一命题基础上,债法协调债以人为对象与“人是目的不是客体”这一道德命题之间紧张关系的第二步是将债的效力设计为请求权。行为作为债权的客体,并不意味着债权人对债务人行为的直接支配,而是指债权人有权请求债务人履行特定行为。回到劳动关系,则意味着用人单位有权请求劳动者提供劳动给付,而给付作为人的行为依然取决于劳动者的意志,违背劳动者意志的直接支配劳动构成强迫劳动。用人单位的请求权与劳动者履行劳动给付的意愿,最终使劳动者成为了主体而不是客体。上述人法或者共同体法的理论一方面将人作为用人单位支配权的对象,另一方面希望通过模糊的身份、道德或者价值命题来限制支配权限或者要求据此给予劳动者特殊照顾,最终依然未改变劳动者本身成为他人实现利益的工具之格局。所以,劳动关系的债法定位比人法或者共同体法的定位更能维护劳动者的尊严和自由。

从上述思路出发,可以认为债通过将人本身与人的行为相分离,同时将对人的行为的效力从支配设计为请求,最终解决了一个价值命题(人是目的不是客体)与经济利益(劳动创造价值)之间的冲突,债的关系成为实现人的劳动向财产权利转化的桥梁,是人本身创造价值的法律工具。劳动关系作为以人的劳动给付为内容的法律关系,其与债的本质并不相左。就与人相关这点而言,其与一般债的差异仅在于劳动给付必须由债务人本人完成,属于债之关系中的亲为债务,而这依然是债之关系中比较普遍的现象。

(二) 劳动关系作为继续性债之关系

劳动关系是一种以劳动给付为主给付义务内容的亲为性债之关系这一命题,可以将劳动关系纳入债的关系之中,但其尚需在债法中找到更准确的位置。除了亲为性义务特征外,劳动关系另一重要特征在于其以时间为计算劳动给付量的基本标准并且劳动者不承担确保给付结果出现的义务,而根据债法的一般理论,“当合同典型的主给付义务仅通过时间因素确定并且给付结果和合同结束之间并不存在自动关联时则出现了继续性债之关系”。^[72] 故此,劳动关系是一种典型的继续性债之关系。长期以来劳动关系融入债法的困境,不仅源自劳动法对债法的误解,也源自债法本身制度模型的偏颇。传统债法以买卖合同为原型,不在一般制度中考虑继续性债之关系的制度设计特点,^[73] 引发其在劳动法的制度、理论和法律适用上的困境,进而导致对劳动关系的定位不断去其他领域寻找。^[74] 债法对劳动关系的不适性,不是源于劳动关系不是债之关系,而主要是源于劳动关系不是以买卖为原型的一时性债。

认识到劳动关系是一种继续性债之关系,则可以进一步解释:时间是给付的计量单位,劳动给付一旦履行就不能互相返还,由此引发了事实劳动关系和有瑕疵劳动关系理论的出现;时间和劳动不能分离,因此其履行障碍规则和风险负担规则不同于一般买卖合同等。所有这些都是继续性债的一般规则和理论的运用,也是劳动关系与租赁、借贷等继续性债之关系的共通之处。从规则发展来看,尽管因债之标的的差异性——劳动关系的标

[72] Oetker, Das Dauerschuldverhaeltnis und seine Beendigung, 1994, S. 706.

[73] Vgl. Oetker, Das Dauerschuldverhaeltnis und seine Beendigung, 1994, S. 13.

[74] Vgl. Adomeit, Gesellschaftsrechtliche Elemente im Arbeitsverhaeltnis, 1986, S. 5.

的是劳动给付,劳动关系与租赁等其他继续性债之关系相比有其特殊性,但这些共性足以支撑提炼出继续性债的一般规则。自主雇佣也是一种继续性债之关系,但在自主雇佣关系中,劳动力提供者享有较大的自由决定空间,劳动力使用者更多只是通过雇佣合同和相对人一起设计劳动力提供的基本框架,却不对劳动力提供者完成劳动给付的时间、地点等进行具体指示,不发生“受指示约束或他人决定”的劳动这一现象。除此之外,继续性债之关系也可以很好地证成劳动者和用人单位之间的忠实和照顾义务。“为了得到执行,大部分继续性债要求充满信任的合作或者在实现自己利益和完成所承担的行为时需要特别思虑周全和谨慎,因为在长时间的约束中任何人都比其他时候在更大程度上依靠于其他人的善意及保持融洽。在此,保持诚信的义务、人身性的顾及、忠实义务获得了提升的意义。”^[75] 忠实和照顾义务可以源自继续性债之关系,足以说明:一方面,“承认忠诚和照顾义务并不足以证成应选择共同体关系作为教义学论证的出发点”;^[76] 另一方面,人法和共同体观念也就没有必要了。

(三)“受指示约束或他人决定”作为劳动给付具体化权的结果

要将劳动关系定性为继续性债之关系,还必须解释债的请求权效力如何与上述“受指示约束或他人决定”的性质相协调,如何从债法的视角解释依附性劳动这一核心问题。从传统债法的角度看,这里涉及由一方当事人单方确定债之内容的现象。由于债是一种可期待的信用,面对未来展开,在债之关系建立时未必所有细节都可以即刻确定下来。因此,在传统债法中存在一方当事人单方补充和明确债之具体内容的内容,例如《德国民法典》第 315 条、《奥地利民法典》1063B 条的规定。在该债法的一般制度逻辑前提下,对劳动关系这种继续性债之关系而言,可以认为“雇主作为劳动债权的债权人可以通过单方法律行为的意思表示,在约定的合同类型内进一步确定劳动义务的内容和形态,”^[77] 用人单位单方确定劳动关系内容的权限,也就是用人单位指示权,是一种填补型形成权。^[78] 这种指示权的效果是,在用人单位通过指示权确定劳动给付具体内容后,劳动者有义务按照被具体化后的劳动关系内容来履行,提供“受指示约束或他人决定”的劳动。债的请求权效力和劳动者“受指示约束或他人决定”的人格依附性劳动在用人单位指示权的辅助下得到了统一。

尽管在许多债之关系中都存在单方确定债之内容的现象,但劳动关系中的用人单位单方指示与劳动者“受指示约束或他人决定”却有两方面影响深远的特征:

其一,劳动关系作为继续性债之关系,其突出特点在于长期存续。劳动关系中劳动的方式、时间、地点和内容等往往都无法事先预定,劳动合同空洞化,^[79] 这就导致在劳动关

[75] Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts Bd. 1, Allgemeiner Teil, 14. Aufl. 1987, S. 32.

[76] Fischinger, in: Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Band 1: Individualarbeitsrecht, 4. Aufl. 2018, § 3 Rn. 19.

[77] Wolf, Das Arbeitsverhältnis, 1970, S. 15.

[78] 参见沈建峰:《论用人单位指示权及其私法构造》,《环球法律评论》2021年第2期,第39页。

[79] Vgl. Fischinger, in: Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Band 1: Individualarbeitsrecht, 4. Aufl. 2018, § 3 Rn. 27.

系运行过程中需要用人单位单方确定内容的对象和广度远超一般的债之关系,也超越了自主雇佣关系(劳务关系)。劳动关系中用人单位的这种指示权是如此重要,以至于没有用人单位对劳动的安排和具体化,劳动义务可能就无法实现。同时,从劳动法的制度设计来看,所有其他协调劳动关系的机制,包括集体合同、劳动基准、用人单位规章等都是围绕着该单方确定权利的限制而展开。劳动关系协调机制的体系因此得以建立。

其二,单方确定债之内容的权利由用人单位享有。据此,用人单位可以根据经济形势而组织生产,规避经济风险并享有其利益,但同时这种单方决定必然也存在着侵害劳动者权益的风险;与用人单位这种权利相匹配,其应承担相应的义务,相对人也应享有相应的权利,劳动法总体上围绕用人单位的单方决定权来进行保护性的制度设计,例如解雇保护、劳动条件的法律控制等。

“继续性债之关系+用人单位指示”及由此引发的“受指示约束或他人决定”的劳动构成了劳动法制度设计的基本出发点。但此处确立的依然是一个交易关系模型:用人单位享有单方决定劳动者义务的权利,作为对价其承担保护劳动者的义务。只是这种交易不是在一个时间点体现出来,而是在劳动关系存续的整个时间段中展开。因此,如下观点是值得赞同的:“劳动合同在其整个领域具有交换性合同的特征。为劳动者提供的保护不应理解为人道的或者家长制的给付或者是指望雇主出于对自己利益而为的保护;也不需要将其建立在宪法中的社会国家原则、人类的人格尊严或者公共福祉基础上。它是为支配劳动力而承担的等价物。”^[80]

五 结 语

劳动关系中的从属性劳动是以“受指示约束或他人决定”为基本内涵的人格从属性。这种人格从属性既不是源于人法的人身关系,也不是源于共同体的不平等关系,而是源于用人单位享有劳动给付具体化权的继续性债之关系。劳动法的教义学结构应据此展开,具体而言:一方面应将继续性债的一般理论和规则运用于劳动关系领域,劳动关系的无效规则、履行障碍规则、解除规则等均应以此为起点进行教义学理解;考虑到一般债法中继续性债之关系规则尚不完善和全面,劳动关系研究应同时推动继续性债的理论完善。另一方面,应着眼于用人单位的劳动给付具体化权的控制,构建劳动法的规范体系:集体合同、用人单位规章、劳动基准法以及忠实和照顾义务等均应以此为基点展开。劳动关系也属于交易关系的范畴,只不过是一种长期性交易,用人单位承担的保护和照顾义务及其他社会负担的正当性基础更多是其享有劳动给付具体化权的对价。

[本文为作者主持的 2019 年度国家社会科学基金一般项目“劳动合同履行障碍规则体系研究”(19BFX177)的研究成果。]

[80] Wiedemann, Das Arbeitsverhältnis als Austausch- und Gemeinschaftsverhältnis, 1966, S. 16.

Legal Nature of Labor Relations - a Return to the Relationship of Persistence Obligation

[**Abstract**] The exploration of the legal nature of labor relations should not be a factual description. Instead, it should start with the basic meanings of rights and obligations between parties in labor relations and solve the problem of classification of labor relations in the legal system, namely, it should adhere to dogmatic methods. The characteristic connotation of a labor relation is that the employee undertakes a subordination labor obligation, which is neither economical subordination nor organizational subordination, but personal subordination. Its basic characteristic is the limitation of the freedom of the employee. From the point of view that the essence of personality is freedom, it is a labor relationship of personality subordination. The system classification of these legal relations, which take personality subordination as their characteristic connotation, has undergone a qualitative process of evolution from personal law relations to community relations, both of which have a strong community color, and theories of personal relations or unequal relations are also derived from this process. The personal law relationship theory believes that there is a status relationship between the employee and the employer, which leads to directive constrain on the employee. This theory, derived from the feudal tradition, has disadvantages in terms of ideology, the possibility of institutional formation, etc. The community relationship theory insists that a production community relationship is formed between the employee and the employer, which generates a relationship of subordination and the employee's compliance obligation. This theory has defects in institutionalism, contradictions in axiology, flaws in teleology and deficiencies in methodology. A variation of the community relationship theory is the theory of labor relations as partnerships. This theory, which confirms but exaggerates the element of cooperation in labor relations, is a utopia that treats labor relations as relations of cooperation. Generally speaking, the persona law relationship theory, the community relationship theory and the partnership theory all fail to explain the nature of labor relations. The objects of obligatory relations are human behaviors. With respect to the nature of obligatory claims, the confirmation of labor relations as obligatory relations would not derogate from an employee's personality. The main performance obligation in labor relations is mainly determined by the time factor, which is in line with characteristic of the relationship of persistence obligation. The legal technique of materializing the obligatory content through the employer's directions and decisions can well coordinate relations between the claim nature of obligation and the constraint by directions or other's decisions in labor relations. Therefore, labor relations are neither personal relations nor unequal relations, but a long-term transaction and persistence relations of materialization of the right to the performance of labor enjoyed by the employer. The dogmatic structure of labor law should be developed on this basis.

(责任编辑:姚 佳)