

《民法典》背景下劳动法与民法的关系

王全兴^{*}

内容提要 劳动交换关系法律调整中,劳动法与民法以劳动者保护为主题的分工合作,在我国迄今仍存缺口。劳动法与民法关系依托背景的中西差异表明,我国这种缺口的成因在于公法私法化/社会化过程中生成的劳动法与民法分立格局不足以应对劳动力市场灵活化。尽管背景不同,私法社会化理论对解释和解决我国这种缺口问题仍有参考意义。基于《民法典》的安排,立法上解决劳动者保护盲区不断扩大等问题,应当分类型、分层次地安排劳动法与民法分工合作,并完善与《民法典》相关规定对接的私法社会化立法。为弥补法律规范供给的不足,法律适用上应当对劳动争议案件适度补充适用民法规范,对非典型劳动关系适度从宽认定并有选择地参照适用劳动法规范,对民事雇用或准从属性劳务则作为无名合同参照适用最相类似的劳动法规范。

关键词 劳动法 民法 私法社会化 一般法与特别法

目 次

- 一、劳动法与民法关系依托背景的中西差异
- 二、劳动法与民法关系的法理解读
- 三、我国劳动法与民法关系的立法分析
- 四、我国劳动法与民法关系的法律适用分析

^{*} 上海财经大学法学院教授。石超对本文有一定贡献,特此致谢。

我国劳动法与民法（以下简称“两法”）在劳动交换关系^①法律调整中以劳动者保护为主题的分工合作一直存在缺口，即劳动力市场灵活化进程中劳动者保护盲区不断扩大，对劳动争议和相关争议的法律适用的法律规范供给不足。《民法典》虽有相关的原则性规定^②，但回应不够。本文就《民法典》编纂前、编纂中和施行后劳动交换关系法律调整的“两法”分工合作缺口问题，解释其背景成因，并寻求解决的法理依据以及立法和法律适用路径。梳理清楚这些问题，对《劳动法典》的编纂也有意义。

一、劳动法与民法关系依托背景的中西差异

我国目前灵活就业人数已达2亿人规模^③，且以农民工群体为主，作为“两法”分工合作缺口的劳动者保护盲区不断扩大，这是一个颇具中国特色的问题，西方国家并无这种现象。究其原因，可从“两法”关系所依托背景的差异中得到解释。

（一）西方国家“两法”关系依托的背景

西方国家的法律体系变迁是一个由诸法合体到公私法分立、再到公私法之间生成第三法域的历史过程，“两法”关系呈现于由公私法分立转向公法、私法和第三法域并存的法律社会化时期。

在公私法分立阶段，从属劳动和独立劳动都依契约自由原则由私法规范。如1804年《法国民法典》“租赁契约”中的“劳动力租赁”（第1710条），将从属性劳动力租赁和承揽性劳动力租赁合并规范。^④在法律社会化进程中，劳动领域的私法社会化，依最早发生时点的先后，有下述主要历史路径：（1）始于早期“工厂立法”^⑤的劳动条件基准法发展路径，其主要功能在于用公法手段限制雇主的契约自由，以保护劳动者底线利益。（2）始于工会合法化^⑥的集体劳动关系法发展路径，其主要功能在于利用劳动者团结的社会力量争取更有利的劳动条件，对劳动关系实行社会干预。（3）始于劳动者健康风险保障^⑦的社会保险法发展路径，其主要功能在于利用劳动风险社会化分担机制给劳动过

① “劳动交换”一词，在权威词典的含义，是指不以实物形式而以劳动形式为他人提供某种效用的活动。参见中国社会科学院语言研究所词典编辑室编：《现代汉语词典》（第5版），商务印书馆2005年版，第816页。本文中的“劳动交换关系”，是指劳动者个人以其劳动力、劳动行为或劳动成果与他人交换的关系，属于从属劳动的劳动关系和民事雇用关系，属于独立劳动或准从属性独立劳动的个人劳务关系都包括其中。但以组织为劳务提供方的劳务关系未包括在内。

② 参见《民法典》第11、128、467、1191条等的相关规定。

③ 参见《李克强主持召开国务院常务会议》，载中国政府网，www.gov.cn/premier/2021-05/12/content_5606028.htm，2022年7月31日访问。

④ 参见钱叶芳：《民法典编纂背景下雇佣（劳动）合同的去向——现代民法与劳动法的分工与合作》，载《浙江学刊》2019年第1期，第54-55页。

⑤ 参见金燕：《试论19世纪上半叶英国的工厂立法》，载《学海》2006年第6期，第42-49页。

⑥ 英国1871年《工会法》作为世界上第一部现代工会法，是工会合法化的起点。参见史尚宽：《劳动法原论》，世界书局1934年版，第154-156页。

⑦ 德国1883年劳工疾病保险法案、1885年职业伤害保险法案是最早的社会保险法。参见郑尚元、扈春海：《社会保险法总论》，清华大学出版社2018年版，第9-10页。

程提供必要的社会安全保障。(4)始于合同特别法^⑧的单个劳动关系法发展路径,其主要功能在于保障劳动力自由流动基础上的劳动关系稳定。1896年《德国民法典》首次在债编设立雇佣合同制度(第611—630条)对从属劳动和独立劳动作专门规定且合并规范,这被视为私法中的“一滴社会之油”。^⑨步入20世纪后的民法典中,对从属劳动和独立劳动的安排呈现合并规范(如1942年《意大利民法典》)和分别规范(如1911年、1971年《瑞士债法典》)两种模式。无论哪种模式,其后来走向都是雇佣/劳动合同制度对应于从属劳动,与独立劳动逐步分离而在民法典之外获得独立发展。并且,伴随着后福特制^⑩的到来,还出现了针对介于从属劳动与独立劳动的中间型劳动的立法安排,如德国法中的“类雇员”^⑪、意大利法中的“准从属性独立劳动”^⑫。

上述可见,劳动交换关系法律调整的私法社会化,是一个倾斜保护和社会保护逐步介入劳动交换关系的过程,亦即制度个案不断增多且转向制度体系化的过程,由此,劳动法才得以与民法相对分离而成为独立法律部门。

(二)我国“两法”关系依托的背景

我国40余年市场经济体制改革过程中的法律体系变迁,是由计划经济下的公法性政策直接转向市场经济下的三大法域和七大法律部门,民法为私法,劳动法和社会保障法作为社会法处于第三法域。计划经济转向市场经济,是一个以经济资源配置的市场化程度不断提高为标志的渐进过程,并存在着生产资料配置市场化和劳动力资源配置市场化两条改革主线,这是“两法”关系所依托的体制基础。其中,依托于生产资料配置市场化进程,经济领域公法逐步私法化而形成作为私法的民法;依托于劳动力资源配置市场化进程,劳动领域公法逐步私法化/社会化而形成作为社会法的劳动法。^⑬在经济体制市场化的同时,还伴随着工业化、城镇化加速发展、信息化兴起及经济全球化加剧的过程,致使公法私法化/社会化的制约因素、内容和结构更为复杂。在此历史过程中,下述几个方面的变迁值得重视:

其一,经济体制改革目标模式。经济体制改革的目标模式,经历了由“社会主义有计划的商品经济”到“社会主义商品经济”,再到“社会主义市场经济”的变迁,^⑭“社会主义市场经济”时期又先后经历了经济资源配置中市场起基础作用到起决定作用两个阶段。这种变迁,一直是经济领域和劳动领域公法私法化/社会化的引导。

⑧ 参见沈建峰:《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。

⑨ 参见[德]卡拉里斯:《债务合同法的变化——即债务合同法的“具体化趋势”》,张双根译,载《中外法学》2001年第1期,第36-80页。

⑩ 参见刘刚:《后福特制与当代资本主义经济制度的演变》,载《安徽师范大学学报(人文社会科学版)》2007年第3期,第286-291页。

⑪ 参见[德]曼弗雷德·魏斯、马琳·施米特:《德国劳动法与劳资关系》,倪斐译,商务印书馆2012年版,第43-46页。

⑫ 参见王全兴、栗瑜:《意大利准从属性劳动制度剖析及其启示》,载《法学杂志》2016年第10期,第102-115页。

⑬ 参见王全兴、石超:《新中国70年劳动法的回顾与思考》,载《求索》2020年第3期,第122-125页。

⑭ 参见高尚全:《亲历社会主义市场经济体制的建立》,载《中国金融》2018年第8期,第16-18页。

其二,生产资料配置市场化。在生产资料计划配置转向市场配置的实践中,并存着分别以市场主体、市场行为为中心的两条改革路径,而成为经济领域公法私法化变迁得以展现的依托。市场主体生成与发展的改革路径,即由国企改革、引进外资、放开私营和个体经济到多种经济成分共同发展的路径,其中,与国企经由“承包租赁制→股份制→现代企业制度→公益类与商事类分流”的改革进程相对应,《国营工业企业暂行条例》(1983年)→《全民所有制工业企业法》(1988年制定,2009年修正)→《公司法》(1993年制定,后多次修正),构成国企被改造为市场主体的重要法律节点;与多种经济成分共同发展且逐步走向平等竞争的改革进程相对应,市场主体立法由按不同所有制分别立法逐步转向淡化所有制差别的统一立法。市场行为形成和发展的改革路径,即经济资源配置“指令性计划为主→指导性计划为主→市场调节为主”的路径,与计划调节的范围逐步缩小和约束力逐步减弱而市场调节范围逐步扩大的改革进程相对应,市场行为立法由经济合同、技术合同、涉外经济合同和民事合同分别立法转向统一合同立法。

其三,劳动力资源配置市场化。生产资料配置市场化改革必然要求劳动力资源配置市场化改革与之配套。后者是包括统包统配就业转向市场调节就业、固定工制转向劳动合同制、工资由行政决定转向工资基准保底与合同约定结合、国家劳动保险转向社会保险等内容的改革。在此基础上和进程中的劳动法变迁,呈现三个特点:(1)公法私法化与公法社会化的有机结合。即伴随着劳动力资源行政配置逐步转向市场配置,在劳动者得以自由流动而用人单位得以用工自主的同时,劳动者因其弱势地位和社会风险日益凸显而逐步得到倾斜保护和社会保护。(2)与所有制结构和市场主体变迁相对应,由单一公有制劳动法转向公、私所有制二元结构劳动法,再转向以1994年《劳动法》为标志的统一劳动关系运行规则的跨所有制劳动法。(3)双轨制劳动法转向一轨制劳动法。即遵循“老人老办法,新人新办法”^⑮的改革方略,固定工制转向劳动合同制、国家劳动保险转向社会保险,都由双轨并存到合一,从而确保新旧制度转换的平稳推进。

其四,市场化、工业化、城镇化、信息化、经济全球化重叠。在这“五化”重叠中,工业化和城镇化进程区域不平衡、城镇化滞后于工业化与工业化滞后于城镇化并存、残余的计划经济因素与不成熟的市场经济混合、未完成的工业社会与不定型的后工业社会因素交织等社会经济现象,给劳动法带来具有根本意义的“农民工问题”,即规模巨大的农民工群体流动性强且处于企业内和社会上双重体制外状态。^⑯改革开放以来劳动法领域的各类重要问题,都根源或受制于“农民工问题”。例如,由劳动关系用工灵活化转向用工“去劳动关系化”,其背后的支撑就是农民工“离土不离乡→离土又离乡→城乡劳动力市场一体化”的演进;正因为农民工群体的“双重体制外状态”和“去劳动关系化”,才使得劳动领域公法私法化/社会化进程中社会化相对滞后问题更为急迫。

^⑮ 樊纲:《新人新办法,老人老办法,这是中国改革的基本方法》,2018年11月25日在中国经济体制改革研究会主办“迈向新时代的经济体制改革研讨会暨第十六届中国改革论坛”的演讲,载腾讯网, <https://finance.qq.com/original/caijingzhiku/fangang1127.html>, 2022年4月9日访问。

^⑯ 参见王全兴:《关于我国劳动关系稳定问题的基本思考》,载《学术评论》2012年第4、5期合刊,第113页。

（三）比较与启示

基于中西法律体系变迁的背景和路径的不同可知,在西方国家,劳动法是私法社会化的产物,“两法”之间既有生成维度的传承超越,又有功能维度的分工合作;而在我国,劳动法是公法私法化/社会化的产物,“两法”关系则与西方国家不同。

1. 生成维度上“两法”关系的比较

在西方国家,民法生成早于劳动法。劳动法对民法既有传承(如雇佣/劳动合同制度作为民法体系的组成部分而对意思自治、人身自由等私法精神的奉行),又有超越(如雇佣/劳动合同制度中不定期劳动合同为主、解雇保护等对一般合同制度的突破,劳动基准机制对劳动关系意思自治的限制,集体劳动关系机制对劳动者弱势地位的弥补)。正因为超越,劳动法得以成为相对独立的法律部门。

在我国经济体制改革中,作为私法的民法与作为社会法的劳动法几乎同时产生^①且生成过程并行。其中“两法”关系的特点在于:(1)基于劳动力资源配置市场化改革作为生产资料配置市场化改革的配套,劳动领域的公法私法化/社会化必然受到经济领域公法私法化的制约。如劳动法由公、私所有制二元结构转向跨所有制一元体系,取决于市场主体立法中所有制差别的淡化。(2)基于经济体制改革先于社会体制改革成为改革重点的实践,一方面,劳动领域的公法私法化/社会化进程相对滞后于经济领域的公法私法化进程,如1984年《中共中央关于经济体制改革的决定》中规定“劳动力不是商品”,在当时已启动产权改革的国营企业仍然实行固定工制度;另一方面,劳动领域公法私法化/社会化进程中的社会化相对滞后于私法化,如劳动者保护盲区问题是劳动者保护滞后于劳动力市场灵活化的典型。

2. 功能维度上“两法”关系的比较

在西方国家,生成于私法社会化的劳动法跨越三大法域,“两法”关系是以雇佣/劳动合同制度为主要交叉域的民法体系与劳动法体系的关系,既有民法体系内的“两法”关系,如雇佣/劳动合同制度与相关民法制度;也有民法体系内外的“两法”关系,如雇佣/劳动合同制度与劳动基准制度、集体合同制度。正因为如此,“两法”分工合作有下述特点和优势:(1)“两法”都将劳动交换关系作为调整对象,逐步形成覆盖各种劳动类型并分类规范的法律体系,这就便于在统一体系内对劳动者保护的分工合作结构进行安排和调整。如民法体系中既有从属劳动与独立劳动的划分,还有对独立劳动作出限于自然人给付与不限于自然人给付的划分。这种分类框架便于中间类型劳动如准从属性独立劳动、类雇员等合乎逻辑地得到一席之地。(2)“两法”对劳动者是否倾斜保护和社会保护的范围界定所依托的雇佣/劳动合同制度,一直以从属性作为其范围界定的标志,而不受雇主是否为自然人或组织的影响。这就便于从宽泛的劳动力市场外延将从属劳动和中间类型劳动都纳入保护范围。(3)“两法”关系中雇佣/劳动合同和准从属性劳务合同与劳动基准和集体劳动关系等保护机制的结合呈现结构性,不仅对雇佣/劳动合

^① 1986年4月《民法通则》颁布,1986年7月国务院制定《国营企业实行劳动合同制暂行规定》等四项行政法规。

同是否与企业有关、是否不定期等因素不同而分类保护,而且对中间类型劳动的各具体类型分别配置特定的保护措施。这就便于通过对不同类型劳动分别配置不同力度和方式的保护措施,从而不断扩大保护范围。

正因为有上述特点和优势,西方国家的生产方式由福特制转向后福特制以后,即使信息技术革命以来,尽管劳动力市场持续甚至加剧灵活化,其“两法”分工合作模式一直能适应于劳动力市场灵活安全性的需要。

在我国,“两法”同时产生且生成过程并行,体系上彼此独立,劳动合同法不在民法体系内。其分工合作模式呈现异于西方国家的特点:(1)劳动法对劳动者倾斜保护和社会保护,而民法则不如此。成因在于同时产生的“两法”调整对象不同。劳动法的调整对象限于从属劳动。而作为民法调整对象的劳动交换关系则不考虑有无从属性,都被作为平等主体的关系,承揽等劳务合同制度对劳务提供方无组织或个人之分。(2)以用人单位作为界定“两法”分工范围的标志。其成因在于,城镇经济体制改革中早期为民法所确立的市场主体,限于法人、非法人组织和个体工商户,^⑮劳动力市场的需求主体仅限于组织体而不包括个人,劳动法中的雇主就以组织体即用人单位为限。^⑯(3)劳动法保护手段着重于一体配置,且社会保险与劳动关系捆绑。其成因在于经济体制改革前期,以公有制劳动法为主,且劳动合同制用工由固定工制转化而来、社会保险来自于劳动保险社会化;就业形式上以正规就业为主,典型劳动关系为常态,灵活就业空间狭小。劳动立法中对保护手段作出无差别或少差别的配置,既是对公有制劳动法在调整方法上的路径依赖,也是对以正规就业和典型劳动关系为立法样本的契合。

正因为上述特点,我国现行“两法”分工合作模式面对劳动力市场灵活化,尤其城乡劳动力市场一体化和数字经济快速发展,灵活就业劳动者保护盲区难免不断扩大。

二、劳动法与民法关系的法理解读

“两法”关系在我国和西方国家生成路径不同,但都属于私法与社会法的关系。由此引出的问题是,作为西方国家“两法”关系之法理基础的私法社会化理论,可否应用于我国“两法”关系的实践,尤其可否解释和解决“两法”分工合作缺口问题。

(一) 私法社会化的原因、内涵和形式

私法社会化始于近代民法走向现代民法,前者和后者分别以19世纪、20世纪的社会经济生活为物质基础。^⑰19世纪末20世纪初经济、社会和政治问题交织,“社会经济状况的巨大变迁是民法社会化的内在根源”。^⑱从史实观察,私法社会化起因于社会问题

^⑮ 参见《民法通则》(1986年)第二章、第三章。

^⑯ 依《民法通则》第二章第四节的规定,个体工商户是自然人的一种形式;而依《劳动法》第2条第1款的规定,个体经济组织即个体工商户属于作为用人单位的组织。

^⑰ 参见梁慧星:《从近代民法到现代民法——二十世纪民法回顾》,载《中外法学》1997年第2期,第19-30页。

^⑱ 参见袁志丽:《民法社会化及原因分析》,载《南方经济》2002年第10期,第35-36页。

和社会危机的应对。典型如伴随工业化而来的贫富差距拉大和工人运动兴起等剧烈社会矛盾。^②从法理追溯,私法社会化根源于私法内在本性所致自身不可克服的缺陷。私法的内在本性,在于以单个人的利益为法的出发点,^③其所设定的人,是“一种不仅非常自私自利……而且又非常精明的个人,是只不过追逐自己个人正当利益的人,是摆脱一切社会联系而只经受法律联系的人”;“在人身上好像不设定法律限制,他是如此聪明,以至于很快会识辨这一限制的任何漏洞”。^④基于这种内在本性,私法的痼症显而易见,如不加限制的契约自由成为强者自由而使弱者不自由;面对19、20世纪之交的剧烈社会问题,非但难以化解,反而火上浇油,甚至成为帮助强者恣意的工具。

基于回应现代社会问题和弥补私法固有缺陷的私法社会化,就法理念而言,是集体主义、社会连带主义对个人主义、自由主义的修正,亦即社会本位对个人本位的修正;就人的假设而言,是私法对人假设的转型,即从人的个体性出发所假设的抽象人和单个人,转向从人的社会性出发所假设的作为社会成员的各有差异的具象人以及各类具象人联合而成的集体人;就法原则而言,是对私法原则的限制,即为社会整体利益计而对所有权绝对原则的限制,为保护经济上弱者而对契约自由原则的限制,为补偿不可避免之损害而对过失责任原则的限制。

私法社会化既然是对具体社会问题的回应,就一直以制度个案的形式出现,且各制度个案发生于法律框架中的位置和社会化程度的深浅都不尽相同。故在私法社会化形式的分类中,以下两种分类值得重视:

其一,以民法典内外为标志可区分为内设式私法社会化与外接式私法社会化。^⑤前者是体现于民法典中的私法社会化,其对社会化规范的安排与民法典内在价值具有一致性,如《德国民法典》中雇佣合同制度,虽为保障较弱一方当事人的契约自由而对较强一方当事人的契约自由加以限制,但与契约自由原则的要求一致。正因为如此,其私法社会化的容量相当有限。后者是体现于民法典之外相关单行法的私法社会化,由于单行法是在“让法典继续保留其尊严,并援引其中有用的部分”^⑥的同时,基于特定事项或特殊政策目标的需求对民法典的拾遗补缺,较之内设式私法社会化,其对社会化规范的安排与民法典内在价值的一致性相对较弱,但对动态和多元的社会化需求的适应性则相对较强。因而,若不想改变民法典的自由主义意识形态,除了有关契约自由实质化的修改可以加进去以外,其他基于社会或经济政策所作的调整最好还是留在民法典以外。^⑦

其二,以社会化程度和所在法域为标志可区分为浅度私法社会化与深度私法社会化。前者的社会化程度相对较低而可为民法体系所包容,是私法域中的社会化;后者则

^② 参见朱明哲:《面对社会问题的自然法——论法律社会化中的自然法学说变迁》,载《清华法学》2017年第6期,第78-79页。

^③ 参见〔德〕拉德布鲁赫:《法律智慧警句集》,舒国滢译,中国法制出版社2001年版,第143-144页。

^④ 参见前注^③,拉德布鲁赫书,第144-145页。

^⑤ 参见苏永钦:《走入新世纪的私法自治》,中国政法大学出版社2002年版,第6页。

^⑥ 〔美〕约翰·亨利·梅利曼:《大陆法系》,顾培东等译,法律出版社2004年版,第161页。

^⑦ 参见前注^⑤,苏永钦书,第82页。

因其社会化程度相对较高而相对独立发展,是第三法域中的社会化。在西方民法体系内,私法虽然可以在某些形态上社会化,但其价值观还是个人(自由)主义,或来自于新自由主义,故其社会化仍须坚守私法自治的底线。而在第三法域,基于集体主义、社会连带主义价值观的私法社会化,不仅加重了社会化的程度,而且形成了一定的社会化体系,如由劳动基准法、集体劳动关系法和单个劳动关系法构成的劳动关系协调机制。鉴于私法社会化不会停止,深度私法社会化是浅度私法社会化的纵深发展,即私法社会化由民法体系内步入第三法域。^⑳如果说深度社会化重在独立门户引领私法社会化以最大程度维护社会整体秩序,那么浅度社会化则是嵌入私法体系内的社会化之锚,使得私法能与社会法一道实现分工合作,加强对经济上弱者(如劳动者)的保护。

(二) 私法社会化理论对我国“两法”关系的意义

依上述理解,私法社会化理论是一种为解决市场经济体制中的社会问题,弥补私法的固有缺陷,重组个人自由与社会本位的结合,以优化私法体系并改进私法与社会法之关系的理论。在我国,虽然私法社会化理论不能解释“两法”同时且分别生成于公法私法化/社会化的实践,但当下的“两法”关系已定型为私法与社会法的关系,且面临可运用私法社会化理论来分析和解决的现实问题。其一,现实中已存在与市场化 and 私法化相伴随的劳动者弱势地位和社会风险等社会问题,且民法对解决社会问题已显示其固有缺陷。如从《民法通则》到《民法典》,都规定民事关系双方为“平等主体”,故对双方只能以同等力度保护为原则。其二,“两法”在劳动交换关系法律调整中,都面临着基于个人自由与社会本位的矛盾对自治与管制如何选择和协同的问题。如合同法对经济从属性劳务关系仅有自治规则,而缺失与经济从属性所对应的管制规则;劳动合同法对劳动关系多是管制规则,而缺少为应对用工灵活性所必要的自治规则。其三,在市场由起基础作用走向起决定作用的经济体制改革与以保障和改善民生为重点目标的社会体制改革的背景下,伴随着公法路径依赖的分量减弱,劳动领域局部性的社会化滞后于私法化,且劳动法发展滞后于民法发展,正需要补齐私法社会化的短板。

值得注意的是,上述现实问题还有其特殊性^㉑:(1)社会问题的成因除来自市场化和私法化外,还来自体制转轨中的公法路径依赖和发展转型中的城镇化与工业化不够匹配,以及新一轮信息技术革命的挑战。(2)由于“两法”生成过程并行而在民法体系内和社会法体系内有不同的原因和逻辑,尤其不是形成于私法社会化实践,各自对个人自由与社会本位、自治规则与管制规则的安排,就未必都能同步遵循私法社会化的逻辑。(3)劳动领域社会化滞后于私法化的问题在现阶段虽已凸显,但经济领域和劳动领域因公法路径依赖而私法化不足的问题仍然存在,如国企和事业单位一直存在的用工双轨制问题,还需要在进一步私法化中解决。这或许也是《民法典》对劳动领域私法社会化未予足够重视,尤其是对劳动交换关系几乎未作专门规定的背景因素之一。

^⑳ 参见赵红梅:《私法社会化的反思与批判——社会法学的视角》,载《中国法学》2008年第6期,第176-179页。

^㉑ 参见前注^⑬,王全兴、石超文,第122-128页。

基于上述,尽管我国“两法”关系因国情特殊而问题复杂,私法社会化理论所展示的成熟市场经济体制的“两法”关系图景,对于分析和解决我国“两法”分工合作缺口问题,仍然有参考意义。尤其在于:(1)检视问题。例如,以私法社会化的形式及其结构为参照可以发现,我国劳动交换关系法律调整中,内接式私法社会化和浅度私法社会化明显缺失。(2)指明方向。例如,私法社会化中社会化深浅程度的差异性和多样性,作为“两法”在劳动交换关系法律调整中对劳动者分类保护且得以不断扩宽保护范围的依据,无疑为我国确定“两法”关系的发展方向所必要。(3)完善法律机制。私法社会化中的“两法”关系,是“两法”在劳动交换关系法律调整中私法机制与社会化机制相结合的关系,其中,私法规范与社会化规范的结合,是私法社会化赖以实现的关键性法律技术路径。

(三) 私法社会化的法律技术路径:一般法与特别法

法律的价值和功能决定法律规范的设计。故不同法域的规范各有其特征,如私法多为任意性规范,公法偏好强行性规范,社会法则看重规范的社会自治性、融任意性与强行性于一体。私法社会化既然是在私法基础上的社会化,无论何种形式,其法律规范必然是作为一般法的私法规范与作为特别法的社会化规范的结合。一般法为各类情形的共性规则,是特别法的基础;而特别法则为特定情形的个性规则,是基于特殊目的对一般法的突破。前者如市场配置资源的一般规则,后者如劳动力资源市场配置的特别规则。劳动力是一种特殊商品,其市场配置的特殊性早在1804年《法国民法典》中就受到特别对待(如劳动力租赁与物租赁并列),尽管当时尚无社会化的追求。

劳动关系之所以受到一般法和特别法的双重规范,其依据在于劳动关系的基于劳动力商品由市场配置的一般属性和基于劳动力作为特殊商品而有特殊需求的特殊属性。一方面,劳动关系作为商品交换关系和合同关系具有契约性,与其对应的是作为一般法的私法规范,以意思自治、平等保护等为特点;另一方面,劳动关系作为以劳动为谋生手段的劳动交换关系,具有从属性、继续性和人权保障、社会安全等意义上的强外部性,与其对应的是作为特别法的社会化规范,以限制意思自治、倾斜保护、社会保护等为特点。

前文已述,劳动领域的私法社会化形式有内设与外接、浅度与深度之分。不仅在民法典与相关单行法、民法体系与劳动法体系之间,而且在民法典或民法体系内部,私法规范与社会化规范都是一般法与特别法的关系。由此还引申出作为特别法的社会化规范在民法典与相关单行法、民法体系与劳动法体系之间应当如何安排的问题。

在民法典与相关单行法之间,民法典中无论私法规范还是社会化规范,其稳定性和逻辑自治性都相对较强;而相关单行法应对特定事项和特定政策目标之需求的适应性相对较强,且可在民法单行法或劳动法单行法上灵活选择。故安排社会化规范的任务,应当以相关单行法负担为主,民法典则持谨慎态度。实践中,除1942年《意大利民法典》专设“劳动篇”外,其他国家民法典都未充当安排社会化规范的主要角色。

在民法体系与劳动法体系之间,首先涉及社会化规范安排的分担问题。在民法体系中,对劳动交换关系安排适当的社会化规范作为特别法,不仅可以相应减轻劳动法的负担,而且利于因应劳动力市场灵活安全性的需要,这已有“类雇员”“准从属性劳动”立

法等西方国家实践的验证。反之,若将社会化规范都集中于劳动法体系内,劳动法不仅负担过重,而且不足以因应劳动力市场灵活化的趋势,这在我国实践中已有体现。其次是安排社会化规范的依据问题。依据之一是劳动交换关系从属性、继续性和外部性的强弱,相对较弱的,将与其对应的社会化规范作为民法体系内的特别法,可满足这类劳动交换关系对私法规范的较强需求;反之,置于劳动法体系则较适宜。依据之二是社会化规范类型,如雇佣/劳动合同规范与合同规范具有相同属性,可安排为民法体系中的特别法,而劳动基准和集体劳动关系规范,则适宜置于劳动法体系。

将私法社会化中一般法与特别法的分工合作嵌入“两法”关系,对立法和法律适用都有重要意义。在立法层面,作为一般法的私法规范,因其以各类情形之共性为规则内容,且是特别法的基础,故追求规则完全性和体系完整性;作为特别法的社会化规范,因其以特定情形之个性为规则内容,且是对一般法的突破,故不重述一般法规则,而仅规定差异点,就必然呈现规则不完全性和体系弱完整性。这是“两法”在立法上的不同特点,因此,必然要求法律适用上特别法优于一般法,一般法补充特别法。

三、我国劳动法与民法关系的立法分析

(一) 背景变化凸显“两法”分立的缺陷

我国“两法”在立法上一直是“分立”格局,随着经济体制改革的市场化程度不断提高,特别是21世纪前后,作为其支撑的劳动力市场状况发生了深刻变化。在劳动力供给侧,城乡劳动力市场壁垒被逐步打破,农民工群体由“离土不离乡”转向“离土又离乡”且规模不断扩大;在劳动力需求侧,大中企业灵活用工需求增多,小微企业和个体工商户的数量快速增长,家政服务需求日益强劲,第三产业的比重不断提高,尤其新一轮信息技术革命浪潮下的新业态快速发展。于是,劳动力市场灵活化持续加剧,灵活就业形式增多且规模不断扩大、就业占比不断提高。

在此背景下,“两法”分立格局及其特点致使分工合作缺口问题凸显:一方面,劳动法因雇主仅限于用人单位、保护手段着重于一体配置等特点,不仅导致其保护范围偏窄且难以扩宽(从1994年《劳动法》到2007年《劳动合同法》,法定适用范围没有根本性改变),而且还导致以正规就业和典型劳动关系为样本的劳动立法难以适用于灵活就业的非典型劳动关系;另一方面,民法因劳务合同制度无视劳务提供方是否为组织体或个人,且无雇用合同制度,而对劳动交换关系双方除平等保护外不能另行特别对待。于是,灵活就业群体中,劳动者保护盲区不断扩大。其一,因以用人单位为界限而无法将以个人为雇主的从属劳动,纳入劳动法保护范围;同时因保护手段一体配置而无法将超龄劳动者和学生劳动者的从属劳动纳入劳动法保护范围。但现实却是,家政服务和创业中个人雇用现象日趋普遍,退休人员返聘和学生劳动者日益多见。其二,保护手段一体配置在导致劳动关系认定从严的同时,还会倒逼或诱导市场主体的灵活用工取向。一方面导致用人单位小微化,如大中企业青睐于外包用工而增加大量的小微企业或个体工商户

用工;另一方面导致“去劳动关系化”用工现象泛化,不仅常见于传统业态,而且更盛行于新业态。

(二)《民法典》对“两法”关系的安排及其评析

《民法典》尽管采用民商合一模式,但对劳动交换关系仍然遵循“两法”分立格局。其对“两法”关系所作的安排呈现如下特点:

1. 缺失内设式私法社会化,留下“两法”分工合作缺口。《民法典》尽管在整体上体现了私法社会化的精神,但对劳动交换关系几乎未作出内设式私法社会化的安排,没有雇用合同和服务合同制度,仅在个别条款对劳动交换关系的权利义务作出规定。这表明其立法意图是以外接式私法社会化替代内设式私法社会化。究其原因,在于外接式私法社会化较有优越性:现阶段灵活就业中的从属劳动和准从属性独立劳动正处在形式多样且多变的状态,而《民法典》却有其内部逻辑自治性和规范成熟性的要求,故在《民法典》之外以单项立法有针对性地作出深浅度不一的私法社会化安排,有助于类型化地满足劳动力市场灵活安全的政策目标,且不至于突破现行的“两法”分立格局,并不会给《民法典》的体系逻辑带来冲击。有学者认为,《民法典》如此安排,符合市场经济国家雇佣/劳动合同制度主要在民法典之外独立发展的现代趋势。^③

2. 为弥补“两法”分工合作缺口,设计《民法典》与外接式私法社会化的两种衔接机制。一是一般法与特别法的衔接机制。依《民法典》第11条和第128条的规定,外接式私法社会化中的社会化规范可作为“特别规定”而与《民法典》中的相关规范构成特别法与一般法的关系,一般法可在适用上补充特别法。二是无名合同与有名合同的规则衔接机制。依《民法典》第467条的规定,雇用合同和服务合同作为无名合同,不仅适用合同编通则的规定,而且可参照适用合同编或者其他法律中最相类似有名合同的规定,这里的“其他法律”,当然包括外接式私法社会化中的社会化规范。

3. 利用《民法典》的优势,为劳动交换关系提供备选规则。外接式私法社会化作为特别法,仅适用于特定情形,其规范具有不完全性,这种局限只得仰仗赖以为基础的《民法典》来弥补。《民法典》因在整体上体现了现代民法所秉承的既以私法自治为原则,又对其进行必要限制的私法社会化精神,就便于利用其民事主体立法最具有广泛性、民事权利立法最具有全面性、民事法律行为和合同立法最具有基本性的优势,以其规范完全性来弥补劳动交换关系法律调整中外接式私法社会化的规则不完全性。这突出表现在:(1)鉴于劳动法中劳动者和用人单位的主体资格虽然有其特殊的资格要素,但需要以具备民事主体资格为前提,《民法典》关于民事主体资格和类型的规定,可以给劳动者和用人单位的资格和外延界定提供基础性规范。例如,第17条和第18条关于自然人民事行为能力的规定,是劳动者就业年龄要件的依据;第56条第1款关于个体工商户债务承担规则、第74条第2款关于法人分支机构民事责任能力、第75条关于法人设立中民事责任的规定,是确定各自作为用人单位的责任的依据;总则第三章和第四章中关于

^③ 参见前注④,钱叶芳文,第52-64页。

法人和非法人组织的形式和外延的规定,是界定用人单位外延的依据,其中关于营利法人与非营利法人的区分还是对《劳动法》第2条和《劳动合同法》第2条就适用范围分设非公共部门、公共部门两款规定的法律支撑。(2)鉴于劳动权利的人权属性和劳动关系的人身关系属性,《民法典》关于人格权的创新安排,对劳动权利的内容和保护有特别重要意义。人格权与物权、债权等独立并列成编,是对人格权不仅具有民事权利属性,而且具有人权属性、宪法权利和法定权利属性的肯定^{③1},从而显示其优先于财产权的地位^{③2},这与劳动法对劳动权利的定性定位一致。较之《劳动法》第3条第1款关于劳动权利内容的规定,《民法典》关于人格权内容的规定,既为检视现行劳动立法中劳动者人格权保护的缺漏(如隐私权和个人信息保护、反职场性骚扰)提供了参照系,又为劳动者增加了运用人格权制度来保护劳动权利的维权路径,还为劳动立法给劳动权利扩容并增加劳动条件基准事项确立了法律依据。(3)鉴于劳动交换关系尤其劳动合同不仅有其特殊性,而且具有合同的一般性和同类合同的类属性,见诸《民法典》民事法律行为专章和合同编的一般性合同规则,尤其是体现合同自由与合同正义有机结合^{③3}之现代合同法价值的规则,以及体现与劳动交换关系有某种同类属性(如继续性合同、不定期合同、格式合同)的规则,就可作为劳动交换关系的备选规则。例如,第563条第2款关于继续性不定期合同任意解除权行使预告的规定,与《劳动合同法》第37条的精神一致,也可作为不定期的民事雇用合同和个人劳务合同的任意解除规则。

综上《民法典》关于“两法”关系的安排,尽管顾及到对“两法”分工合作缺口的弥补,但原有问题仍然存在且更为急迫。(1)在缺失非典型劳动关系和个人劳务关系专项立法的现阶段,《民法典》中相关规定虽然可在一定程度上补充其空间,但“两法”分工合作仍有缺口。(2)在《民法典》与外接式私法社会化的衔接机制中,私法规范对劳动交换关系的大量适用,尤其是对劳动关系的适用,难免在增强劳动力市场灵活性的同时带来减弱社会安全性的风险。(3)《民法典》除劳动交换关系外在整体上虽然有一定的私法社会化安排,但其中有的事项只有原则性规定而缺少具体规则。这在“人格权编”中尤为突出,如第1010条第2款关于反场所性骚扰的规定只是给反职场性骚扰提供铺垫。仅以原则性规定补充适用于劳动交换关系,显然规范力不够。因此,《民法典》出台后,立法上劳动法更滞后于民法,劳动交换关系对外接式私法社会化的需求更为强烈。

(三)《民法典》后弥合“两法”分工合作缺口的立法选择

鉴于上述,在对劳动交换关系缺失专门规定的《民法典》与以正规就业和典型劳动关系为主要样本而对非典型劳动关系规范不足的现行劳动立法之间,“两法”应当由分立转到相向推进,通过外接式私法社会化的路径,以单项立法和特别法为主要方式,围绕对灵活就业劳动者的分类保护,构建“两法”分工合作的机制。换言之,在“两法”之间,构建一个如表1所示的由劳动法和民法的特别法所组成的灵活就业劳动者保护法律体系。

③1 参见刘凯湘:《民法典人格权编几个重要理论问题评析》,载《中外法学》2020年第4期,第892-897页。

③2 参见王利明:《论民事权益位阶:以〈民法典〉为中心》,载《中国法学》2022年第1期,第34-49页。

③3 参见王利明:《民法典:国家治理体系现代化的保障》,载《中外法学》2020年第4期,第856-858页。

表1 “两法”对灵活就业劳动者法律保护体系

劳动法 →		调整对象	← 民法	
劳动合同法、劳动基准法、集体劳动关系法、就业促进法、职工社会保险法		正规就业： 典型劳动关系	不专门规定	
劳动基准特别法、集体劳动关系特别法、就业促进特别法、社会保险特别法	劳动合同特别法	非典型劳动关系	不专门规定	
	劳动合同特别法？	民事雇用关系	雇用合同法？	
	劳动合同法不规定	准从属性劳务关系	特别法	服务 合同法
不规定		一般个人劳务关系	一般法	

表1中的要点有：（1）“两法”相向推进，填补灵活就业劳动者保护盲区。即在民法体系内将私法社会化立法扩及现行劳动法未予规范的民事雇用关系和准从属性劳务关系；在劳动法体系内，将民事雇用关系和准从属性劳务关系纳入劳动基准法、集体劳动关系法、就业促进法和社会保险法的调整范围，以实现劳动交换关系法律调整中“两法”分工合作的全覆盖。（2）以单项立法和特别法为主，实现对灵活就业劳动者的分类保护。鉴于灵活就业形式的多样性，且存在从属性的有无或从属性程度或形态的差异，其劳动者保护应当走类型化路径。在民法体系中，由于《民法典》未将雇用合同和服务合同有名化，其有名化和制度构建只能以单项立法为载体。雇用合同法作为《民法典》之外的单行法，其调整对象应当只限于未纳入劳动合同法调整范围的民事雇用关系，其规范不宜具有将劳动合同涵盖在内的一般法意义。鉴于民事雇用关系虽然是从属劳动，而其未纳入现行劳动法范围的主要原因在于其为自然人雇主或劳动者不合格。故将雇用合同法作为民法体系或劳动法体系内的单行法和特别法各有其理论依据，若纳入劳动法体系，也可考虑将其与非典型劳动关系一并归入劳动合同特别法。至于服务合同法，由于也是《民法典》之外的单行法，其调整范围难以采用“大服务合同主义”模式，只宜选择“中服务合同主义”或“个别服务合同主义”模式。^{③④}其中，还有两种方案可选择：一是作为承揽、运输等现行各种有名劳务合同的特别法，如个人承揽、个人运输等特别法；二是将服务合同作为一种新的有名劳务合同，仅以个人服务为调整对象。但无论哪种模式或方案，都不应当忽视个人服务合同中准从属性劳务关系的特殊法律需求，对其应给予特别法的安排。在劳动法体系中，一方面，鉴于《劳动合同法》仅就劳务派遣和非全日制有特别规定，面对更多其他形式的非典型劳动关系，需要单项的劳动合同特别法予以规范；另一方面，鉴于灵活就业劳动者在劳动关系认定上有模糊性、在私力维权上更有弱势和难度，就需要制定适应于灵活就业特点且不论其有无劳动关系的劳动基准、工会保护、就业促进、社会保险的特别法。（3）立足“两法”的交叉域，构建灵活就业劳动法

^{③④} 参见战东升：《民法典编纂视野下的服务合同立法——日本立法经验及其借鉴》，载《法商研究》2017年第2期，第129-132页。

体系。鉴于灵活就业在就业结构中占比逐年提高、形式不断增多、利益失衡和冲突问题日益复杂,劳动法体系应采用正规就业劳动法与灵活就业劳动法主辅二元结构。其中的灵活就业劳动法,在规则内容和类别增多、分量加重、地位提高的同时,应当走向体系化,即整合劳动法体系和民法体系中的相关资源,以形成“两法”分工合作的灵活就业劳动者保护体系。

此外,对于《民法典》中相关规定补充适用于劳动关系而带来的劳动力市场安全性可能减弱的社会风险问题、原则性规定的规范力不足问题,需要外接式私法社会化立法来解决。这是因为,补充适用作为一般法的《民法典》中相关规定是以没有特别法的规定为前提的,而加强外接式私法社会化立法,就可以减少补充适用一般法的机会和程度。这就需要针对《民法典》中已留有接口或铺垫式规定的事项,作出对接或延伸的私法社会化立法安排。对留有接口的规定,(如第136条第1款和第502条第1款对民事法律行为/合同自成立时生效、第545条第1款对债权向第三人转让、第180条第1款和第590条第1款对不可抗力免责,都指明“法律另有规定的除外”;第140条第2款关于沉默视为意思表示须“有法律规定”,第153条1款关于民事法律行为违反法律、行政法规强制性规定而无效的规定),为避免不当减低劳动力市场安全性,就需要在劳动立法中作出与之对接的规定。作为铺垫的原则性规定,如人格权编第1010条关于反性骚扰、第六章关于隐私权和个人信息保护的规定,虽然可作为劳动者人格权保护的法律依据,但较之已有劳动安全卫生法作依据的劳动者生命权、健康权,还需要在劳动立法中就反职场性骚扰、劳动者隐私权和个人信息保护,制定相应的劳动基准、保护措施和法律责任。

四、我国劳动法与民法关系的法律适用分析

我国“两法”在立法上的分立所导致的分工合作缺口,体现在法律适用上就是法律规范供给不足,而法律适用负有弥补此立法不足的使命。所引出的问题:对劳动关系和劳动争议处理而言,是因劳动法规范供给不足而可否和如何补充适用民法的问题;对处于保护盲区的灵活就业劳动者而言,是如何选择适用民法和劳动法的问题。

(一) 民法可否补充适用于劳动争议案件

关于“两法”分立格局下的民法可否补充适用于劳动争议案件,学界和实务界一直有分歧。然而,据前文所述,“两法”在立法上的分立并未改变其一般法与特别法的关系,对作为特殊民事争议的劳动争议,在劳动法规范供给不足的场合,就有必要补充适用作为一般法的民法规范。对此,司法实践中已有探索,如司法解释和地方司法政策文件中,既有民法可补充适用的原则性规定^{③⑤},也有民法某项规范可补充适用的具体规定^{③⑥}。

《民法典》对此也提供了依据。依第11条和第128条的规定,对属于特殊民事关系

^{③⑤} 参见《上海市高级人民法院关于审理劳动争议案件若干问题的讨论纪要》(沪高法发〔1993〕148号)第11条。

^{③⑥} 参见最高人民法院《第八次全国法院民事商事审判工作会议(民事部分)纪要》(2016年)第28条。

的劳动关系而言,民法关于民事合同关系和民事权利保护的规定,相对于劳动法关于劳动关系和劳动权利保护的“特别规定”处于一般法的地位。既然劳动法“有特别规定的,依照其规定”,那么,劳动法无“特别规定”的,民法的相关规定作为一般法就可补充适用于劳动关系和劳动争议案件。

(二) 民法补充适用于劳动争议案件的两种识别

为避免民法补充适用的泛化而不当降低劳动力市场安全性的风险,需要重视两种前提性的识别:

1. 劳动争议案件中劳动权利事项与民事权利事项的识别。鉴于现实中劳动关系与民事关系相互涉及的复杂性,劳动争议案件中难免含有劳动关系所涉及的民事权利事项,而民事权利事项理应适用相应的民法规范。但现实中不乏劳动权利事项与民事权利事项交织而难以识别,甚至误将民事权利事项作为劳动权利事项的情形。典型如误将投资利润和期权激励等利润分享作为劳动报酬的追讨薪酬案例。^⑦在劳动者兼有股东、高管身份的场合,其收入中对应于劳动者的劳动报酬、劳动福利和社会保险,作为劳动力再生产费用计入企业成本,受劳动基准法保护,属于劳动权利事项;而对应于股东的投资利润和对应于高管的经营管理利润分享,来自成本之外的可分配利润,不受劳动基准法保护,属于民事权利。正因如此,《劳动法》第3条第1款所列举规定的劳动权利内容中,并无利润分享权;《工资总额规定》(1989年)也明确将经营管理者风险收入(如租赁经营单位承租人的风险性补偿收入)、劳动者资产性收入(如对购买本企业股票和债券的职工所支付的股息/股金分红和利息)排除在工资范围之外。

2. 有无特别法/劳动法规定的识别。对劳动争议中的劳动权利事项,民法的补充适用,以劳动法无特别规定为前提。而在有的场合,劳动法有无特别规定的识别并非易事。例如,民法中合同无效制度与合同可撤销制度并存,而《劳动合同法》中仅有劳动合同无效制度,由此可否将合同可撤销制度适用于劳动合同呢?其实,《民法典》第148—152条中民事法律行为可撤销制度所针对的欺诈、胁迫或乘人之危而显失公平情形,《劳动合同法》第26条第2项对其法律后果则规定为赋予无过错方以解除权,即无过错劳动者可以辞职并获得经济补偿(第38、46条)、无过错用人单位可以解雇而不支付经济补偿(第39、46条)。可见,这种法律后果,较之合同撤销权受除斥期间限制,无过错方有更大的选择自由。鉴于实践中劳动合同因欺诈、胁迫或乘人之危而无效的无过错方多为劳动者,故这种解除权比撤销权对劳动者更为有利。因此,可撤销制度不应当适用于劳动合同。

由于劳动立法不完善,就难免存在特定事项本应当有特别规定却无特别规定的情形,这就给有无特别法规定的识别提出更高要求。即在应当有特别规定而无特别规定的情形下,需要就特定事项应否作出和应当如何作出特别法规定进行判断,以确定相应民

^⑦ 参见黑龙江省哈尔滨市中级人民法院(2017)黑01民终6932号判决书;王全兴:《工资奖金还是利润分红——基于一起股东兼高管索要劳动报酬争议的讨论》,载《中国劳动》2018年第10期,第81-83页。

法规范可否和如何补充适用于该特定事项。例如,《民法典》第1191条第1款规定,用人单位的工作人员因执行工作任务造成他人损害的,用人单位承担侵权责任后,可以向有故意或重大过失的工作人员追偿。这涉及到劳动者违纪违章的损害赔偿情形,而现行劳动立法对劳动者严重违纪违章仅有惩戒性解雇规定却缺失损害赔偿责任规定。若用人单位对劳动者严重违纪违章造成他人损害实行追偿,就需要考虑劳动立法应当有特别规定的诸多因素:基于劳动关系的本质,劳动过程的风险应当由雇主承担,而非劳动者承担;若损害赔偿数额过大,而劳动者经济承受能力有限;损害赔偿可从劳动者本人工资中扣除,但扣除受到法定比例限制^③;作为惩戒手段的损害赔偿,也应当遵循惩罚与教育结合的原则。因此,用人单位的追偿,受到劳动者合理赔偿原则的限制。这也表明,在劳动法应当有特别规定而无特别规定的情形下,民法补充适用应当谨慎。

(三) 民法补充适用于劳动争议案件的两种思维

一般法的补充适用,除了直接由立法指明一般法的适用或不适用外,其法理依据在于:一方面,因一般法追求规则完全性而特别法针对特定情形,无需重复一般法规则而具有规则不完全性,故在对特定问题或事项特别法未规定而一般法有规定的场合,基于以完全性弥补不完全性的需要,一般法可补充适用。此即一般法思维,其法律依据见诸《民法典》第11条。另一方面,因特别法之所以作出突破一般法的特别规定,是基于特定的价值取向,故在对特定问题或事项特别法未规定而一般法有规定的场合,一般法的补充适用应当利于特别法立法目的和基本精神的实现。此即特别法思维,其法律依据见诸《民法典》第128条。于是,就民法补充适用于劳动争议案件中的劳动权利事项而言,一般法思维即民法思维,特别法思维即劳动法思维。

民法思维,即基于当事人双方形式平等的假设,尊重意思自治,秉持规则中立原则的思维。亦即可补充适用民法规范只考虑民法之规则完全性、劳动法之规则不完全性,而不必考虑劳方利益或资方利益需要特别对待。例如,《劳动合同法》要求建立劳动关系应当订立书面劳动合同(第10条第1款),但对书面劳动合同订立规则未作规定,而《民法典》有关于书面合同(电子合同)订立规则的规定(第469条第2款和第3款、第490条第1款、第491条第1款);又如,《劳动合同法》对劳动者违反竞业限制义务之违约金(第23条第2款)与赔偿金(第90条)的关系未作规定,而《民法典》则对违约金低于造成的损失的且双方当事人都有权请求调整有规定(第585条第2款)。这两种情形下的民法补充适用,依民法思维即可。

劳动法思维,即基于资强劳弱的假设,秉承社会公平和社会安全等社会法理念,强调有利劳动者原则的思维。亦即民法补充适用的选择,以符合劳动法的立法目的和基本精神为取向。例如,规避法律在现行劳动立法中都未被规定为劳动合同无效事由,而在《民法通则》第58条第1款和《合同法》第52条中则规定为合同无效事由,^④实践中关于

^③ 参见《工资支付暂行规定》第16条。

^④ 《民法通则》和《合同法》中关于规避法律为民事行为/合同无效事由的规定,在《民法典》中被第146条所吸收。

用人单位恶意规避《劳动合同法》第14条的若干行为应认定为无效行为的裁判规则,^⑩就是基于劳动法思维的民法补充适用。再如,现实中的劳动合同多见用人单位提出格式条款,但现行劳动立法对格式条款未作规定,而《民法典》从有利于接受格式条款方的取向规定了格式合同订立、格式条款解释规则(第496—498条),故对劳动合同补充适用合同格式条款规则,显然符合保护劳动者的劳动法目的。

(四) 民法补充适用于劳动争议案件的个例探讨

1. 诚信原则的适用

民法诚信原则,具有保障意思自治之有效性和正当性的功能,当然也适用于劳动合同,这已为《劳动合同法》所肯定。在诚信原则的道德和法律意义中,凡是依法或依约自己有告知或承诺义务的信息或事项,都应当纳入诚信评价的范围。鉴于民事关系是平等主体间的关系,诚信评价范围的安排对各方当事人是平等和无差异的。而在劳动关系中,劳动法对劳动者和用人单位所安排的告知或承诺义务的信息或事项范围是有差异的,故其诚信评价范围也有差异。例如,依《劳动合同法》第8条规定,用人单位招用劳动者时,不仅法定列举事项而且凡劳动者要求了解的情况,用人单位都有如实告知义务;而劳动者的如实说明义务,只限于劳动者与劳动合同直接相关的基本情况。这表明,劳动者告知义务的信息范围小于用人单位,凡与劳动合同不直接相关的情况,如劳动者是否怀孕等个人隐私信息,劳动者无义务告知,就不在诚信评价范围内。即是说,用人单位若就其无权了解的信息提问,劳动者即使答而不实,也不能据此认定其违反诚信原则,更不能据此追究其缔约过失责任。

然而,现实中不乏对劳动者泛用诚信原则的情形。例如,依据《劳动合同法》第37条无因预告辞职权、第22条出资培训服务期和第25条劳动者法定违约金的规定,除出资培训服务期外,劳动者对履行劳动合同至一定期限并无承诺义务,也就不应当纳入诚信评价范围。但是,却有既认定就业落户服务期条款无效,又认定劳动者预告辞职违背诚信原则而承担赔偿责任的判例^⑪,其合法性和正当性值得批评。其一,以适用诚信原则为由变相确认就业落户服务期的效力,违反了《劳动合同法》关于不得在法定违约金之外约定劳动者承担违约金的规定。其二,缺失突破强制性规定的个案正义。就业落户本是政府提供的公共产品,对劳动者而言是其作为公民的基本权利;对企业而言是用人环境的重要因素。在京、沪等城市,就业落户虽然是稀缺性公共产品,但就业落户条件中,劳动者素质等条件是就业落户资格的核心要素,企业条件不是、也不应当是劳动者就业落户的决定性条件;政府的政策意图是为劳动者在本市范围内公平就业提供有利条件,而不要求劳动者只在特定某个企业工作,更不会以此限制劳动者自由流动。企业协助劳动者办理就业落户手续,是其因招用劳动者而基于户籍管理制度的法定义务,并不能将协助办理就业落户手续作为限制劳动者自由流动的手段。故以劳动者违反诚信原则为

^⑩ 《广东省高级人民法院关于适用〈劳动争议调解仲裁法〉、〈劳动合同法〉若干问题的指导意见》(粤高法发〔2008〕13号)第22条第1款。

^⑪ 参见上海市第一中级人民法院(2018)沪01民终5652号民事判决书。

由裁判劳动者承担赔偿责任,与就业落户制度的政策意图不符,且违背了促进劳动者自由流动的政策精神^{④2}。

2. 公序良俗原则的适用

作为民法基本原则,公序良俗原则具有限制意思自治和为法律兜底之功能,将其引入法律适用,从而扩充法律渊源、弥补法律漏洞,当然对劳动合同有其必要性。在劳动关系领域,公序良俗原则的适用,一方面,具有作为民法基本原则适用的一般性,即只有在无现行强制性规定的情形下,才以公序良俗判断劳动合同及其当事人双方各自行为的效力;另一方面,具有作为劳动法基本原则适用的特殊性,即判断劳动合同及其当事人双方各自行为的效力所选择的公序良俗内容,应当符合劳动关系的特殊性和劳动法的基本价值,而不宜泛化。例如,据以判断劳动者是否有可予以惩戒性解雇之行为的公序良俗,尤其是对劳动者实施的未被企业劳动规章制度明确规定的行为可否以违反公序良俗为由予以惩戒性解雇的问题,应当对可选择为依据的公序良俗内容有所限制。首先是相关性。即劳动者所遵守的公序良俗应当与劳动过程中的劳动义务相关。《劳动法》第3条中规定的劳动者应当遵守的“职业道德”,就是劳动义务中的公序良俗。实践中的职业道德,因劳动者的职业、职务、岗位等因素的不同而在道德内容或要求宽严上有所差异,不能一概而论。而超出职业道德范围的其他公序良俗,则同劳动义务没有相关性。其次是严重性,即劳动者违反职业道德须达到严重程度。

3. 不可抗力规则的适用

在“两法”中,不可抗力规则都是基于客观重大风险和当事人无过错而公平分配风险负担的特殊规则,属于法定的强制性规则,无需合同约定且合同约定不得与之抵触。《民法典》中的不可抗力规则体系较为完整^{④3},现行劳动立法中的不可抗力规则,仅限于仲裁时效中止规则^{④4}、社会保险费缓缴或减免规则^{④5}和工资支付延期规则^{④6}。由此提出的问题是,民法的不可抗力规则可否补充适用于劳动关系领域法定不可抗力规则之外的情形,如因不可抗力合同解除规则可否适用于劳动合同。

劳动立法所规定的不可抗力规则之所以少于和严于民法的不可抗力规则,其依据是取决于劳动关系本质的风险责任分配原理。在劳动关系中,劳动者的劳动从属于雇主,而雇主是经营决策者、劳动过程管理者和劳动条件提供者;劳动者的劳动所得一般是作为劳动力再生产费用的劳动报酬、劳动福利和社会保险,而作为风险收入的利润全都归于雇主。于是,包括不可抗力在内的经营和用工风险的承担者当然是雇主而非劳动者。所以,在劳动法中,不可抗力一般不能成为雇主未履行雇主义务的免责事由,即使作为免

④2 参见中共中央办公厅、国务院办公厅印发的《关于促进劳动力和人才社会性流动体制机制改革的意见》(厅字〔2019〕56号)。

④3 参见《民法典》第180、194、533、563、590、832、1239、1240条。

④4 参见《劳动争议调解仲裁法》第27条第2款。

④5 参见《社会保险法》第60条第1款。

④6 参见《保障农民工工资支付条例》第14条第2款。

责事由,也要从严限制。例如,因不可抗力所致欠薪,雇主不可免付,而只可延期支付;因不可抗力所致职业伤害,雇主仍应承担工伤赔偿责任;因不可抗力致使劳动合同无法履行的,对雇主规定的是合同情势变更规则,而不是因不可抗力合同解除规则。因此,民法的不可抗力规则,劳动法未作特别规定的,才可补充适用于劳动关系。如,劳动关系运行中的不可抗力认定,可适用民法规定;劳动者因不可抗力未履行劳动义务的,可适用民法的不可抗力免责规则。

关于劳动合同可否适用民法的因不可抗力合同解除规则的问题。就用人单位辞退而言,《劳动合同法》对不可抗力虽未明确规定,但相关规定中有所涉及。如预告辞退和裁员事由中的“情势变更”,^{④7}就包括有“不可抗力”情形;其因情势变更预告辞退的规则,就相当于对《民法典》第533、563条因不可抗力合同情势变更规则与合同解除规则的混合,或者说是劳动合同情势变更规则对因不可抗力合同解除规则的吸收。既然如此,民法的因不可抗力合同解除规则就不宜适用于用人单位辞退。就劳动者辞职而言,《劳动合同法》并未就不可抗力情形下劳动者辞职作出规定,其第38条所规定的劳动者因用人单位违法或违约即时辞职且用人单位应当支付经济补偿的情形,本是指用人单位主观上有严重过错的情形。若用人单位因不可抗力而未履行劳动法或劳动合同义务,则不属于第38条所规定的情形。^{④8}因此,对于劳动立法这种漏洞,可以补充适用民法的因不可抗力合同解除规则,即劳动者可因不可抗力而辞职,但无权请求用人单位支付经济补偿。

(五) 灵活就业劳动者的法律适用

鉴于现行立法下灵活就业劳动者保护盲区不断扩大的现实,法律适用的急迫任务是,在适用民法的同时,有选择地参照适用劳动法,以适度扩大劳动法保护范围。依现行立法和政策的规定,有以下两条路径:

1. 非典型劳动关系认定适度从宽的参照适用

为破除以往劳动关系认定从严与保护手段“一刀切”互为因果的困境,非典型劳动关系认定适度从宽并有选择地参照适用劳动法就成为必然和可行的路径。^{④9}这已得到现行政策^{⑤0}的肯定。即:将新就业形态划分为“符合确立劳动关系情形”“不完全符合确立劳动关系情形”和民事关系情形,并给劳动者提供与传统业态正规就业不尽相同的保护方案,尤其是规定对各类情形都可以选择相应的法律手段保护其公平就业、休息休假、劳动安全卫生、基本养老保险和医疗保险、职业伤害保障等权益。^{⑤1}

其中,“符合确立劳动关系情形”,是指符合《劳动和社会保障部关于确立劳动关系有关事项的通知》(2005年)第1条规定的劳动关系成立所同时必备各要件的情形,属

^{④7} 参见《劳动合同法》第40条第(三)项、第41条第1款。

^{④8} 参见《四川省高级人民法院关于涉新冠肺炎疫情相关民事案件审理的法官会议纪要》(2020年)第三部分第11条。

^{④9} 参见王全兴、王茜:《我国“网约工”的劳动关系认定及权益保护》,载《法学》2018年第4期,第57-72页。

^{⑤0} 参见《人力资源和社会保障部等关于维护新就业形态劳动者劳动保障权益的指导意见》(人社部发〔2021〕56号)。

^{⑤1} 参见王全兴:《为“骑手”开通劳动权益保障之路》,载《上海法治报》2022年4月29日,第2版。

于典型劳动关系;“不完全符合确立劳动关系情形”,是指以典型劳动关系要件为参照标准,除必备“企业对劳动者进行劳动管理”之要件外,其他要件可不具备的劳动关系,属于非典型劳动关系。这就给非典型劳动关系认定提供了适度从宽的思路。

与劳动法全面适用于典型劳动关系不同,非典型劳动关系的法律适用在实践中已形成下述特点:(1)劳动基准中只选择部分事项强制适用于非典型劳动关系,其他事项是否适用则由当事人双方协商。^{⑤2}(2)典型劳动关系的劳动基准对非典型劳动关系只要求参照适用,而不必完全适用。例如,新就业形态劳动者的法定节假日加班工资只须高于正常工作时间工资即可。^{⑤3}(3)劳动基准事项可否参照适用于非典型劳动关系,取决于非典型劳动关系个案中是否具备特定劳动基准事项的适用条件。例如,网约快递员因工作时间具有灵活性和自主性而难以界定加班,故对正常工作日和周休日加班工资基准可不参照适用。(4)由于非典型劳动关系的契约自由空间大于典型劳动关系,指导或督促当事人参照劳动法规定签订协议,作为裁判之外的劳动法适用形式,更应受到重视。

2. 民事雇用关系和准从属性劳务关系作为无名合同的参照适用

在不能被认定为劳动关系而被划归民事关系的灵活就业劳动者中,处于保护盲区的仅限于因存在从属性而具有应受保护性的劳动者。一是具有人格或组织从属性,却因用工主体不合格(如自然人雇主)或劳动者不合格(如超龄劳动者、学生劳动者)而不被认定为劳动关系的情形,即民事雇用关系;二是因不具有人格或组织从属性而属于独立劳动,但具有外部经济从属性的情形,即准从属性劳务关系。二者本应受到一定的倾斜保护和社会保护,但现行劳动立法未将其纳入。在我国民法中,民事雇用合同和个人劳务合同都属于无名合同。依《民法典》第467条的规定,无名合同可以适用《民法典》中民事法律行为专章和合同编通则的规定,并可以参照适用合同编或其他法律最相类似合同的规定。对于民事雇用合同和准从属性劳务合同而言,存在的问题是:其可参照适用的“其他法律”中是否包括劳动法律,“最相类似合同”可否选择劳动合同,对劳动合同法律规范如何选择适用。

鉴于民事雇用和准从属性劳务都有一定的从属性,其与劳动关系的从属性最相类似,就可将适用于劳动合同的法律规定参照适用于民事雇用和准从属性劳务。这在相关政策中已有规定,如未进行工商登记注册的网络商户“可参照劳动合同法相关规定与劳动者签订民事协议,明确双方的权利、责任和义务”。^{⑤4}

民事雇用和准从属性劳务作为无名合同参照适用劳动法,值得重视的要点有:(1)民事雇用的人格或组织从属性较之准从属性劳务的外部经济从属性,在从属程度上前者一般强于后者,故劳动法对前者的可参照适用性一般强于对后者,这既表现在适用劳动基准事项的多少上,也表现在对具体劳动基准事项的参照程度上。(2)无论对民

^{⑤2} 参见《上海市劳动和社会保障局关于特殊劳动关系有关问题的通知》(沪劳保关发〔2003〕24号)第3条;《江苏省高级人民法院等关于审理劳动争议案件的指导意见》(苏高法审委〔2009〕47号)第1条第2款。

^{⑤3} 参见《浙江省维护新就业形态劳动者劳动保障权益实施办法》(浙人社发〔2021〕56号)第15条第1款。

^{⑤4} 参见《国务院关于大力发展电子商务加快培育经济新动力的意见》(国发〔2015〕24号)第10条。

事雇用还是对准从属性劳务,参照适用劳动法都应当类型化和个案化把握。如民事雇用中,超龄劳动者或学生劳动者无稳定就业的需求,而受雇于自然人的家政人员则多有稳定就业的需求,这决定着劳动合同法中职业安定规范有无参照适用的必要;准从属性劳务中,约定期限有长短之分,这决定着劳动合同法中解雇通知规范有无参照适用的必要。(3)劳动基准事项在参照适用中,可因其所对应的劳动权利的价值位阶不同而作普适性有无或范围大小之区分,最具普适性的如劳动安全卫生基准,次之如最低工资、工资支付保障等基准。(4)对于新就业形态中的民事雇用和准从属性劳务,劳动法参照适用的选择,应当以相关政策为依据。所规定的劳动权益事项中,除明确指向“不完全符合确立劳动关系情形”的以外,都可适用于各种情形的新就业形态劳动者,与其对应的劳动法规范就可选择适用于民事雇用和准从属性劳务。(5)民事雇用和准从属性劳务虽然是民事合同,若合同明确约定适用劳动法有关规定的,属于当事人双方对参照适用劳动法的合意选择,只要不违反法律强制性规定,其参照适用也符合民法的意思自治原则。

Abstract: In the legal adjustment of labor exchange relations, there is still a gap in the coordination between labor law and civil law with the theme of worker protection. The differences in the background of labor law and civil law relationship between China and the West show that the cause of the gap in China is that the separation pattern of labor law and civil law generated in the process of privatization/socialization of public law is insufficient to cope with labor market flexibility. Although the background is different, the theory of socialization of private law can be used as juristic reference to explain and solve the gap in China. Based on the arrangement of the *Civil Code*, in terms of legislation, the coordination between labor law and civil law should be arranged according to different types and levels, to solve the problem of the continuous expansion of worker protecting blind spots, and the socialization legislation of private law which is compatible with the relevant provisions of the *Civil Code* should be improved. In terms of the application of law, in the face of an insufficient supply of legal norms, the application of civil law norms should be supplemented to labor dispute cases. The identification of atypical labor relations should be appropriately relaxed, and labor law norms should be selectively applied to them with reference. And for civil employment and quasi-subordinate labor services, as unnamed contracts, the most similar labor law norms should be applied with reference.

(责任编辑:王莉萍)