

民法典编纂与雇佣(劳动)合同规则

谢增毅*

内容提要 雇佣(劳动)合同规则在民法典中的体例大致经历了法国模式、德国模式以及瑞士和意大利模式三个阶段,雇佣关系逐步演化为劳动关系。从雇佣合同到劳动合同,体现了法律对雇佣关系调整的理念和内容的深刻变化,劳动法在民法之外获得巨大的独立发展。虽然民法典中的雇佣规则调整劳动关系的功能弱化,但雇佣合同规则尚有存在的基础和必要。雇佣合同规则既为无法纳入劳动法的一般雇佣关系提供规则,也架起劳动法和民法沟通的桥梁,为劳动关系适用民法规则提供制度的连结点。未来我国民法典应规定雇佣合同规则,应采德国模式在债法的合同法部分规定雇佣合同,规定雇佣合同最基本的规则。

关键词 民法典 雇佣合同 劳动合同

在民法以及民法典与其他部门法的关系中,民法(民法典)与劳动法的关系、民法典的内容应否包括雇佣或劳动合同是绕不开的问题。民法典应不应该包括“雇佣”或“劳动”合同的内容,相关之内容应独立成编还是纳入债(合同法)编,是编纂民法典时不得不考虑的一个重要问题。

一、大陆法系民法典中的雇佣合同(劳动合同):模式与演变

雇佣关系的法律调整是一个历史和动态的过程。起初的雇佣关系是被作为借贷或租赁关系来处理的,劳动力被作为一种可以被他人完全支配和控制的标的。随着自然法思想和自由主义的兴起,对人拘束、压迫的法律制度逐步被废除,个人解放、人格独立、契约自由的思想盛行,雇佣关系逐渐丧失身份要素,慢慢渗入债权要素,成为“两个人格者间劳务与报酬之交换关系”,^①雇佣合同被纳入民法典之债编,作为债法以及合同法的重要内容。根据雇佣合同的内容及其在民法典中的地位,雇佣(劳动)合同在民法

* 中国社会科学院法学研究所研究员。

① 黄越钦《劳动法新论》(修订三版),台湾翰芦图书出版有限公司2006年版,第6页。

典中的体例,大致可以概括为四种模式。

(一) 法国模式

虽然法国民法典是启蒙时代的产物,但由于法国民法典制定于1804年,年代较早,其对待雇佣关系,仍未脱离历史窠臼,有关雇佣的内容被置于租赁契约的内容之中,雇佣被作为租赁契约之一种。按照2009年修订的《法国民法典》,有关雇佣的内容,即“雇工与劳务雇佣”,被放在五卷,即“人”、“财产及所有权的各种限制”、“取得财产的各种方法”、“担保”及“适用于马约特岛的规定”之“取得财产的各种方法”(即通常所说的“债法”)第八编“租赁契约”(共四章)之下,与“总则”、“物的租赁”、“牲畜租养”并列。^②可见,劳动力仍被视为商品交换以及租赁的一种标的或纯粹客体,与其他作为租赁标的的“物”或“牲畜”并未完全区分开来。而且,有关家庭佣人和工人雇佣的内容只有三条,^③其实质内容是就雇佣进行定义,并规定当事人一方可以随时解除合同,^④雇佣合同的内容极为简陋。

法国民法典之所以将雇佣置于租赁契约之中且条款寥寥,是由当时的历史背景所决定的。法国制定民法典时,尚处于农业社会,当时工业尚未大规模开始。根据统计,资产阶级革命前,工人只有1500万人。因此,民法典制定当时对工人阶级、对劳动方面的法律尚缺乏认识。^⑤虽然,法国民法典将雇佣作为租赁契约之一种,且内容简陋,但将雇佣放在债法中,贯彻意思自治的理念,承认雇佣契约当事人缔结和解除契约的自由,无疑是具有进步意义的。

(二) 德国模式

德国模式的最大特点是将雇佣契约从租赁契约独立出来,赋予雇佣契约新的内涵,并注意到了雇佣契约的人身属性。在结构上,雇佣契约被置于“总则”、“债务关系法”、“物权法”、“亲属法”、“继承法”之第二编“债务关系法”之第八章“各种债务关系”之中,成为该章第八节“雇佣合同和类似的合同”的内容,并与买卖、互易、承揽合同和类似的合同等并列。^⑥相比法国民法典,德国民法典中关于雇佣合同内容的规定大大增加,共25条(其中两条已经废止),而且内容涵盖雇佣合同的定义、报酬、非难禁止(雇主不得因受雇人以所准许的方式行使其权利而使之受不利益)、劳务给付的不可转让性、在企业转移情形下的权利义务、劳务权利人照顾患者的义务、采取保护措施的义务、雇佣关系的终止等等。^⑦可见,由于雇佣合同从租赁合同独立出来,雇佣合同自身的特点得到了极大彰显,而且,雇佣合同的人身属性也得到重视,劳务权利人的照顾保护义务等具有人身属性内容的条款得以确立。

^② 参见《法国民法典》罗结珍译,北京大学出版社2010年版。

^③ 即1779-1781条,其中第1781条已由1868年法律废止。参见《法国民法典》罗结珍译,北京大学出版社2010年版。

^④ 参见《法国民法典》罗结珍译,北京大学出版社2010年版。

^⑤ 参见郑爱青《法国劳动合同法概要》,光明日报出版社2010年版,第31页。

^⑥ 参见《德国民法典》(第4版),陈卫佐译注,法律出版社2015年版。

^⑦ 参见前引⑥。

与法国民法典相比,经过近百年的发展,德国制定民法典时的背景与法国已有显著不同。德国虽然工业化起步晚于英国和法国,但作为后起之秀,德国的工业化进程迅速,德国开始赶上英国和法国是在19世纪60年代,到了19世纪末,德国已在工业发展和增长率方面超过了英国和法国。1861年《德国普通商法典》颁布实施。19世纪80年代以后,工业资产开始变得集中,巨型企业不断形成。^⑧工业化进程的推进促进了产业工人规模的扩大以及劳动关系的复杂化。巨型企业的形成,也导致了工人的集中以及劳工运动的发展。19世纪后半叶,德国开始了规模宏大的工人运动。^⑨19世纪最后10年,德国的工人运动出现了力量整合,工人组织得到了发展,主要工人组织的成员数量达到了六七十万。^⑩可见,工人的力量已相当强大,而且劳动关系不仅是个人和企业之间的个体劳动关系,个人和工会、工会和企业、工会和工会等集体劳动关系成为劳动关系的重要组成部分。因此,1896年制定的民法典在规定雇佣合同时必然要反映工人运动和工人发展的情况。相应地,雇佣合同的内容得到较大发展。

尽管如此,由于民法典制定的理念以及雇佣合同在民法典中所处的位置,雇佣合同的内容仍然具有局限性,难以反映雇佣合同当事人之间的差异。正如德国学者米夏埃尔·马丁内克所言,19世纪末富于影响的政治上的自由主义所要求的,是不论身份差异与宗教差异而一律平等地适用于所有市民的私法。作为这样的私法的法典编纂结果的民法典应当坚决避开一切身份秩序,个人的私法地位也不应由身份差异与宗教差异决定。保护因经济发展而部分地蒙受不利益的工人阶级并使之适应市民社会的问题,并没有引起制定德国民法典的立法者的特别重视。^⑪因此,民法典对当事人的差异尤其是劳务提供者一方的保护是严重不足的。“《民法典》中没有或只含有很少关于社会保护的规定,这一点受到人们严厉的批评。《民法典》虽然规定了雇佣契约和租赁契约,但是却几乎没有为受雇人或承租人提供任何保障。”^⑫

从上看出,德国模式的突出特点是将雇佣合同独立于租赁合同,作为独立的一类合同置于债编的合同之中,突出雇佣合同标的为劳务的特征,围绕劳务提供和报酬支付的基本义务设定当事人的基本权利义务;贯彻意思自治原则,雇佣合同当事人享有解除或终止合同的较大自由;内容虽触及了雇佣合同的人身属性,粗略规定了雇主照顾和保护雇员的义务,但仍十分简单,对劳动者的保护依然十分有限。

(三) 瑞士模式

瑞士联邦债法典被认为是民法法系国家最具影响的三大民法典(法国、德国和瑞

⑧ 参见[德]罗伯特·霍恩、海因·科茨、汉斯·G. 莱塞《德国民商法导论》,楚建译,中国大百科全书出版社1996年版,第5-6页。

⑨ See Manfred Weiss & Marlene Schmidt, *Labor Law and Industrial Relations in Germany*, at 28-29 (Kluwer Law International, 2008) .

⑩ 参见前引⑨,第29页。

⑪ 参见[德]米夏埃尔·马丁内克《德国民法典与中国对它的继受——陈卫佐的德国民法典新译本导言》,载陈卫佐译注《德国民法典》(第4版),法律出版社2015年版,第10页。

⑫ 前引⑧,罗伯特·霍恩等书,第69页。

士)之一瑞士民法典的重要组成部分。瑞士于1881年颁布了《瑞士联邦债法典》,此后瑞士开始酝酿制定民法典,瑞士民法典自1912年起实施。瑞士债法在1911年规定了雇佣契约。1971年瑞士债法进行了重大修正,此次修正的重点在其第十章,将其原规定的“雇佣契约”改为“劳动契约”。“此一重大修正在‘民法社会化’的发展上具有划时代的意义,盖雇佣契约系以个人主义为基则的有关劳务给付之法律,而劳动契约则系以社会为出发点对劳动关系之规范,两者间不论质、量上皆有很大区别。”^⑬债法之修改,不仅是民法自身体系和理念的重大修正,对雇佣关系和劳动关系的法律调整也是一次重大变革。将雇佣契约改为劳动契约,并将劳动契约的大量规则纳入债法之中,对民法典以及债法结构而言,可谓开了先河,树了新风。

瑞士有关劳动合同的体例独树一帜。现行《债法典》第二编“各种合同”之第十章规定了劳动合同。相比德国、法国、日本民法典中的雇佣合同,瑞士债法中有关劳动合同的规定特点十分突出。第一,内容丰富、体系完整。劳动合同一章共四节,第一节规定一般劳动合同,为劳动合同总则;第二节规定特殊劳动合同关系(学徒合同、商事推销合同、家庭劳动合同);第三节规定集体合同和标准劳动合同;第四节规定强行法。有关劳动契约规则的条文超过120条。特别是第一节有关个体劳动合同的规定不仅涉及合同的订立、履行、变更、终止和解除,还涉及到雇佣保护、休息休假、社会保险、解雇保护、竞业限制等条款,内容十分丰富。第二,设立基准、限制自治。劳动合同法的有关规定设置了大量的最低标准以及强制规范,且不容许当事人进行变更,当事人的意思自治受到极大限制。这一点从第四节有关“强行性条款”规定亦可看出。第三,优待雇员、追求公平。债法的劳动合同规则注意到了雇员和雇主之间的差异,给予雇员许多优于雇主的待遇,特别是在有关工资支付、解除合同方面,雇员享有诸多优惠待遇。^⑭由于瑞士债法有关劳动合同的内容修改于20世纪70年代,当时的劳资关系以及工人保护的背景和理念与德国民法典制定当时已有显著不同,因此,其将雇佣合同改为劳动合同,并含有大量保护劳工之规定,应不足为奇。唯其将劳动法的大量规则以“劳动合同”之名,纳入民法典之债法之中,独具特色,使民法尤其是债法的结构体系更加丰富多样。这种体例一方面反映了劳动法理念和内容的变迁,另一方面也与瑞士民法典尤其债法的体系结构较为灵活和开放,以及民商合一的立法体例有关。例如,瑞士债法典不仅包括第一编“总则”、第二编“各种合同”等传统债法的内容,还包括第三编“公司与合作社”、第四编“商事登记、公司名称与商业账簿”以及第五编“有价证券”等商法的内容。^⑮

(四) 意大利模式

大陆学者一般将欧陆各国民法的体例划分为四类:即以法国民法典和西班牙民法典为模式的民法典,以瑞士债法典和民法典为模式的民法典,以德国民法典为模式的民

^⑬ 黄越钦《从雇佣契约到劳动契约》,载《政法法学评论》1981年总第24期。

^⑭ 有关瑞士债法的英文版 The Code of Obligations, Swiss Civil Code, 载瑞士联邦委员会(Federal Council)网站: <https://www.admin.ch/opc/en/classified-compilation/19110009/index.html>, 最后访问时间:2016年6月24日。

^⑮ 参见《瑞士债法典》吴兆祥、石佳友、孙淑妍译,法律出版社2002年版。

法典,以及以意大利民法典为模式的民法典。^{①⑥}有趣的是,和欧陆民法体例的分类相似,雇佣合同(劳动合同)在民法典中的体例,也与这四种民法的体例大致相对应,而呈现出不同的特点。除了上述雇佣(劳动)合同在民法典中的三种体例,意大利民法典中的劳动合同规则体例也有自身的显著特点。《意大利民法典》包括序编“一般原则”,第一编“人与家庭”,第二编“继承”,第三编“所有权”,第四编“债”,第五编“劳动”,第六编“权利的保护”。其中“劳动”编的内容十分丰富。第五编“劳动”极具特色,虽名为“劳动”,实则不仅包含劳动法的规范,还包括合伙、公司、合作社等商法的规范,还包括著作权、专利和商标等知识产权规范,甚至还包括了对公司等犯罪的规定。^{①⑦}该编包含的规则性质不一,名称冠以“劳动”,内容实则超出“劳动”,其中原因耐人寻味。意大利之所以将劳动法纳入民法典,并独立成编,主要原因有三。第一,劳动法自身的发展。19世纪末20世纪初,随着工业革命的推进和工人阶级的壮大,劳动关系的法律保护逐渐受到重视,一些特别立法得以制定。这些立法旨在保护劳动者特别是弱势劳动者(妇女、儿童)的权益。随着劳动法的逐渐发展,学者们意识到劳动法不应仅仅停留在特别法、例外法的层次,而是应当争取与民法、商法平起平坐的地位,劳动法的规范也必须成为私法体系下的一般性规范。第二,私法统一的运动和民商合一的体例。在1942年民法典制定过程中,立法者有两个基本思路:一是私主体被置于所有的利益范围的中心地位,这些利益范围涉及民事活动和商事活动、所有权和经营管理、物和行为;二是全部的私生活要反映在同一部法典中,即民法典中。因而民法典是个人法与家庭法、财产法与继承法、企业法同经济组织法的统一。^{①⑧}第三,合同法理念的进步。相比德国民法典,意大利新民法典制定于20世纪40年代,立法者对合同当事人的差异性以及合同义务的观念更为现代,认识到了对部分合同内容规制的必要性,且合同当事人的利益并不仅仅局限于金钱利益,也包括人格和人身利益。立法理念的更新为劳动法纳入民法典奠定了基础。在以上背景下,作为调整私人活动的法律且是商事活动不可或缺的组成部分,劳动法被纳入民法典,是其私法统一以及民商合一的必然结果。至于为何“劳动”编除了劳动法,还包含商法以及知识产权的内容,主要是由于当时的特殊历史背景。民法典制定当时正是意大利法西斯主义盛行时期,当时强调“劳工”和“资本”的合作,且双方都必须服从于国家利益,即便企业主也视为“工人”,劳工和企业主被混杂在一起,相应地,商法、知识产权法和劳动法统统被纳入“劳动”编。当时的立法工作机构也指出,“在新民法典中加入第五编,致力于调整广义(即所有的形式与类型)的劳动,其涵盖的那些合同尽管性质混杂,但都将‘劳动’作为它们独有且主要的要素。”^{①⑨}而且,起初该编名为“企业与劳动”,后因该编亦包含与企业运转无关的劳动(如“家政劳动”),故删去初稿编名

^{①⑥} 参见[匈]伽波·汉扎:《民法典编纂的历史回顾及其在匈牙利的最新发展》,载张礼洪、高富平主编《民法法典化、解法典化和反法典化》,中国政法大学出版社2008年版,第255页。

^{①⑦} 参见《意大利民法典》,费安玲等译,中国政法大学出版社2004年版。

^{①⑧} 参见费安玲:《1942年〈意大利民法典〉的产生及其特点》,载《比较法研究》1998年第1期。

^{①⑨} 转引自粟瑜、王全兴:《〈意大利民法典〉劳动编及其启示》,载《法学》2015年第10期。

中的“企业”,而将该编定名为“劳动”。^{②①}

虽然意大利民法典体例,包括劳动合同在民法典中的体例,和瑞士模式有较大区别,如果从劳动规则的实质看,两者在民法典中都采用了劳动合同和劳动关系的概念,并且将大部分劳动合同规则包括集体合同规则纳入民法典之中。因此,从规则的实质内容看,瑞士、意大利可归入同一模式。

综上所述,从法国民法典的租赁合同,到德国民法典的雇佣合同,再到瑞士债法典和意大利民法典的劳动合同,其实是反映了雇佣关系法律调整的历史变化以及雇佣和劳动合同关系立法理念和规范内容的变迁和升级。尽管民法典中有关雇佣合同或劳动合同的体例不同,抛开形式,各国几乎都经历了从雇佣合同到劳动合同的转变。从历史和规范的角度研究雇佣(劳动)合同在民法典中的体例及其内容,以及雇佣合同和劳动合同的异同,对于我国民法典编纂如何处理雇佣(劳动)合同规则具有十分重要的借鉴意义。

二、从雇佣合同到劳动合同:概念区分与价值嬗变

(一) 概念区分:文本与现实

雇佣关系(雇佣合同)、劳动关系(劳动合同)的概念以及两者关系,是我国劳动法最基本、最重要,同时也是最混乱的话题之一。不同国家(地区)对之也存在不同理解,甚至也产生分歧。

在德国,雇佣的定义,可以从民法典的规定看出。《德国民法典》第611条规定,因雇佣合同,允诺劳务的一方有义务提供所约定的劳务,另一方有义务给予所约定的报酬。雇佣合同的标的可以是任何种类的劳务。^{②②}因此,雇佣合同强调的是合同的标的是劳务,这是雇佣合同的本质,也是雇佣合同区别于以劳动或劳务的结果为标的的承揽合同等其他合同的主要标志。^{②③}可见,雇佣合同对当事人的地位及其相互关系并未给予关注。与雇佣关系或雇佣合同相对的是劳动关系和劳动合同。在德国,劳动关系是劳动法适用的基点。劳动关系通过劳动者和雇主之间的劳动合同建立。按照德国学者的观点,按照劳动合同,劳动者承担在雇主领导和指挥下给付约定劳动的义务;雇主承担支付约定劳动报酬的义务。^{②④}虽然在德国,劳动合同和劳动关系的法律概念都没有立法的明确界定,但学界对劳动合同(劳动关系)以及调整劳动关系的劳动法的认识是比较一致的。“根据流行的定义,雇员是指基于私人合同,处于‘人身从属’关系中,而有义务为他人工作的人”,“这一准则的核心要素是人身从属性”。^{②⑤}因此,劳动合同区别于一

^{②①} 参见前引^{①⑨}粟瑜、王全兴文。

^{②②} 参见《德国民法典》(第4版)第611条,陈卫佐译注,法律出版社2015年版。

^{②③} 参见《德国民法典》(第4版)第631条,陈卫佐译注,法律出版社2015年版。

^{②④} 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43-44页。

^{②⑤} Manfred Weiss and Marlene Schmidt, *supra* note 12, 45.

般雇佣合同之处在于雇主对劳动者的“领导和指挥”,即劳动者从事的是“从属性”或“依附性”劳动。德国学者也认为,劳动关系和一般雇佣关系的区别在于是否具备从属性。“要通过私法性合同建立劳动关系,被允诺的劳动给付必须依据指示来提供,人们称其为非自主性劳动。在法律上与此相对的是(自由)雇佣合同”^{②5}。因此,劳动契约乃是特种之雇佣契约,可称为从属性的雇佣契约。^{②6}对劳动关系“从属性”的揭示,一方面反映了雇主和雇员劳动关系的本质内容,另一方面也突出了劳动合同规则对当事人具体地位和实力的关注。

在日本,学界对雇佣合同和劳动合同的理解与德国有所不同。关于雇佣合同的定义,《民法典》第623条规定“雇用是根据当事人的一方向另一方提供劳动,另一方对此支付报酬而发生效力的约定。”^{②7}因此,从民法典文本看,雇用合同仅强调合同标的为劳动(劳务),并没有其他限定。关于劳动契约,日本《劳动契约法》第6条规定,“劳动契约是劳动者被雇主使用下劳动,雇主对此支付工资,根据劳动者与雇主的合意而成立”。该规定指出了劳动契约的基本要素,即当事人一方在另一方的指挥命令下劳动,另一方对此支付等价报酬。^{②8}可见,从条文上看劳动契约突出了雇主对雇员的指挥命令,即从属性。因此,从文本角度看,劳动契约和雇佣契约是存在差别的。有趣的是,在日本,学界对雇佣合同和劳动合同的异同却存在不同看法,焦点是雇佣合同是否也存在“指挥命令”的因素。例如,下井隆史指出,“民法上的雇佣,是约定‘服从的劳务’和‘获取报酬’的契约关系,这无非是资本主义社会租赁劳动关系的法的表现。所以把劳动契约与作为契约类型的雇佣契约作同一理解是正确的。”^{②9}这种观点认为雇佣契约也有从属性。岛田阳一指出,雇佣契约和劳动契约的性质是同一的还是不同的,一直存在争议。1950年代确立的民法学通说认为,雇佣合同和承揽、委任等其他劳务供给合同的区别在于是否基于“指挥命令”而提供劳务。然而,最初立法时,基于“指挥命令”而提供劳务并不是雇佣合同和其他劳务提供合同之间的区别,这一点是很明确的。2007年制定劳动契约法时,虽然将劳动合同和雇佣视为同一类型的法的性质,有关劳动合同性质的争议不会因此而终结。^{③0}概言之,当前日本主流的意见认为,雇佣契约和劳动契约是同义的,均指具有从属性的劳务提供合同关系。少数派的观点认为,雇佣契约的概念宽于劳动契约,前者既包括后者,还包括不存在从属性的劳务供给关系。类似的,在我国台湾地区,雇佣契约与劳动契约的概念相当,即使理论上或有些微差异,但实务上则无明确

②5 前引②3,雷蒙德·瓦尔特曼书,第44页。

②6 参见史尚宽《债法总论》,中国政法大学出版社2000年版,第294页。

②7 日本2004年修改《民法》时,将第623条以下的“雇用”的用语改为“雇用”,其主要目的主要是实现语言的现代化。参见田思路、贾秀芬《日本劳动法研究》,中国社会科学出版社2013年版,第94页。因我国长期使用“雇佣”一词,且今日我国台湾地区民法中仍使用“雇佣”一词,德国民法典的中译本也使用“雇佣”,本文遵从习惯,仍使用“雇佣”一词。

②8 参见前引②7,田思路、贾秀芬书,第94页。

②9 田思路、贾秀芬《契约劳动的研究——日本的理论与实践》,法律出版社2007年版,第64页。

③0 参见[日]岛田阳一《雇佣契约的思考》,载《日本劳动研究杂志》,劳动政策研究研修机构出版,2012年11月号。

区分。“如具从属性之劳务给付者,即属于雇用(或劳动)关系性质之劳务契约,亦即适用‘劳基法’上之相关劳工保护规范”。^{③①}可见,雇佣契约和劳动契约并不作严格区分。

由上可见,在德国,对雇佣合同和劳动合同的区别较为明显;在日本和我国台湾地区,虽然从文本上可以区分雇佣合同和劳动合同,但现实中并不严格区分雇佣合同和劳动合同,主流观点认为二者是一致的,这一点非常值得关注。

(二) 雇佣合同和劳动合同的实质差别

上述关于雇佣合同和劳动合同的差异,从文本看,主要从外延上进行区分,即受雇人是否提供了从属性的劳务。如是,则属于劳动关系,如否,则属于雇佣关系。由于承揽合同、委托合同等其他契约类型的成文化,大部分劳务提供者提供的劳务都具有一定的从属性,即都受到雇用人一定的指挥控制,纯粹的完全由受雇人自主决定的劳务供给关系(自主劳动)越来越少。“今日大部分之雇佣关系,均属于劳动法上意义之劳动关系”。^{③②}以德国为例,2012年,在德国8200万居民中,约有3700万雇员(包括190万公务员、法官和军人),与此相对,约有450万自主劳动者,也即在大概4150万的从业人员中,有大约89%的人是劳动者。^{③③}不具从属性的一般雇佣关系的比例低、数量少。因此,大部分劳务提供者都作为雇员或“劳动者”受到劳动法的调整和保护。这也是为何在日本和我国台湾地区,实务上很难将雇佣合同和劳动合同加以区分的重要原因。依笔者之见,雇佣合同和劳动合同的本质区别不仅在于其范围大小和量上多少的差别,而更在于法律对雇佣合同调整的理念更新和内容变化。

如上述,雇佣契约的概念和相关规则确立于民法典之中,以德国法为代表。由于雇佣契约作为债权之一种,雇佣合同被视为财产性的合同,因此,雇佣合同的规则主要立足于劳务的提供和报酬的支付,当事人的财产利益,是其关注的焦点。从这点看,雇佣合同和其他以物为标的的财产性合同,如买卖合同,并无实质区别。但事实上,雇佣契约之债务毕竟由人提供,与一般的物物交换具有明显区别,劳务与劳务提供者无法分离。因此,作为主要规范财产关系的合同法规则本身是难以照顾到标的(劳务)之外的提供者的身份属性及其人格要求的。劳务提供者的保护涉及人权保护的诸多因素,必须关注其安全、健康、休息等权利,平衡劳动者的工作与生活,维护劳动者的自由和人格利益,如此广泛的内容实为债法规则难以容纳。

随着实践的发展,19世纪末20世纪初以来,进入具有社会色彩的劳动契约时代。在劳动契约时代,国家制定了劳动保护法规,使雇主负担公法上的义务,以保护劳动者;将劳动契约社会化,制定代表高度社会意义的劳动契约法;利用团体协约使劳资双方由对立进而合作;实行社会保险政策;设立劳动法庭等等。^{③④}因此,雇佣契约到劳动契约的

^{③①} 林良荣《雇佣契约的“伪装”与劳动权利之保护》,载林良荣、孙迺翔主编《劳动市场变迁与社会安全制度——两岸劳动法与社会法的比较》,新学林出版股份有限公司2013年版,第46页。

^{③②} 前引^{②⑥},史尚宽书,第294页。

^{③③} 参见前引^{②③},雷蒙德·瓦尔特曼书,第6页。

^{③④} 参见前引^①,黄越钦书,第7页。

转变,其反映的是通过民法典的债法或合同法规则调整雇佣契约,发展到通过民法规则之外的特别劳动立法调整劳动关系的变迁。本质上,由于大量劳动特别法的出台,民法典所规定的雇佣合同,越来越受到民法典之外的特别劳动法的调整,雇佣契约也逐渐被劳动契约所取代。瑞士和意大利等国则直接在民法典或债法中以劳动合同取代雇佣合同,并辅以其他特别劳动立法调整劳动关系。因此,从雇佣契约到劳动契约的转变,主要不是因为雇佣关系内容本身的变化,而主要是法律的调整模式、价值追求和规则内容的变化。我国台湾地区学者黄越钦指出,“雇佣契约系以雇用人对劳务之‘所有’及对劳动者之‘支配’为中心;而劳动契约则以提供劳务的劳动者其‘人’为中心,以此中心所展开的法律体系,当然与市民法大异其趣,逐渐远离。”^⑤在笔者看来,雇佣契约乃是以“物”为中心,劳动契约乃是以“人”为中心;前者以劳务的给付为其核心要务,后者以劳动者的保护为其核心要务。这是雇佣契约和劳动契约在法的价值追求和规范内容上的根本区别。

在劳动契约时代,在民法典之外,保护劳动者和调整劳动关系的法律大量涌现,这些法律不再拘泥于民法典中有关雇佣的内容,而是从“人”的角度出发,保护劳动者,维护劳动秩序,逐渐形成调整劳动关系的劳动法或劳工法体系。“劳工被纳入企业组织之内,居于从属地位为他人提供劳务,必须服从雇主之指示,纯靠工资谋生,须特别加以保护,整个劳工法,系以保护劳工为目的”^⑥。以德国为例,在民法典之外有关劳动的立法包括劳动关系法、劳动保护法和集体劳动法。劳动关系法,“承认了大量背离一般民法规则的规则”,包括特别的法律规定,如《解雇保护法》、《非全日制及固定期限劳动合同法》、《工资继续支付法》、《联邦休假法》、《一般平等对待法》以及法官的“造法”,劳动法的特别之处背后是“法律关系超越给付交换的维度和该法律关系人法上的特征”。^⑦劳动保护法主要体现了国家对劳动者的强制保护,主要包括技术性劳动保护(危险保护)、劳动时间和劳动合同保护的立法。集体劳动法包括《团体协议法》、《工厂组织法》、《参与决定法》等。

因此,相比民法典中数量极为有限的雇佣合同条文,劳动法的立法数量相当可观,内容极为丰富,而且许多规则已经改变了民法典的雇佣合同规则。德国学者尖锐指出,虽然《德国民法典》第611条及以下各条从原则上说也适用于雇佣契约,但实际上,这些条款由于各种劳动单行法规的存在而几乎完全不起什么作用。人们普遍认为,劳动法早已在《德国民法典》之外自成体系,无论是在大学的法学教学中还是在法学著述中,劳动法都被视为是一个独立的法律部门。^⑧我国台湾著名民法学者黄茂荣先生也指出,随着受雇人之保护(最低工资、终止之保障、社会保险)的加强,“有一天民法上关于雇佣

⑤ 前引①,黄越钦书,第37页。

⑥ 王泽鉴《民法学说与判例研究》(第2册),台湾三民书局2009年版,第359页。

⑦ 前引②,雷蒙德·瓦尔特曼书,第21页。

⑧ 参见前引⑧,罗伯特·霍恩等书,第347页。

之规定,可能走入法制史,而不再有现行法的意义。”^③可见,随着实践的发展,民法典中雇佣合同规则日渐式微,作用越来越小。欧陆大部分国家如德、法虽在民法典中保留雇佣合同,但在民法之外出台了大量劳动立法,劳动法成为调整劳动关系的独立部门;少部分国家如瑞士和意大利则在债法或民法典中用劳动合同取代雇佣合同,并配以特别劳动立法。雇佣合同面临“死亡”的危机。

三、雇佣合同法的存与废

从目前主要大陆法系国家民法典看,雇佣合同规则尚且存在,雇佣合同规则并不会快速“死亡”。

第一,劳动合同本质上是私人(私法)合同,私法原则和规则仍有适用于劳动关系的余地。德国法非常强调劳动合同是基于私人合同而建立,将依据私法合同,而非受迫或者根据公法建立的关系(如职业公务员或法官),作为判断劳动合同和雇员身份的两大要素之一。^④因此,尽管劳动法产生了大量异于民法特别是雇佣合同法的规则,但雇佣合同规则及其背后的私法理念和基本原则仍可适用于劳动关系。

第二,并非所有雇佣关系都可以纳入劳动法之中,部分雇佣关系仍需适用雇佣合同规则。虽然,大部分雇佣关系已被纳入劳动法的调整范围,受到劳动法的调整,但现实生活中仍有部分不具从属性的雇佣关系无法纳入劳动法,只能依靠传统的雇佣合同规则进行调整,还有一部分雇佣关系无法完全适用劳动法,只能适用劳动法的部分规则,雇佣规则仍有适用的余地。前者如偶尔雇用钟点工从事家务工作,偶尔雇人剪草修花,雇人搬运东西,实属典型之雇佣关系,难以纳入劳动法的调整范围;后者如家庭或个人长期雇用家政工,该雇佣关系具有劳动关系的某些特点,但劳动法的某些规则又难以完全适用,比如解雇保护、工作时间规则等。因此,雇佣合同的一些规则仍然可以适用于该类主体。特别是随着科技和网络技术的发展,各种灵活用工方式不断涌现,越来越多的雇佣关系可能无法被劳动法所吸收,民法中的雇佣规则就有用武之地。因此,雇佣合同规则并非可有可无。典型的例子是,虽然《意大利民法典》第五编“劳动”第二章规定了“企业劳动”,调整“从属性的劳务”关系(2094条),即经典的劳动关系;但民法典仍在该编第三章规定了“自由职业”,主要调整“与委托方无隶属关系、主要以自己的劳动完成某项工作或服务并收取一定报酬的人”的“工作契约”(2222条),即缺乏从属性的一般雇佣关系。因此,即便在“劳动”独立成编的《意大利民法典》,劳动合同规则并不能涵盖所有雇佣关系,雇佣规则在民法典中仍不可或缺!

第三,雇佣合同规则自身也有一定的包容性和弹性,并可以融入劳动关系的某些规则。虽然民法典中的雇佣规则和特别劳动法的建构理念不同,但民法自身也在追求现

^③ 黄茂荣《债法各论》(第1册),中国政法大学出版社2004年版,第132页。

^④ 参见前引^②。

代化以及实质的公平正义。因此,民法中的雇佣规则可以照顾到劳动关系的实质,而对自身的规则加以调整和改良,民法典中不妨也可专门针对劳动关系规定若干重要规则。例如,《德国民法典》虽然在第二编债务关系法规定了雇佣合同,但在“雇佣合同”下,包含了若干关于“劳动关系”的规定。可见,德国民法典的雇佣合同规则当中,一些规则适用于所有的雇佣关系,一些规则仅适用于劳动关系,一些规则仅适用于劳动关系之外的雇佣关系,殊为有趣。这也反映了雇佣合同规则自身的现代化以及雇佣合同规则照顾到劳动合同规则的特殊性而产生的变化,值得重视。此外,雇佣或劳动的有关规则置于民法典之中还是之外也处于变动之中。有些规则以往置于民法典之中,现在已经不在其中,例如有关反歧视的规则;有些规则以往游离于民法典之外,现在则进入民法典之中,例如有关劳动合同的一般性条款。因此,民法典中的雇佣合同规则并没有死亡,虽其地位和作用式微,但仍有存在意义,并在一定程度上具有顽强的生命力。

因此,即便特别劳动法日益发达,劳动法体系日益庞大,雇佣合同规则也无法完全被劳动法规则取代,雇佣合同规则仍有自身存在的基础和价值。

四、我国雇佣(劳动)关系法律调整的特殊 路径与雇佣合同规则确立的必要性

从上可知,不同国家/地区雇佣(劳动)规则虽然存在共通的理念和制度,也存在不同的背景和模式。我国民法典的编纂以及雇佣(劳动)合同规则的完善必须扎根于我国的传统和现实。

(一) 雇佣关系和劳动关系法律调整的变迁

我国百年来在雇佣关系和劳动关系的法律调整上也经过了漫长的探索和曲折的过程。1911年完成的《大清民律草案》,采总则、债权、物权、亲属、继承五编体例,在债权编第二章“契约”第九节规定了“雇佣”,共计17条。^①1926年完成的《民国民律草案》,采总则、债编、物权、亲属、继承五编体例,在“债编”第二章“契约”第十一节规定了“雇佣”,共计16条。^②这两部草案广泛吸收欧陆民法制度,雇佣也不例外。1930年完成的《中华民国民法》采总则、债权、物权、亲属、继承五编体例。该民法典,“采德国立法例者,十之六七,瑞士立法例者,十之三四,而法日苏联之成规,亦尝撷取一二,集现代各国民法之精英,而弃其糟粕,减巨制也。”^③该法典在第二编“债”第二章“各种之债”第七节规定了“雇佣”,条文共计8条。条文数量较之前草案有所减少,主要涉及雇佣的定义、报酬的支付、合同的专属性、合同的终止和消灭等。^④值得注意的是,除了民法典,南京

^① 参见杨立新主编《中国百年民法典汇编》,中国法制出版社2011年版,第129-130页。

^② 参见前引^①,杨立新书,第285页。

^③ 梅仲协《民法要义》,中国政法大学出版社1998年版,初版序,第1页。

^④ 参见前引^①,杨立新书,第440-441页。

国民政府时期的劳动立法也相当可观。1927年7月曾设立劳动法起草委员会,着手编纂劳动法典,没有完成,后来决定采取制定单行法律、法规的形式。当时制定的劳动法律有6部《工会法》(1929)、《工厂法》(1929)、《劳动争议处理法》(1930)、《团体协约法》(1930)、《劳动契约法》(1931)、《最低工资法》(1936),另有劳动法规7种。应该承认,短短几年中能使劳动法律体系初具规模,立法效率是相当高的。当时出台的劳动法律法规,对合理调整现代企业劳动关系,从而促进旧中国商品经济的发展起了一定的积极作用。^{④5}同时,从当时进行了大规模的劳动立法的情形看,由于大量单行劳动立法的出台,大量的雇佣合同(劳动合同)规则通过工厂法、劳动契约法等专门劳动法律体现,这似乎可以解释《中华民国民法》有关雇佣的规则条文数量大幅减少的原因。这个时期的劳动法主要是学习欧陆制度,法律法规虽然无法得到全面实施,但欧陆先进制度及其思想的引入和传播,仍具有重要意义。

新中国成立后,包括民法典在内的旧制度被废除。1977年以后,劳动立法和劳动工作开始从整顿工作制度入手,以服务于恢复和发展生产的目的。而后以经济体制改革为依据,改革劳动工资管理制度。党的十四大以后则在建设社会主义市场经济体制目标下,以制定《劳动法》为中心,构建新的劳动法律制度。^{④6}2007年以后,我国加快劳动立法。目前,我国劳动法律体系已初步形成。与此同时,建国以来,我国民事立法也不断发展,包括1986年出台的《民法通则》以及1999年的《合同法》。但值得注意的是,民国时期民法典的体例以及有关雇佣合同的规定在建国以后没有得到延续,我国《民法通则》、《合同法》、《侵权责任法》等法律中再也没有正式出现“雇佣”合同的规定。2002年立法机关公布的《民法》(草案)在第三编“合同法”中也没有关于“雇佣合同”的规定。

因此,新中国成立以来,“雇佣合同”的理论和制度实践在我国已经荡然无存,我国仅有劳动合同的立法和理论,雇佣合同在现行法中已经消失得无影无踪了。由于我国目前缺乏雇佣合同的制度和理论,加上我国《劳动法》和《劳动合同法》所覆盖的劳动关系范围较为狭窄,^{④7}使得现实当中没有被这两部法律覆盖的大量的一般雇佣关系缺乏法律规则,裁判机构只能运用一般的合同法规则加以裁判,往往漠视了雇佣合同的特殊性,无法为现实纠纷提供圆满的解决方案。

(二) 雇佣合同与劳动合同规则的先后

从上可知,典型大陆法系国家和地区关于雇佣合同和劳动合同及其规则的关系,是先有雇佣合同规则,而后在立法和实践中逐渐产生出劳动合同的概念及相关规则;换言之,是先有雇佣合同规则,后有劳动合同规则,劳动合同规则既产生于雇佣合同规则,又超越雇佣合同规则。反观我国,新中国成立以后,民国时期民法典及其雇佣合同的规则没有得到延续,雇佣合同没有被立法所确立,也没有相应的制度实践。在《合同法》起草

^{④5} 参见史探径《社会法学》,中国劳动社会保障出版社2007年版,第83页。

^{④6} 参见前引^{④5},史探径书,第85-87页。

^{④7} 例如,《劳动合同法》第2条将用人单位限定为“企业、个体经济组织、民办非企业单位等组织”,个人之间发生的以劳务给付为内容的合同关系不属于该法的调整范围。

过程中,原本有“雇佣合同”内容,后来被取消,主要是因为来自劳动行政部门的反对。^④与此同时,我国自《劳动法》颁布以来,已颁行了大量的劳动法律、法规。因此,我国建国以来,劳动法的制度体系以及规则并不是建立在雇佣关系发达以及雇佣合同规则基础之上,而是一开始就在劳动关系这一领域内进行劳动法的规则生成和制度实践,这一点是我国雇佣关系和劳动关系及其法律调整与典型大陆法系国家规则及实践的显著不同之处。

因此,问题就自然产生了。大陆法系典型民法典中的雇佣合同规则主要是19世纪末20世纪初的产物,而且很多规则已经被劳动法规则所取代。而新中国成立以来,我国虽长期没有雇佣合同的规则和实践,但劳动立法与实践已相当可观。我国是否有必要在21世纪,在劳动法的理论和实践已充分展开的背景下,在民法典中再行规定雇佣合同规则,“重回”雇佣合同规则的时代?而且,我国长期以来有关“劳动关系”的概念并未在立法中得到确认,相关概念和解释也缺乏共识。再引入“雇佣合同”的概念和规则是否会使雇佣合同和劳动合同的概念和理论更加混乱,立法和实务面临更严峻考验?

(三) 应将雇佣合同纳入未来民法典

尽管我国雇佣关系和劳动关系的法律调整路径与大部分欧陆国家不同,我国已有丰富的劳动立法与实践,但从本文第三部分可知,雇佣合同规则在当今时代仍有存在的基础和价值。而且,我国雇佣关系和劳动关系的发展以及相关的立法实践,也凸显了对雇佣合同规则的强烈需求。尽管我国在正式的法律中并没有出现雇佣的概念,但有关司法解释对“雇佣”作了规定,相关立法也出现过类似的概念。这说明了实践中“雇佣”的存在。例如,2003年最高人民法院出台的《关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》第9条规定了雇员在从事雇佣活动中致人损害的赔偿责任,第11条规定了雇员在从事雇佣活动中遭受人身损害的赔偿请求权,而且第9条还界定了何为“从事雇佣活动”。虽然该司法解释对“雇佣”的界定存在诸多值得商榷之处,但毕竟在司法解释中承认了雇佣活动或雇佣关系的存在。《侵权责任法》第35条规定了“个人之间形成劳务关系”导致的侵权责任的承担主体。很明显,“个人之间形成劳务关系”按照目前《劳动法》的规定不属于劳动关系,也不受劳动法调整,其很可能形成民法上的雇佣关系。因此,我国零散的和雇佣有关的规定也暗示了现实中存在大量的“雇佣关系”。由于在债法或合同法中缺乏雇佣的定义和一般规则,现实中雇佣关系就难以认定,相关规则难以统一,例如上述司法解释和《侵权责任法》在涉及“雇佣”的侵权责任规定上就存在较大不同。

因此,无论从大陆法系国家民法典中普遍包含雇佣规则或劳动规则的立法例,以及雇佣规则自身存在的价值看,还是从我国现实生活对雇佣规则的需求看,雇佣规则在我国仍有存在的客观基础和现实价值。从德国和日本的立法及实践看,雇佣的定义是可以清楚界定的,雇佣关系和劳动关系也可以从理论、立法和实务上加以区分,并给予相

^④ 参见郑尚元《雇佣关系调整的法律边界》,载《中国法学》2005年第3期。

应的法律调整。我国不应仅因为缺乏雇佣规则的传统和实践而在民法典编纂时放弃雇佣规则。在民法典中规定雇佣合同规则并不是“历史的倒退”。我国未来的民法典有必要将雇佣规则纳入其中。

需要说明的是,“雇佣”关系的特殊形式——劳动关系强调雇员从事的是非自主性(从属性)的劳动,换言之,雇员需要按照雇主的指挥和管理从事劳动,但雇员和雇主是相互独立而平等的,一般的雇佣关系更强调劳务提供者的自主性,因此,雇佣关系和是否存在“剥削”并无直接关系。主张“雇佣”这一“剥削”现象已经消灭,不存在雇佣关系,因此不需要雇佣合同的观点,是不能成立的。上文提及,日本2004年修改《民法》时,将“雇佣”改为“雇用”,虽然其目的主要是实现语言的现代化,但从涵义上看,“雇用”相比“雇佣”似乎更准确。《现代汉语词典》将“雇佣”解释为“用货币购买劳动力”;将“雇佣劳动”解释为“受雇于资本家的工人的劳动”;将雇用解释为“出钱让人为自己做事”。^④可见,“雇佣”一词具有较强的历史痕迹,“雇用”更为中性,更贴近其现代涵义,不易引人误解。未来编纂民法典时,不妨借鉴日本,在正式的法律中用“雇用”取代“雇佣”。

五、雇佣(劳动)合同在未来民法典中的体例

明确了在民法典中规定雇佣合同后,面临的便是立法体例和立法技术问题。我国是采用德国、日本的模式规定雇佣合同规则,还是直接在民法典中规定劳动合同规则。如果直接规定劳动合同规则,是借鉴瑞士模式,将其置于债编,还是借鉴意大利模式,将劳动合同独立成编。这都需要在借鉴国外立法和理论以及中国立法实践的基础上做出科学回答。从上文大陆法系国家/地区民法典中雇佣合同(劳动合同)的体例看,法国模式,显然属特定时代的历史产物,不应被我国现阶段编纂民法典所采纳。除了法国模式之外,中国应借鉴何种模式?

(一) 劳动合同规则是否纳入债法之中

瑞士模式的最大特点是将大量劳动法规则直接纳入民法典的债法之中。虽然瑞士债法中有关劳动的规则从内容看确有先进之处,但从体系结构上看,未必是理想模式。首先,瑞士债法中有关劳动的规则庞杂、性质各异,并不完全符合债法或合同法规则的一般属性。前已述及,瑞士债法有关个体劳动合同的内容,除了涉及劳动合同雇员和雇主的一般权利义务外,还包含了大量强制性或公法性的规则;瑞士债法还规定了集体合同。本质上,集体合同与劳动合同有很大不同,前者主体为雇主或雇主组织和工会或工会联合体,集体合同规则涉及大量的主体(组织)和程序问题,与债法或合同法主要侧重于规范交易行为和实体权利义务有较大不同。第二,将劳动法规则完全纳入债法或合同法,不能凸显出劳动法自身的特殊性,容易使劳动法的规则湮没于一般的合同法或民

^④ 《现代汉语词典》(2002年增补本),商务印书馆2002年版,第456页。

法规则之中,劳动法自身的发展受到压制。第三,劳动法规则数量庞大,大量纳入合同法会导致劳动合同的内容过于庞杂,并与其他类型合同规则数量严重不相匹配。瑞士债法中有关劳动合同规则的条文就远远超出其他合同的条文数量。

(二) 劳动合同法是否独立成编

意大利民法典以及劳动法在其中的体例是否适合我国值得推敲。第一,意大利的民法典模式有其特殊背景。意大利民法典之所以将劳动法、知识产权、商法的内容纳入其中乃是其民法商法化或者民商合一的结果,以及法西斯主义的特殊产物。“意大利1942年《民法典》则是一部‘企业法典’,也可以说是‘民法和商法法典化的法典’或者叫‘民法的商法化’”。^{⑤0}而从我国实践看,我国的商事立法一直采用颁布单行法的模式,未来民法典的编纂也没有实行包含商法规则的体例计划。因此,将劳动法独立成编纳入民法典和我国已有的商事立法实践以及未来民法典的整体体例并不契合。第二,劳动合同的内容如何纳入民法典存在诸多难题。劳动合同相关规则丰富,范围不易确定,如果采用瑞士模式,将大量规则纳入,则会产生劳动法规则与民法规则性质不一、内容庞杂的问题。如果仅仅规定与劳动合同直接相关的规则,比如劳动合同的订立、履行、变更、终止和解除,则内容较为简单,条文数量较少,与民法其他编不成比例。例如,日本2007年制定了《劳动契约法》,该法包括总则、劳动契约的成立及其变更、劳动契约的继续及其终止、固定期限劳动契约、杂则共五章,条文仅有19条!^{⑤1}显然,将劳动合同法作为单独一编,与其他编就显得不匹配、不协调。第三,劳动合同法单独成编也面临规则之间的关系如何明确的难题。如果劳动合同法单独成编,那么劳动合同法和合同法、整个债法的关系就需要特别加以明确,而无法从民法典的体例结构中直接得到清晰的答案。此外,如果劳动合同法独立成编也会面临一些规则重复的问题。例如,上述的日本《劳动契约法》以及我国的《劳动合同法》都包含了民法以及合同法的一般规则,如果劳动合同法和合同法各自独立,这些条款就会面临需要在《民法典》中重复规定的技术问题。

(三) 德国“雇佣合同”模式值得借鉴

相较而言,德国模式即在债的合同部分规定雇佣合同的一般规则,比较适合中国民法典编纂中雇佣合同规则的体例。理由在于:第一,这种模式清晰地表明了雇佣(劳动)合同规则和合同法、债法的关系,明确了雇佣(包括劳动)合同是合同之一种,当劳动法规则不敷使用时,可以借助于合同法、债法或民法的规则,从而为债法或民法规则的适用提供了依据和基础。第二,这种模式只是规定了包括劳动关系在内的雇佣关系的最基本的规则,最大限度保持了劳动法的独立性和灵活性。这种体例一方面为无法纳入劳动法的一般雇佣关系提供了规则,另一方面,有别于一般雇佣合同的劳动合同规则主要体现于民法之外的特别劳动法,从而可以体现出劳动法的特殊性,并使劳动法保持灵

^{⑤0} [意]桑德罗·斯奇巴尼《〈意大利民法典〉及其中文翻译》,黄风译,载《比较法研究》1998年第1期。

^{⑤1} 参见前引^{②7},田思路、贾秀芬书,第393-396页。

活性,获得更大自由发展的空间,也避免了劳动合同规则和一般合同法规则属性差异较大而同时规定于民法典之中的困境。“法典编纂的目标之一就是法律的简化。法典应在一个内在一致的整体中规定简单的规范,而不是树立起一个理论建构。”^{⑤②}在债法的合同法中规定最基本的雇佣关系规则就可以实现法律的简化和内在的一致。第三,德国的模式符合我国当前民商法和劳动法的立法实践。改革开放以来,我国采用在民法之外,制定单行商事法的模式,目前学者也在积极倡导制定《商事通则》,因此,我国并不具备瑞士、意大利民商合一的立法传统和实践。

需注意的是,如前所述,德国民法典在百年发展中,在雇佣合同一节中加入少量专门为劳动关系而设的条款(主要包括第613a、619a、622条)。考虑到在雇佣合同规则中加入劳动关系条款立法技术难度很高,且少量条款对调整劳动关系意义不大,我国在编纂民法典时可不借鉴这一做法。相反,我国台湾地区的做法可资借鉴,即在雇佣一节中,仅规定雇佣关系,而不涉及劳动关系,如此可以保持雇佣规则的“纯洁性”,并降低立法难度。

六、民法典中的雇佣及其他规则与劳动法的关系

民法典中的雇佣规则和劳动法关系极为密切,二者规范的对象具有高度的重合性,但因规范方式与价值理念存在差异,二者之间也存在一定张力。因此,客观认识、统筹协调民法和劳动法规则的关系,也是未来编纂民法典以及确立雇佣规则必须注意的。

(一) 雇佣规则: 劳动法与民法的连接点

正如上文所言,雇佣合同规则存在的重要意义之一在于提供劳动法和民法规则的连接点。虽然在民法典之外,出台了大量的特别劳动法,但劳动合同毕竟是私人之间的合同,私法或合同法的一般规则仍有适用余地。如果不在民法中规定雇佣合同规则,劳动关系与民法的适用就缺乏必要的连接点,当劳动法规则缺失时,劳动关系是否可以适用合同法或民法的规则就成为疑问。以德国为例,在劳动关系法的领域,一般民法的规范,特别是民法总则的规范和债法总则的规范,依然发挥着主要作用;合同法上的劳动法特别规则建立在上述规范的基础上,大多数情况下都涉及对多个法律中条文的互相适用。^{⑤③}在我国台湾地区,劳动契约乃为私法契约之一种,虽然劳动契约非民法有名契约之一种,但系规范私人间之生活关系,除有其他法令特别规定外,仍回归民法之适用。^{⑤④}我国2007年《劳动合同法》也将民法或合同法的基本原则引入其中。该法第3条规定,“订立劳动合同,应当遵循合法、公平、平等自愿、协商一致、诚实信用的原则”。而且在实务中,劳动仲裁机构或法院也会依照诚实信用等民法或合同法原则要求双方承

^{⑤②} 参见石佳友《民法法典化的方法论问题研究》,法律出版社2007年版,第186-187页。

^{⑤③} 参见前引^{⑤②},雷蒙德·瓦尔特曼书,第9页。

^{⑤④} 参见郭玲惠《劳动契约法论》,台湾三民书局2011年版,第17页。

担义务。因此,在民法典中规定雇佣合同规则不仅在于为那些无法纳入劳动法体系的一般雇佣关系提供法律规范,更在于为劳动关系找到其法律坐标,打通其与民法规则的关联,并使其有适用民法规则的可能。

在民法典中规定雇佣合同的一般规则,也并非要抹杀劳动法的独立性或阻碍劳动法的发展。相反,雇佣合同规则既为劳动法提供基础性的规则,也将为劳动法留有自由发展的空间。特别是,劳动法是社会政策色彩强烈的法律部门,包含许多强制标准和特殊保护政策,且往往需要根据经济形势和发展阶段不断做出调整,雇佣规则的存在不应也不会阻碍劳动法自身的发展。“劳工问题,不仅是法律问题,同时也是社会问题、政治问题及经济问题。劳工法具有浓厚之社会、政治和经济的意义。”^{⑤⑤}民法典之外的特别劳动法,将更能因应劳动法背后的社会、经济乃至政治政策意图及其变化。

(二) 民法规则与劳动法之间的张力与协调

将雇佣合同纳入民法典,可能引发一种担忧,即雇佣关系的特殊形态——劳动关系与一般的雇佣关系存在差异,尤其是雇主和雇员的地位和实力存在诸多差异,在劳动法规则缺失时,适用以意思自治为基础的债法或民法规则(包括雇佣规则)是否会带来实质的不公平?民法与劳动法立法理念和价值追求不同,前者侧重于平等保护和意思自治,后者强调实质公平和雇员特殊保护,二者之间天然存在一定张力,如何协调二者关系、共同调整好劳动关系的确是一个重要课题。依笔者之见,通过寻找法律的原则精神,明确法律适用规则,借助于立法和判例,可以协调民法和劳动法二者的关系,避免简单将民法规则适用于劳动关系而带来的不公。

第一,明确法律的适用规则。如上提及,劳动关系首先适用劳动法的特别规定,只有在劳动法没有规定时,才适用合同法或民法的规则,因此,大部分劳动关系适用的是劳动法而非合同法或民法的一般规定。这一点可以在民法典的雇佣规则中加以明确。

第二,通过立法尤其是法律原则,可以在很大程度上避免适用合同法或民法规则内容带来的不公平或不合理。比如,日本在《民法典》第1条规定了三大原则,即私权应当服从公共利益;行使权利和履行义务,应当遵循诚实信用;禁止权利滥用。^{⑤⑥}此也为民法规则适用于劳动和雇佣关系场合,以及当事人的权利义务配置设定了基础。除此之外,上文已经提及日本《劳动契约法》针对劳动者和雇主再次规定了当事人的基本原则,包括诚实守信、禁止权利滥用等。因此,民法和劳动契约法的基本原则,为合同法或民法规则适用于劳动契约提供了方向,合同法或民法规则只有在符合上述原则时才可以适用,裁判机构也应根据上述原则来明确双方的权利义务。“民法典中雇佣契约一节之规定即并不能毫无疑义地适用于劳动关系,应只有在性质相符合并不互相排斥时,始有适用之可能。”^{⑤⑦}

^{⑤⑤} 前引^{⑤④},王泽鉴书,第368页。

^{⑤⑥} 参见《日本民法典》,王爱群译,法律出版社2014年版。

^{⑤⑦} 黄程贯《劳动法中关于劳动关系之本质的理论》,载台湾《政大法学评论》1998年总第59期。

第三,雇佣规则的现代化。由于大部分雇佣关系属于劳动关系,加上特别劳动法的日益发达,民法典中的雇佣规则应当在遵循民法一般规则的基础上,体现劳动法中对劳动者给予特殊保护的理念和精神,尤其是应注意雇佣合同的人身属性,强调雇主的照顾、保护等特殊义务,设定一定的强制保护标准。德国民法典中有关雇佣合同的规则日益强化了保护劳动者的理念和做法值得借鉴。而且,从德国民法典的发展变化看,其民法典的雇佣规则和劳动法之间存在一种互动关系,二者部分规则的位置亦可互换,显示出了二者之间的互动和规则的灵活性。由于我国民法典编纂具有后发优势,我国应统筹民法典雇佣规则和劳动法的关系,合理配置民法典中雇佣合同和劳动合同规则。民法典中的雇佣规则既要维护民法的基本原则和规则性质的一致性,也要体现劳动法的精神和要素,使民法典的雇佣规则和劳动法相辅相成,彼此协调。

第四,通过判例可以变更合同法或民法的一般规则,产生特殊而灵活的规则,从而实现更加公平合理的结果。当劳动法规则缺失时,在劳动关系中直接适用民法的一些规则,在一些场合,的确可能带来不公,但通过判例可以产生更加公平合理的规则。例如,根据《德国民法典》第280条的规定,债务人违反因债务关系而发生的义务的,债权人可以请求赔偿因此而发生的损害。^{⑤⑧}按照民法典的这一规定,在雇佣关系场合,雇员在工作过程中因故意或过失而对雇主造成的损害都负有赔偿责任。但该规则从魏玛时代就被法院认为是不适当的,经过长时间的案例实践和发展,1993年联邦法院确立了如下赔偿规则:雇员不对自己的轻微过失造成的损失承担责任,对于中度过失造成的损失也只承担部分责任,雇员只有对重大过失或故意造成的损失承担全部责任。德国事实上通过联邦法院的判例改变了民法中债法的一般规则,为雇员和雇主责任的分担提供了更加公平合理的规则。虽然我国不是判例法国家,但通过最高人民法院的司法解释或者案例指导制度,依然可以弥补成文法的缺陷。

可见,将雇佣合同规则纳入民法典为劳动关系适用合同法和民法规则提供了通道,但并不意味着合同法或民法的规则就完全照搬适用于劳动关系,通过立法和判例,民法规则可以公平合理地适用于劳动关系。当然,民法纷繁复杂的规则如何适用于劳动关系是一个十分复杂且须长期探索的问题。著名学者王泽鉴先生指出,“劳工法虽属私法,并为民法之特别法,但基本思想与民法并不相同,从而民法之规定,在何种程度上,得适用于劳动关系上,视为劳工法学上极有困难有趣之问题。”^{⑤⑨}此言极是!

结 论

按照历史和逻辑的统一,雇佣(劳动)规则在民法典中的体例大致经历了法国模式、德国模式以及瑞士和意大利模式三个阶段,形成四种立法模式,雇佣关系也逐步演化为

^{⑤⑧} 参见《德国民法典》(第4版),陈卫佐译注,法律出版社2015年版。

^{⑤⑨} 前引^{⑤⑧}王泽鉴书,第372页。

劳动关系,民法典中的雇佣规则功能日益弱化。从雇佣合同到劳动合同,体现了法律对雇佣关系调整的理念和内容的变化,即将雇佣合同视为财产合同,着眼于劳务和报酬的履行,“以物为中心”转变为肯定劳动合同的身份属性,着眼于劳动者的保护和劳动秩序的维护,“以人中心”。这种转变使劳动法在民法之外获得巨大发展,并逐步获得独立之地位。

虽然民法典中的雇佣规则地位式微,但雇佣合同规则并未“死亡”,其尚有存在的基础和必要。雇佣合同规则既为那些无法纳入劳动法的一般雇佣关系提供规则,也架起劳动法和民法沟通的桥梁,为劳动关系适用民法规则提供制度的连结点。因此,应当在民法典中规定雇佣合同规则。比较法、德、瑞、意四种雇佣(劳动)规则之于民法典的体例,根据我国民商法和劳动法的立法实践,德国模式值得借鉴。我国不必将劳动合同规则大量纳入民法典,也不必将劳动合同单独成编。相反,我国应在债法的合同法部分规定雇佣合同的内容,规定雇佣合同最基本的规则,这样既明确了雇佣合同包括劳动合同作为一类合同的法律地位,又充分尊重劳动法的特殊性,满足劳动法独立性和灵活性的要求。雇佣规则和民法其他规则与劳动法之间也存在一定张力,应通过适当机制,合理协调二者关系,使民法规则公平合理地适用于劳动关系。

Abstract: The style of employment (labor) contractual specifications in civil code generally experienced three stages: French mode, Germany mode and Switzerland and Italy mode, and the employment relationship gradually evolved into labor relationship. The transformation from employment contract to the labor contract embodies the profound change of concept and content of the employment relationship, and the labor law has independently developed besides the civil law. Although the labor relationship adjusting function of the civil code is weakening, it is necessary for the employment contractual specifications to exist. Employment contractual specifications not only provide rules for the general employment relationships which cannot be included into the labor law, but also provide a bridge for labor law and civil law to communicate with each other and a system connection point for the labor relationship applied general rules of civil law. In the future, China's civil code should stipulate the employment contractual specifications and stipulate employment contract by adopting the contract law part in the debt law of Germany mode and formulate basic rules of employment contract.

(责任编辑:王莉萍)