

后《民法典》时代雇佣合同与劳动合同的立法选择^{*}

战东升

(西南政法大学经济法学院,重庆 401120)

摘要:我国《民法典》编纂未将雇佣合同有名化,这表明对于雇佣(劳动)关系的法律调整,确立了“无名合同+劳动合同”的分别调整模式,此种分别调整模式存在较大的局限性。在后《民法典》时代,应当跳过分别调整模式而直接进入劳动法统一调整模式,这不仅是劳动交换规制价值理念革新的需要,也是加强对“类似劳动者型劳务提供者”权益保护的需要,更是进一步健全我国劳动法律规范体系的需要。劳动法统一调整模式可通过编纂劳动法典的方式予以实现:由劳动合同替代雇佣合同,以从属性为中心重新界定劳动合同的概念;专设“特殊劳动合同编”对家政工、平台工人等不同类型劳动者进行差异化处理;在“劳动合同编”设置与民法规范之间的“通道”条款,以修复劳动法规则自身的残缺性。

关键词:雇佣合同;劳动合同;民法典;劳动法典;类似劳动者型劳务提供者

中图分类号:DF47 **文献标识码:**A **文章编号:**1005-9512(2022)09-0146-16

DOI:10.15984/j.cnki.1005-9512.2022.09.011

一、问题的提出

自2014年10月党的十八届四中全会明确提出新一轮民法典编纂起,如何从体系上处理民法典与劳动法之间的关系,特别是雇佣合同与劳动合同的关系,成为法学理论界和实务界所面临的共同挑战。在《中华人民共和国民法典》(以下简称:《民法典》)合同编的编纂过程中,围绕如何处理劳动合同法与《民法典》合同编的关系、《民法典》合同编是否应当纳入雇佣合同或者劳动合同等问题,引起了法学界的热烈讨论。2021年1月1日,《民法典》正式实施,这是新中国成立以来首部以“法典”命名的法律,标志着我国正式进入法典化时代。值得注意的是,最终通过的《民法典》中既未规定雇佣合同也未规定劳动合同。

从法理和比较法来看,对于雇佣(劳动)关系的法律调整,不同国家和地区大抵存在分别调整模

作者简介:战东升,西南政法大学经济法学院副教授、法学博士后研究人员。

*本文系2020年重庆市教育委员会人文社会科学研究项目“平台经济对我国劳动法的挑战及其应对研究”(项目编号:20SKGH022)、2021年度司法部法治建设与法学理论研究课题“数字经济对劳动法的挑战及其应对研究”(项目编号:21SFB2023)的研究成果。

式、民法统一调整模式、劳动法统一调整模式三种模式。^[1]在《民法典》出台之前,笔者曾撰文主张无论是从立法体系、法律性质还是从立法技术上看,都不宜采取民法统一调整模式;继而提出“两步走”的立法设想,即在将雇佣合同有名化的前提下,采取分别调整模式,同时逐步扩大劳动法的适用范围,在未来条件成熟时采取劳动法统一调整模式,由劳动法统一调整。^[2]然而,从本次民法典编纂的结果来看,雇佣合同最终未能入典,但仍需追问的是,本次民法典编纂确立了何种调整模式?这种调整模式是否存在不足?未来应当采取分别调整模式还是劳动法统一调整模式?若采取劳动法统一调整模式,应当如何协调劳动合同与雇佣合同的概念关系?应当如何更好地保护长期徘徊在民事立法和劳动立法之间模糊地带的“类似劳动者型劳务提供者”(以下简称:类劳动者)?如何才能妥善整合民法与劳动法已有资源,实现两者之间衔接与互动?为了回答上述问题,笔者于本文中拟通过对现行分别调整模式的确立与局限进行考察分析,并对劳动法统一调整模式的正当性以及劳动法统一调整模式的实现路径加以论证,以期为我国劳动法与民法关系的理论以及立法完善提供有益参考。

二、现行分别调整模式的确立与局限

(一) 现行分别调整模式的确立

我国自改革开放实行市场经济以来,类劳动者形成了大量带有雇佣性质的社会关系,包括家政用工、个人帮工、学徒等传统雇佣关系。这几类雇佣性质的社会关系游离于法律调整之外,民法对之未予明确调整,劳动法亦未进行规制。^[3]近些年,随着平台经济和通信技术的发展,我国又出现了以“网约工”为代表的新型用工关系。有学者认为,由于平台用工的新特点,实践中大量平台工人与平台企业的关系无法被认定为劳动关系,如果引入雇佣合同,平台工人与平台企业之间的关系,可以更容易被认定为雇佣关系,从而可以使平台工人受到一定程度的保护。^[4]然而,在本次民法典编纂过程中,虽然新增了保证合同、保理合同、物业服务合同、合伙合同等有名合同类型,但雇佣合同始终未出现在立法机关的法律草案中。2020年5月,最终通过的《民法典》中雇佣合同仍付之阙如,雇佣合同仍是无名合同。在民法典编纂过程中,虽然立法机关从未接纳雇佣合同,但这一时期的学理研究,有不少学者呼吁在合同编增设雇佣合同。^[5]

从理论上而言,对于雇佣(劳动)关系的法律调整,分别调整模式又可细分为两种类型:一是在《民法典》中规定雇佣合同的同时,劳动法中规定劳动合同,可称之为“狭义分别调整模式”;二是《民法典》

[1] 民法统一调整模式以瑞士为典型代表,瑞士于1971年对民法典中的债法进行了重大修改,将雇佣合同一章改为劳动合同,劳动合同完全取代雇佣合同,仍然在民法典中规定,而雇佣合同从此退出瑞士民法的舞台。劳动法统一调整模式以法国为典型代表,1973年法国颁布实施《劳动法典》,将雇佣关系法从民法中分离出来,劳动合同作为劳动法内容来规定,劳动合同脱离于民法典。分别调整模式以日本为典型代表,虽然理论界对雇佣合同与劳动合同的关系一直存在争议,但在立法体系上,一方面,《日本民法典》中规定了雇佣合同一章,另一方面,《日本劳动基准法》《日本劳动契约法》中又规定了劳动合同。参见许建宇:《雇佣关系的定位及其法律调整模式》,载《浙江大学学报(人文社会科学版)》2002年第2期;郑晓珊:《〈民法典〉时代下雇佣劳动法律体系之重整》,载《暨南学报(哲学社会科学版)》2022年第3期。

[2] 参见战东升:《民法典编纂背景下劳动法与民法的立法关系——以“类似劳动者型劳务提供者”的保护为切入点》,载《法学》2018年第10期。

[3] 参见郑尚元:《雇佣关系调整的法律分界——民法与劳动法调整雇佣类合同关系的制度与理念》,载《中国法学》2005年第3期。

[4] 参见谢增毅:《民法典引入雇佣合同的必要性及其规则建构》,载《当代法学》2019年第6期。

[5] 参见郑尚元:《民法典制定中民事雇佣合同与劳动合同之功能与定位》,载《法学家》2016年第6期;谢增毅:《民法典引入雇佣合同的必要性及其规则建构》,载《当代法学》2019年第6期。

将雇佣合同作为无名合同,同时劳动法中规定劳动合同,可称之为“广义分别调整模式”。从民法典编纂的最终结果来看,在雇佣(劳动)关系的法律调整方面,我国采取的是后一种模式。《民法典》实施以后,雇佣合同作为无名合同,根据《民法典》第 467 条规定,其不仅可以适用合同编通则的规定,而且可以参照适用合同编或者其他法律规定的最相类似合同的规范。然而即便如此,雇佣(劳动)关系在法律适用层面仍存在不同程度的局限性。

(二) 现行分别调整模式的局限

首先,雇佣(劳动)关系适用合同编通则的规定存在一定的困境。一方面,长期以来,我国《合同法》总则大部分都只是以物及其权利的交易为中心构筑起来的规则,甚至可以说只是买卖合同的总则化而已。^[6]虽然经历了《民法典》编纂的过程,但合同编基本上还是延续了《合同法》的框架和制度体系,^[7]这种以物及其权利的交易为中心构建出来的规则难以有效解决以劳务或服务为标的之雇佣合同的问题。例如,合同编通则普遍欠缺雇佣关系中的人身关系属性,因此雇佣关系并不适宜直接适用该通则中关于同时履行抗辩权、风险负担以及(工资)抵销的相关规则,等等。^[8]另一方面,现行《民法典》合同编仍主要是以一时性合同构建起来的,无法关照作为典型的继续性合同的雇佣合同。以履行障碍规则为例,履行障碍法的一般规则是为了一时性给付交换关系而设置的,很少顾及继续性债的关系中给付障碍的特性。^[9]

其次,如果适用合同编最相类似的典型合同的规定,雇佣(劳动)关系无疑将适用承揽合同和委托合同的规定,而该两类合同对类劳动者的保护远不及劳动法对劳动者的保护。^[10]比如,在承揽合同中,劳务报酬取得以“完成工作”为条件,由此可能出现雇主拒绝或减少支付劳务报酬的现象。又如,在委托合同中,因为受托人可以独立自主地处理委托事务,具有较大的裁量权,故法律通常会对其规定善管注意义务,由此可能导致劳务提供人承担过重的注意义务。再如,在承揽合同和委托合同中,雇主(委托人、定作人)享有任意解除权,可不经预告随时解除其与劳务提供人之间的委托或承揽关系。除此之外,承揽合同和委托合同还无法提供最低工资和支付保障、休息休假、职业安全与健康、反就业歧视等方面的保护。^[11]该两类合同以当事人地位平等和合意达成为预设,而事实上类劳动者与雇主之间的地位并非完全平等。

最后,雇佣(劳动)关系适用其他法律规定的合同规则也存在着障碍。如果适用“其他法律”规定的合同规则,雇佣(劳动)关系最能适用的莫过于《劳动法》《劳动合同法》关于劳动合同的规定,然而这在具体法律适用层面仍面临较大的困难。一方面,参照适用存在风险,尤其是在相似性的判断上,法律评价的色彩非常浓厚,对法官的裁判技术和独立性要求较高。^[12]因此,在何种情况下,雇佣(劳动)关系可以参照劳动合同法的何种规定,存在很大的不确定性。另一方面,我国《劳动合同法》《劳动法》具有较强的公法性质,这或将导致法官在参照适用时不得不采取极为谨慎的态度。比如,日本

[6] 参见周江洪:《服务合同在我国民法典中的定位及其制度构建》,载《法学》2008 年第 1 期。

[7] 参见王利明:《〈民法典〉合同编的解释与适用论》,载《华东政法大学学报》2021 年第 3 期。

[8] 参见郑晓珊:《〈民法典〉时代下雇佣劳动法律体系之重整》,载《暨南学报(哲学社会科学版)》2022 年第 3 期。

[9] 参见[德]雷蒙德·瓦尔特曼:《德国劳动法》,沈健峰译,法律出版社 2014 年版,第 173 页。

[10] 参见[日]吉永一行:《役務提供型契約法改正の挫折》,载《座大法学》2015 年第 48 卷第 3·号。

[11] 参见战东升:《民法典编纂背景下劳动法与民法的立法关系——以“类似劳动者型劳务提供人”的保护为切入点》,载《法学》2018 年第 10 期。

[12] 参见刘绍宇:《劳动合同法与民法适用关系的法教义学分析——以〈劳动合同法〉修改和民法典编纂为背景》,载《法学》2018 年第 3 期;王利明:《民法典中参照适用条款的适用》,载《政法论坛》2022 年第 1 期。

的《劳动基准法》具有较强的公法属性,该法规定了罚款、刑罚等强制措施,故法官在参照适用该法规定时极为慎重;与之相反,法官在参照适用《劳动契约法》规定的时候则较为宽松,这是因为在日本《劳动契约法》属于民事特别法,性质上属于私法。^[13]但是我国与日本有所不同,无论是我国的《劳动法》还是《劳动合同法》都具有较强的公法属性,不难预见法官对于该类法律规定的适用会尽可能采取较为谨慎的态度,这极大限制了法官通过参照适用方式实现对雇佣(劳动)关系调整的可能。

三、劳动法统一调整模式的正当性

随着《民法典》编纂的落幕,对于雇佣合同有名化的探讨难免不如立法初期那般热烈,因此,我们很难期待在诸多条件还不如本次民法典编纂有利的情况下,在后《民法典》时代实现对雇佣合同的纳入。与我国《民法典》未规定雇佣合同相比,在劳动法理论深入发展的今天,越来越多的国家通过实践认可了劳动法统一调整模式的优越性,并进行了一系列的立法探索。笔者认为,从目前我国用工关系与理论基础的发展情况来看,跳过分别调整模式而直接进入劳动法统一调整模式具有正当性,应当成为我国未来的发展方向。

(一) 劳动交换规制价值理念革新的需要

确立劳动法统一调整模式,有利于实现劳动交换私法规制的价值理念革新。以往,我国法学界大多将雇佣合同作为劳动合同的上位概念,于是劳动合同与劳务合同、劳动合同与雇佣合同都长期处于分隔状态,但是这种分隔状态已经不能满足对各种劳动交换合同进行规制的发展需求。首先,从劳动合同概念的产生与发展看,劳动交换类合同的教义基础已经实现了由“劳动活动—劳动结果”向“从属性—自治性”区分原理的转变,也昭示了雇佣合同概念与制度的衰落;作为制度后发国家,我国《民法典》未能将雇佣合同有名化,这对劳动法来说既是挑战也是机遇,我们应利用没有历史性概念约束的优势,建立契合我国既有法律体系特点与满足规制我国各类劳动交换合同现实需要的制度体系。^[14]其次,从雇佣合同和劳动合同的关系来看,劳动合同是由雇佣合同发展和演变而来,两者在性质上并无差异,所规范的对象具有一致性;并且雇佣合同与劳动合同中的劳务提供一方都是自然人,两者均以提供劳务为目的,只要劳务提供人提供了劳务,劳务受领人都应当支付报酬。因此,无论是从法律调整对象来看,还是从自然人提供者的地位来看,雇佣合同与劳动合同都是同质的。^[15]最后,在规范设计层面,各种劳动交换虽然给付形态不同,但有着共通的规范需求,劳动人格是劳动交换类合同的价值基础,其实质在于确立劳动者与给付劳动的人格关联本质,从而避免劳动被物化或者被商品化。现代市场经济体制下劳动交换规范体系要求所有劳动交换形态吸收劳动人格原则,该原则不受限于从属性的劳动交换类合同,同样适用于自治性劳动交换合同。因此,相应的规范设计须融合劳动给付者人格保护的道德规范,这种道德化的价值追求说成了近代劳务供给合同趋向由现代劳动交换的私法规制的理念革新。^[16]

值得注意的是,从比较法来看,虽然德国民法典规定了雇佣合同,并于2017年修法时在民法典中

[13] 参见[日]荒木尚志、菅野和夫、山川隆一:《详説労働契約法》(第2版),弘文堂2014年版,第15页、第77页。

[14] 参见栗瑜:《劳动合同概念溯源及时代启示》,载《法学》2021年第3期。

[15] 参见战东升:《民法典编纂背景下劳动法与民法的立法关系——以“类似劳动者型劳务提供人”的保护为切入点》,载《法学》2018年第10期。

[16] 参见栗瑜:《劳动合同概念溯源及时代启示》,载《法学》2021年第3期。

引入劳动合同以及由此衍生出的其他相关概念,^[17]但这与德国独特的立法模式密切相关,与我国并不相同。具体而言,德国民法最初受罗马法影响而将委托限定为无偿,彼时高级劳务(例如律师委托、医生委托)被认为是无偿的,而有偿委托则被划入雇佣合同。^[18]因此,无论是从事高级劳务或自由劳务为目的之自主性雇佣,还是以从事低级的、不自由的劳务为目的之非自主性雇佣,只要有偿,在德国法上都是由雇佣合同进行调整。而在非自主性雇佣中,劳务提供人被编入企业的组织机构从而失去了自主性,故而通常认为其属于劳动合同,具有从属性。^[19]与之相反,目前世界上已很少有国家的民法(典)将委托限定为无偿,当今社会再将律师委托、医生委托看作是无偿委托,已不符合社会现实,大多数国家将自主性雇佣看作是有偿委托,当自主性雇佣被全部归入有偿委托,雇佣合同实际上就都是非自主性雇佣,即具有从属性的劳动合同。换言之,只有民法将委托限于无偿,才有必要在劳动合同之上另设雇佣合同;若民法承认有偿委托,雇佣合同实际限于从属性劳动,劳动合同将“消解”居于上位的雇佣合同。^[20]

以“劳动活动—劳动结果”为区分标准的近代劳务供给合同体系,将劳动物化为一种财产,以保护形式平等的合意为前提,规范目标受限于分配双方的合同风险负担和财产性问题的解决,而基于“从属性劳动—自治性劳动”的区分标准所形成的广义劳动合同概念,则以区分劳动给付和财产给付为基础,把劳动人格原则作为其价值根基,将各种劳动给付形态归纳形成“属”意义上的劳动合同概念,极大地扩展了现代劳动法的保护范围。^[21]现有劳动交换法律体系缺乏整体性的本质思维以及规范构建的弹性和张力,因此在雇佣合同未纳入《民法典》进行调整的背景之下,确立劳动法统一调整模式,将劳动合同从“种”的地位上升为“属”的一般法地位,有利于应对从高度标准化向灵活多元的用工模式的转型,以及未来因社会个体化的转变可能出现的全新的就业形态。

(二) 加强对类劳动者权益保护的必要

本次《民法典》编纂过程中,主张在《民法典》中设立雇佣合同的学者,其主要目的也在于加强对家政工、农民工、平台工人等类劳动者的权益保障。^[22]然而,这种采取平等主体之间的民事法律关系的调整模式,对于处在弱势地位且缺乏谈判议价能力的劳务提供者而言,保护效果不佳。^[23]实际上,本次民法典的编纂对雇佣合同等相关问题的忽视,从广义劳动合同理论^[24]的角度而言,或也体现其对近代古典私法的体系坚守,实质为其问题意识的缺失,因为广义劳动合同理论提倡为多样的劳动交换提供保护,揭示了其对规范设计的道德化要求。^[25]随着《民法典》的颁布实施,雇佣合同未纳入《民法典》已成现实。此时,劳动法就需要承担起对现存大规模灵活就业人员、新业态从业人员的劳动基

[17] 参见姜宇:《民法典的选择:劳动合同抑或雇佣合同——〈德国民法典〉第 611a 条修订的教义学分析与启示》,载《法律科学》2019 年第 5 期。

[18] 参见黄茂荣:《债法各论》(第一册),中国政法大学出版社 2004 年版,第 169 页。

[19] 参见[日]我妻荣:《债权各论》(中卷二),有斐阁 1962 年版,第 9 页。

[20] 参见栗瑜:《劳动合同概念溯源及时代启示》,载《法学》2021 年第 3 期。

[21] 参见栗瑜:《劳动合同概念溯源及时代启示》,载《法学》2021 年第 3 期。

[22] 参见谢增毅:《民法典引入雇佣合同的必要性及其规则建构》,载《当代法学》2019 年第 6 期。

[23] 参见林嘉:《新就业形态劳动法律调整探究》,载冯喜良主编:《中国劳动研究》(第一辑),中国工人出版社 2021 年版,第 23 页。

[24] 广义劳动合同由巴莱西教授提出,意指“当人们凭自身能力不能满足需求,进而求助于他人的劳动活动以满足新需求时,劳动合同就出现了……它产生的是劳动(任何类型皆可)对报酬的交换,既包括劳务租赁和工作租赁,也包括有偿委任、代理合同、居间以及有偿寄存”。转引自栗瑜:《劳动合同概念溯源及时代启示》,载《法学》2021 年第 3 期。

[25] 参见栗瑜:《劳动合同概念溯源及时代启示》,载《法学》2021 年第 3 期。

本权的保护任务。^[26]

确立劳动法统一调整模式,有利于加强对类劳动者的权益保障。过去,家政工、农民工、兼职大学生等作为典型的弱势劳务提供人,应加强对其保护力度的呼声早已有之。^[27]近些年,以“网约工”为代表的新业态从业人员规模逐渐壮大,劳动关系出现了碎片化和“去劳动关系化”的趋势,互联网平台用工已在典型的劳动合同类型之外形成了社会化的大规模劳务交易。^[28]尤其自2020年新冠肺炎疫情暴发以来,各类线上平台经济更是突飞猛进,成为拉动中国经济发展的新动能,新就业形态已成为劳动者就业增收的重要渠道。国家信息中心于2021年发布的《中国共享经济发展报告(2021)》显示,2020年共享经济参与者人数约为8.3亿人,其中服务提供者约为8400万人,同比增长约7.7%;平台企业员工数631万人,同比增长1.3%。^[29]美团2021年财报显示,超过527万名骑手通过美团平台获得收入。^[30]与此同时,以新业态从业人员为代表的劳动争议案件数量也呈直线上升趋势。相关统计数据显示,2018年至2020年期间,北京、上海、广东、浙江四省市共审结涉外卖、快递等新就业形态相关民事纠纷一审案件2000余件,结案数呈逐年上升趋势。^[31]

这些类劳动者虽然与雇主之间的人格从属性不强,但其以自然人身份持续地为劳务受领一方提供劳务并获得报酬的本质属性并没有发生根本变化,仍处于弱势地位。^[32]正视“从属性”标准的日益模糊与难以识别,改变传统的劳动法调整方式已经成为学界的共识。就我国目前情况而言,“劳动者”享受劳动法的优厚保护,“非劳动者”完全得不到劳动法的保护,这样的两分法之于网约工等新型用工方式的调整具有很大的局限性,需要一种更加灵活的法律调整方式。在劳动法学界,为加强对“网约工”等新业态从业人员的保护,不少学者认为应将其纳入劳动法的调整范围。^[33]而确立劳动法统一调整模式的实质,就是赋予相关主体劳动法保护对象的身份,使其生存权、人格自由乃至人格尊严得到切实地维护。值得注意的是,为进一步维护新业态从业人员的合法权益,2021年7月以来中央多部门联合下发了多个指导性意见,其中包括人社部等八部门共同发布的《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),中华全国总工会发布的《关于切实维护新就业形态劳动者劳动保障权益的意见》(总工发〔2021〕12号)等等。上述文件的密集出台,标志着我国对新业态劳动者的权益保障正式进入规范与制度建设阶段,充分体现出劳动法统一调整模式的巨大潜力。

(三)健全我国劳动法律规范体系的需要

我国业已形成社会法与刑法、民商法、经济法等部门法并立的稳定的法律部门划分,而劳动法是社会法的重要组成部分之一,确立劳动法统一调整模式是对现行法律部门划分的有力维护。2015年3月,

[26] 参见林嘉:《论我国劳动法的法典化》,载《浙江社会科学》2021年第12期。

[27] 参见郑尚元:《雇佣关系调整的法律分界——民法与劳动法调整雇佣类合同关系的制度与理念》,载《中国法学》2005年第3期。

[28] 参见王文珍、李文静:《平台经济发展对我国劳动关系的影响》,载《中国劳动》2017年第1期。

[29] 参见国家信息中心:《中国共享经济发展报告(2021)》,http://www.sic.gov.cn/News/557/10779.htm,2022年3月22日访问。

[30] 参见《美团2021年财报:全年营收1791亿元,骑手配送成本增长38%至682亿元》,http://www.news.cn/tech/20220325/62aec36207af44acafef74cc2a3cd625/c.html,2022年3月22日访问。

[31] 参见北京市第一中级人民法院课题组:《新就业形态下平台用工关系法律性质的界定规则》,载《人民法院报》2021年9月23日,第7版。

[32] 参见战东升:《民法典编纂背景下劳动法与民法的立法关系——以“类似劳动者型劳务提供人”的保护为切入点》,载《法学》2018年第10期。

[33] 参见班小辉:《论“分享经济”下我国劳动法保护对象的扩张——以互联网专车为视角》,载《四川大学学报(哲学社会科学版)》2017年第2期;常凯:《平台企业用工关系的性质特点及其法律规制》,载《中国法律评论》2021年第4期。

中共中央、国务院发布了《关于构建和谐劳动关系的意见》(中发〔2015〕10号),指出应进一步完善劳动法、劳动合同法等法律法规,逐步健全劳动法律法规体系。从劳动法自身的体系化要求来看,进一步补充实现体系化所需的内容是题中之义。^{〔34〕}劳动法作为社会法的品格,首先就体现在《劳动合同法》之中。^{〔35〕}《劳动合同法》对弱者保护主旨的彰显,应体现在倾斜性保护的强度上,更应体现在保护的广度上。法律关系的属性是决定法律部门划分的本质因素,当我们厘清了雇佣合同的从属性本质,其向劳动法的回归便应被尽快提上日程。若坚持引入雇佣合同的概念,将劳动合同(从属性劳动)框入雇佣合同(劳动活动之债),必将引发劳动合同对雇佣合同的概念挣脱与消解。^{〔36〕}相反,确立劳动法统一调整模式能够结束目前将同质的劳动关系与雇佣关系归于不同性质的法律部门调整的割裂局面,使得《劳动合同法》调整对象更具有科学性和合理性,从而为整个劳动法体系的发展奠定基础。

正视雇佣关系与劳动关系的同质性,有助于发挥我国劳动立法的后发优势,对他国雇佣合同与劳动合同并行所产生的弊端予以规避。以德国和日本为例,两国不仅在民法中设置了雇佣的一般规定,而且劳动法中也有许多特别规定,甚至这些规定相互之间还存在着一定的冲突。^{〔37〕}这既增加了人们适用法律的成本,也导致了隐蔽劳动关系的滋生,为后续立法提出了极大的难题。同时,与大陆法系国家雇佣契约向劳动契约变迁的过程不同,我国历来在立法上没有确切规定雇佣合同,未明确其内涵和调整范围,现有劳动法的规范体系也不是建立在发达的雇佣合同制度上的。^{〔38〕}如若径行将雇佣关系与劳动关系纳入同一法律部门调整,便可免受这些困扰,且不必费心于劳动纠纷与雇佣纠纷截然不同的解决程序、归责原则、举证责任的对接上,从而带来巨大便捷。雇佣关系和劳动关系在本质上属于同一性质的社会关系,确立劳动法统一调整模式可以加强立法逻辑上的自洽性和体系上的完整性,而人为地割裂两者的联系则容易造成立法上的重复,导致当事人理解和法律适用上的混乱,增加当事人的诉讼成本,也给执法和司法带来一定程度的困难。^{〔39〕}

因此,明确雇佣合同和劳动合同的同质关系和确立劳动法统一调整模式,是对现阶段的法律概念进行梳理、整合的过程,只有将雇佣关系纳入劳动法领域进行调整,才能更好地体现其内在价值理念,有利于加强对劳务提供者的人格保护。现代劳动法的基本目的即为实现对劳动者的充分保护,使其人格权益得到充分彰显。由此,劳动法部门的独立性得到进一步切实巩固,劳动法的独立、自主发展能够拥有清晰、明确的领域。实际上,雇佣合同制度也只有在劳动法乃至社会法的视域内,方能得到充分、合理的发展,劳动法独立地位的巩固与雇佣合同制度的社会化发展是相辅相成的。确立劳动法统一调整方式,不仅有利于实现对当下互联网用工等新业态从业人员劳动权益的保护,而且是实现劳动法体系化、现代化的必然要求。

综上所述,在后《民法典》时代,立法上采取劳动法统一调整模式,不仅是雇佣关系与劳动关系同质性的本质要求,有利于实现劳动交换私法规制的价值理念革新,而且能够彻底解决类劳动者的保护

〔34〕参见李广德、姜波:《基层治理法治化的经验依赖与理性建构——以劳动纠纷治理的规则体系建构为例》,载《河北法学》2017年第6期。

〔35〕参见常凯:《关于〈劳动合同法〉立法的几个基本问题》,载《当代法学》2006年第6期。

〔36〕参见粟瑜:《劳动合同概念溯源及时代启示》,载《法学》2021年第3期。

〔37〕参见战东升:《民法典编纂背景下劳动法与民法的立法关系——以“类似劳动者型劳务提供者”的保护为切入点》,载《法学》2018年第10期。

〔38〕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。

〔39〕参见许建宇:《雇佣关系的定位及其法律调整模式》,载《浙江大学学报(人文社会科学版)》2002年第2期。

问题,从根本上推动我国劳动法的理论深化与体系完善,从而实现劳动法自身的现代化。

四、劳动法统一调整模式的实现路径

确立劳动法统一调整模式,其核心在于实现由劳动合同替代雇佣合同,同时确立劳动合同在劳动(合同)法中的一般概念地位。从属性是劳动合同的本质属性,是劳动法所调整的劳动关系的本质特征。^[40]至于劳动活动是自然人或者家庭用工的传统劳动用工关系,或者是以平台工人为代表的新型劳动用工关系,均在所不问。构建以从属性劳动合同为核心的劳动法体系,扩张现行劳动合同法的调整范围是实现劳动法统一调整模式的重要路径。

(一) 劳动法统一调整模式的基本方案

实现以劳动合同为中心的劳动法统一调整模式,大体上存在三种方案:一是通过修改《劳动法》予以实现,即在《劳动法》中对特殊类型的劳动合同作出规定;二是通过修改《劳动合同法》予以实现,由于我国《劳动合同法》对非标准劳动关系和灵活用工关系已有一定的立法基础,我们可以在参照“非全日制用工”与“劳务派遣”制度和近年有关新型用工的政策法规的基础上,^[41]针对特殊类型的劳动合同作出规定;三是通过编纂劳动法典的方式予以实现,我们可以在劳动法典中专设“特殊劳动合同编”(或者“特殊劳动者保护编”^[42]),针对特殊类型的劳动合同作出规定。^[43]笔者认为,与前两种方案相比,第三种方案更具有现实性和可行性。

第一,与修改《劳动法》相比,制定劳动法典具有不可比拟的体系化效益。自1994年我国《劳动法》颁布以来,我国劳动法已经基本形成体系,但随着改革开放的深入和社会主义市场经济的发展,我国现行劳动法律制度的不足日益显露,劳动领域的很多立法已不能很好地适应当前的形势,依靠小修小补的方式难以从根本上解决问题。首先,在学理上,我国《劳动法》应该定位为劳动法领域的基本法,而《劳动合同法》《就业促进法》《劳动争议调解仲裁法》等应当是其特别法。然而,由于这几部法律的制定主体都是全国人大常委会,进而导致作为劳动法领域之基本法的《劳动法》与其配套的相关法律处于同一位阶,使得在法律适用上原本应当是普通法与特别法的关系却变成新法和旧法的关系,导致劳动法体系在逻辑上不能自洽。^[44]其次,我国《劳动法》对各劳动领域做出了原则性的规定,为了贯彻落实这些制度,相关部门制定了大量位阶较低的行政法规或者部门规章,其分散性、零星化的特点暴露了劳动法体系化不足的缺陷。^[45]最后,从地方立法来看,地方性立法细化了《劳动法》《劳动

[40] 参见史尚宽:《债法各论》,中国政法大学出版社2000年版,第294页。

[41] 参见钱叶芳:《劳动法典的制定与劳动权利的实现》,载《东方法学》2021年第6期。

[42] 参见林嘉:《论我国劳动法的法典化》,载《浙江社会科学》2021年第12期。除此之外,钱叶芳教授主张,在《劳动法典》中设置“非标准和灵活用工编”,其中的非标准部分主要来自劳动合同法中的固定期限劳动合同规定和劳务派遣相关政策等规定,灵活用工部分主要来自劳动合同法中的非全日制用工规定和近年有关新型用工的政策法规。参见钱叶芳:《劳动法典的制定与劳动权利的实现》,载《东方法学》2021年第6期。沈建峰教授主张,为了保护新就业形态劳动者以及其他特殊形态的用工关系,可以考虑在传统劳动法的实体法编后,增加关于特殊用工关系的“特别规定编”。参见沈建峰:《立足劳动者权益维护 推动劳动法法典化》,载《工人日报》2022年3月21日,第7版。

[43] 参见钱叶芳:《劳动法典的制定与劳动权利的实现》,载《东方法学》2021年第6期。

[44] 参见钱叶芳:《劳动法典的制定与劳动权利的实现》,载《东方法学》2021年第6期。

[45] 中国劳动保障科学研究院和社科文献出版社联合发布《中国劳动保障发展报告(2016)》,梳理了我国劳动关系领域的法律两部,行政法规7部,部门规章15部,复函、答复139个,意见、通知等48个,其中多个条款之间存在不一致的情况。参见林嘉:《论我国劳动法的法典化》,载《浙江社会科学》2021年第12期。

合同法》等劳动法律法规的相关规定,虽然增强了可操作性,但由于理解上的不同,地方各类规范性文件在对相同问题进行细化规定时存在不同的态度,导致各地适用不一,从另一方面来说也弱化了上位法的权威性。^[46]诸如此类内部法律体系冲突已然不能通过简单地修改单行法就能解决,而是需要制定劳动法典,即由全国人大通过制定基本法律的方式来整理、改造和完善现有规范性法律文件,从而达到消减部门法内部之间的冲突,实现劳动法律规范之间的协调性,最终强化法律的拘束力和安定性之目的。^[47]劳动法典调整范围的综合性、规范内容的层次性和法律意义的脉络性,其法典的体系效益是仅通过对《劳动法》进行修改所无法比拟的。

第二,与修改《劳动合同法》相比,劳动法典的制定更具有现实性和可行性。《劳动合同法》自 2008 年实施以来,一直备受争议,要求修改该法的呼声不绝于耳。随着经济下行压力的增大,特别是 2015 年底党中央提出供给侧结构性改革以来,政界、商界、学界诸多人士发出新一轮修改《劳动合同法》的呼声。有学者认为《劳动合同法》存在劳动力市场灵活性不够、企业用工成本较高以及立法过度倾斜等失衡问题,主张对该法进行修改。^[48]然而也有学者指出,我国当前面临的用工问题不仅仅是劳动合同法本身的问题,《劳动合同法》修改要谨慎,用工灵活性等问题应当放在整个劳动法框架中去认识,劳动基准问题、集体合同问题没有解决,单独修改《劳动合同法》可能会导致法律体系的不协调。^[49]法律的修改应建立在有关共识的基础上,各方就《劳动合同法》修改方案争持不下,导致《劳动合同法》的修改没有被列入 2018 年第十三届全国人大常委会公布的立法计划之中。与之相反,在各方的共同努力下,我国《民法典》已于 2021 年 1 月实施,标志着我国正式进入民法典时代。2020 年 11 月,习近平总书记在中央全面依法治国工作会议上提出,要总结民法典的编纂经验,适时推动条件成熟的立法领域法典编纂工作。目前,我国在劳动法领域已经陆续出台了《劳动法》《劳动合同法》《劳动争议调解仲裁法》等一系列基本法律,形成了一套比较健全完善的劳动法律法规和规章政策体系,为编纂劳动法典提供了重要基础。当下,以劳动法典作为劳动法律体系建设的目标模式已成为学界共识,符合中国特色社会主义法律体系法典化的总体取向。^[50]

第三,域外成功的劳动法典立法例,为我们提供了可资借鉴的立法经验。众所周知,法国与俄罗斯均颁布了《劳动法典》,由其对包括雇佣合同在内的所有劳动关系进行调整,并在社会生活中得到了有效实施。这两部劳动法典作为不同社会制度国家劳动法典化的典范,成为引领劳动法典化的世界趋势。^[51]俄罗斯自苏联时代起一直由劳动法典对雇佣合同进行调整,《俄罗斯联邦劳动法典》几乎整合了劳动法领域的所有法律法规。我国与俄罗斯同样面临着稳定劳动关系、促进社会稳定发展的任务,因此我国在编纂劳动法典时,可以适当借鉴俄罗斯劳动法典。^[52]法国自民法典颁布以来一直将雇佣关系作为劳动力租赁来规范,之后法国将雇佣关系法从民法中分离出来,制定了独立的劳动法典,其中第 1 卷第 2 编规定了劳动合同,将劳动分为经常性劳动与临时性劳动,并分别就合同的成立、生效、

[46] 参见林嘉:《论我国劳动法的法典化》,载《浙江社会科学》2021 年第 12 期。

[47] 参见李广德:《民法典编纂背景下劳动法典立法的初步展开》,载《地方立法研究》2017 年第 4 期。

[48] 参见董保华:《〈劳动合同法〉的十大失衡问题》,载《探索与争鸣》2016 年第 4 期。

[49] 参见姜颖、沈建峰:《正确评估〈劳动合同法〉适时修改〈劳动法〉》,载《中国劳动关系学院学报》2017 年第 3 期。

[50] 参见《全国人大常委会委员郑功成:尽快启动劳动法典编纂》, https://www.sohu.com/a/527669959_257321, 2022 年 3 月 22 日访问。

[51] 参见钱叶芳:《劳动法典的制定与劳动权利的实现》,载《东方法学》2021 年第 6 期。

[52] 参见王佳慧:《〈俄罗斯联邦劳动法典〉中的劳动权利保护制度——兼谈我国劳动立法的完善》,载《湖北社会科学》2008 年第 12 期。

雇佣人的义务、合同期限、解除与终止等方面设计了专门规则。^[53]并且,《法国劳动法典》还对学徒合同、为自然人提供服务等进行特别规定,调整对象涉及各种不同类型的劳动者。^[54]法国提供了直接以劳动法典这种更完整的形式来反映社会化要求的机会,形成了后发优势。^[55]因此,我们可以借鉴法国、俄罗斯等域外国家的立法经验,参考其劳动法典的体系以及相关制度设计,尽快制定出一部详尽、完备的劳动法典,进而实现由劳动合同替代雇佣合同。

(二) 劳动法统一调整模式的具体设想

1. 以从属性为中心重新界定劳动合同的概念

目前,我国《劳动法》《劳动合同法》将用人单位限定在企业、个体经济组织、民办非企业单位等组织;原劳动和社会保障部发布的《关于确立劳动关系有关事项的通知》(劳社部发〔2005〕12号)也强调用工主体资格的重要性。由此可以看出,我国劳动合同法的适用范围仍然强调对主体形式要件的认定,即固守传统的“主体论”,这种“主体论”将劳动关系(劳动合同)建立在社会化大生产的基础上,带有浓重的主体身份立法色彩,从而导致个人用工和家庭用工等私人雇佣形态被排除在劳动合同法适用范围之外。^[56]如果继续坚持雇佣合同与劳动合同二分的立法极易给人造成两者是异质的假象,这也是形成民法和劳动法对雇佣(劳动)关系进行二元调整模式的重要原因。然而,如前所述,雇佣合同与劳动合同并无本质上的区别,两者均以从属性作为合同的主要特征,所规范之对象具有一致性。^[57]如果对此予以忽视,一方面将无法与服务、承揽、委托等劳动交换类合同进行充分的区分;另一方面也将导致我国劳动法对相关劳动者保护的错位与不足。因此,我国劳动立法特别是劳动法典的制定应当正视雇佣合同和劳动合同的同质性,打破传统“主体论”对劳动合同认定的束缚,在编纂劳动法典时实现劳动合同认定标准由“形式”要件向“实质”要件的转变、“身份性”认定向“从属性”认定的回归,并以从属性为中心重新界定劳动合同的概念,依据从属性的强弱对劳动合同进行类型化细分,不断改进劳动合同法的调整方式和调整力度。

2. 确立类劳动者的劳动(合同)法保护路径

如前所述,主张在《民法典》中引入雇佣合同的学者认为雇佣合同能够为类劳动者提供一定的制度保护。^[58]但是,基于《民法典》的回避式立法以及民法保护的有限性等因素的综合考量,实际上现阶段立法的最佳选择应由劳动合同替代雇佣合同,并通过劳动法典编纂的路径,专设“特殊劳动合同编”^[59](或者“特殊劳动者保护编”)对不同类型劳动者进行差异化处理,从而使类劳动者获得劳动合同法更加全面的保护。目前,我国的劳动法律制度主要构建在典型劳动关系基础上,其典型性首先表现为劳动合同权利义务模式的整齐划一,甚至将各种复杂劳动关系装在一个标准的模子里,从而导致

[53] 参见林嘉:《劳动合同若干法律问题研究》,载《法学家》2003年第6期。

[54] 参见郑晓珊:《〈民法典〉时代下雇佣劳动法律体系之重整》,载《暨南学报(哲学社会科学版)》2022年第3期。

[55] 参见董保华:《雇佣、劳动立法的历史考量与现实分析》,载《法学》2016年第5期。

[56] 参见刘明辉:《家政工获得劳动保障权利的障碍及路径》,载《西南民族大学学报(人文社会科学版)》2011年第5期。

[57] 参见[日]荒木尚志、菅野和夫、山川隆一:《詳説労働契約法》(第2版),弘文堂2014年版,第77页。许建宇:《雇佣关系的定位及其法律调整模式》,载《浙江大学学报(人文社会科学版)》2002年第2期;战东升:《民法典编纂背景下劳动法与民法的立法关系——以“类似劳动者型劳务提供人”的保护为切入点》,载《法学》2018年第10期。

[58] 参见谢增毅:《民法典引入雇佣合同的必要性及其规则建构》,载《当代法学》2019年第6期。

[59] 值得注意的是,南京国民政府于1929年春,编成《劳动法典草案》,该草案共7编21章。其中,第1编为“劳动契约”,由“一般劳动契约”和“特种劳动契约”两章构成。而“特种劳动契约”则由学徒契约、使用人契约、手工业劳动者契约、矿业劳动者契约、农业劳动者契约、海运劳动者契约、家内劳动者契约、演艺者契约共8节构成。

灵活就业下非典型劳动关系^[60]适用性不足。^[61]然而,经济领域的灵活性、全球化、私有制不断地倒逼这类就业形式的出现,为了实现非典型劳动关系的再平衡,就要根据非典型劳动的不同类型和从属性强弱采用不同的法律规则。^[62]为此,需要打破现行劳动合同法保护措施的统一配置模式,进而构建灵活多元的配置模式。对在“劳动者”与“非劳动者”之间的灵活就业人员有必要在法律上进行相应的规定,既要防止劳动关系的泛化,也要防止劳务关系的泛化,应该依据从属性的强弱进行类型化处理,并比照劳动法律法规进行适当保护。^[63]

这些类劳动者大体上可以分为两大类:一类是以家政工、兼职大学生等为代表的传统类劳动者;另一类是以平台工人、远程劳动者等为代表的新型类劳动者。将这些类劳动者纳入劳动合同法的保护范畴,将是今后劳动法的发展方向。^[64]对于类劳动者群体,需基于人权保护理念和平衡劳资双方利益的角度,在劳动合同立法中应当把重点放在保护劳动基本权利上,适当放松对工作时间、工作地点、工作方式、获取劳动报酬的方式、解雇保护、休息休假等方面的限制,赋予劳资双方较大的灵活度与自治权。^[65]同时,也需要针对不同劳动者群体的特点,包括雇主的性质与规模、劳动者的身份与特性、劳动时间与劳动方式、社会保护的必要性等不同因素进行差异化处理,^[66]提供灵活的劳动保护,进而促进劳动合同立法从统一化向类型化、精细化发展。

第一,传统类劳动者。从理论上来看,传统类劳动者实际上具备劳动关系的某些特征,^[67]只因劳动者的非典型性就将其溢出劳动法的保护范围没有充分的理由。^[68]从域外立法来看,很多国家已将家政工、兼职大学生等纳入劳动(合同)法调整范围。例如,发达国家一般都认可兼职大学生的劳动者资格;^[69]就家政工而言,世界上约有 60 多个国家的家政工可以适用劳动(合同)法,国际劳工组织为此还单独制定了《家政工人保护公约》。^[70]因此,基于理论和域外立法的综合考量,一方面,应将诸如家政工、兼职大学生这些传统类劳动者纳入劳动合同法的调整范围;另一方面,在具体劳动权益保障规则上,应放松劳动合同法的整体保障措施,对不同的传统类劳动者根据不同的用工特点进行特殊规则设计。^[71]

[60] 非典型劳动关系是指,在劳动时间、地点、方式上灵活多样,使用从属关系弱化或模糊,劳动者身份不明确,就业状态不稳定,权益保障不充分的一种劳动关系。它有非全日制用工、灵活就业、临时雇用、合同用工、委托劳动、远程劳动、自雇型劳动、家庭工等多种表现形态。参见田思路、彭浏成:《论使用从属关系下非典型劳动者保护的多元化》,载《中国劳动》2014 年第 8 期。按此定义,本文所涉及的“类似劳动者型劳务提供者”均属于非典型劳动关系的探讨范围。

[61] 参见谢德成:《新时代劳动法的功能拓展与制度调适》,载《当代法学》2019 年第 4 期。

[62] 参见田思路:《劳动关系非典型化的演变及法律回应》,载《法学》2017 年第 6 期。

[63] 参见田思路:《劳动关系非典型化的演变及法律回应》,载《法学》2017 年第 6 期。

[64] 参见常凯:《平台企业用工关系的性质特点及其法律规制》,载《中国法律评论》2021 年第 4 期。

[65] 参见谢增毅:《我国劳动关系法律调整模式的转变》,载《中国社会科学》2017 年第 2 期。

[66] 参见谢德成:《转型时期的劳动关系:趋势与思维嬗变》,载《四川大学学报(哲学社会科学版)》2016 年第 6 期;栗瑜:《劳动合同概念溯源及时代启示》,载《法学》2021 年第 3 期。

[67] 参见许建宇:《雇佣关系的定位及其法律调整模式》,载《浙江大学学报(人文社会科学版)》2002 年第 2 期;谢增毅:《超越雇佣合同与劳动合同规则——家政工保护的立法理念与制度建构》,载《清华法学》2012 年第 6 期。

[68] 参见谢增毅:《我国劳动关系法律调整模式的转变》,载《中国社会科学》2017 年第 2 期。

[69] 参见柯新华、罗琼:《大学生兼职劳动权益保护问题探讨》,载《中国劳动》2013 年第 12 期。

[70] 参见胡大武:《家政服务员法律地位:比较与借鉴》,载《社会科学战线》2012 年第 8 期。

[71] 例如,对于家庭保姆等,工作时间可由当事人双方自由协商,无须严格执行标准工时制度;工资确定方式以及支付期限也可以相对灵活一些;而现行《劳动合同法》中关于期限强制、解雇限制等规定则不应适用。参见许建宇:《雇佣关系的定位及其法律调整模式》,载《浙江大学学报(人文社会科学版)》2002 年第 2 期;郑晓珊:《〈民法典〉时代下雇佣劳动法律体系之重整》,载《暨南学报(哲学社会科学版)》2022 年第 3 期。

第二,新型类劳动者。如前所述,近些年,随着互联网技术的发展,产生了一大批以网约车司机、网络主播等为代表的新兴职业,进而形成了不同于传统用工方式的互联网平台用工关系。虽然这些劳动者在工作时间、工作地点的选择以及工作进入与退出机制等方面具有较强的灵活性和特殊性,^[72]但随着用工决策、筛选从业者和管理从业者等一系列算法逻辑贯穿适用于平台用工的全过程,算法的设置已经脱离技术中立层面,更多内嵌着用工方经济利益与价值选择,从而不断侵害此类劳动者的合法权益。^[73]实践中企业频繁借助互联网平台去劳动关系化,规避劳动法责任与义务,使得这类用工关系的性质认定更加模糊。^[74]对于平台工人的性质和法律保护问题,理论上也产生了较大的分歧。^[75]在笔者看来,不同观点下所蕴含的本质问题,是对从属性内涵与外延在认识上的不统一以及由此带来的劳动法调整范围的划定问题。其中,学者们的主要分歧在于对人格从属性较弱而经济从属性较强的新型类劳动者是由劳动法调整还是民法调整抑或是独辟蹊径。对此,笔者倾向于交由劳动法调整。一方面,在本次民法典编纂过程中,立法者对雇佣合同入典和“狭义分别调整模式”所采取的消极态度以及对类劳动者的保护不足等问题,在此不再赘述。另一方面,不可否认的是,新就业形态的出现对传统从属性标准形成了冲击,使其已不能完全适应社会发展对劳动关系认定的需要,因此我们需要对从属性建立新的认识。在我国,判断劳动关系(劳动合同)是否成立的核心标准是人格从属性,而经济从属性更多是辅助性判断标准,但随着通信技术和人工智能技术的不断发展,以“网约工”为代表的新型类劳动者群体的规模将不断扩大,给予其劳动法上的保护也变得越来越迫切。对此,经济从属性能够起到很好的过渡作用,避免全保护和不保护的两难选择,保证劳资间权利义务相一致。^[76]目前,域外很多国家立法,实质上也都是以经济从属性为理论依据来扩宽劳动关系认定的范围。^[77]因此,新型类劳动者与雇主之间所具有的经济从属性是使其能够成为劳动法调整对象的有力理由。与此同时,在对平台工人这类新型类劳动者的具体劳动权益保障制度的设计上,应结合平台用工的灵活性以及平台主要依靠算法运行的特点,从平等就业、劳动时间、休息休假、工资报酬、集体劳动权等方面提供立法保护。^[78]

3. 在劳动法体系内设置与民法规范之间的“通道”条款

我国现行劳动法并不包含民事主体规则、权利能力规则、欺诈和胁迫等术语的具体含义确定规则,《劳动合同法》也没有规定劳动合同的缔约规则、违约金酌减规则、履行障碍规则等等。^[79]鉴于我国现行劳动法本身规则的残缺性,在劳动法与民法之间设置“通道”条款,打通一直以来我国劳动法与民法之间的阻塞,让劳动法充分汲取民法的营养,就显得十分必要。对此,有学者主张雇佣合同纳入《民法典》的重要功能之一即在于确立劳动法和民法的连接点,应当在雇佣合同中明确当劳动法规

[72] 参见王伟进、王天玉、冯文猛:《数字经济时代平台用工的劳动保护和劳动关系治理》,载《行政管理改革》2022年第2期。

[73] 参见徐智华、解彩霞:《算法逻辑下平台从业者权利保护的危机及应对》,载《西安交通大学学报(社会科学版)》2022年第1期。

[74] 参见杨浩楠:《共享经济背景下我国劳动关系认定标准的路径选择》,载《法学评论》2022年第2期;吴文芳、刘洁:《新技术变革时代“人”的变迁与社会法的回应》,载《学术月刊》2021年第8期。

[75] 参见王天玉:《基于互联网平台提供劳务的劳动关系认定——以“e代驾”在京、沪、穗三地法院的判决为切入点》,载《法学》2016年第6期;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》2018年第6期;常凯:《平台企业用工关系的性质特点及其法律规制》,载《中国法律评论》2021年第4期。

[76] 参见李志锴:《论我国劳动法上“从属性”的内涵厘定与立法考察》,载《大连理工大学学报(社会科学版)》2019年第3期。

[77] 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。

[78] 参见谢增毅:《平台用工劳动权益保护的立法进路》,载《中外法学》2022年第1期。

[79] 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。

则缺失时,劳动关系是否可以适用合同法或民法的规则。^[80]然而,在此需要厘清的一个问题是,在《民法典》中规定雇佣合同并非实现两法互动的唯一路径,该通道也可以通过其他形式加以呈现。实际上,“通道”条款能够充分发挥作用的本质在于其内容本身,至于其载体是劳动法还是民法,放在何种法律规范体系之中,都不会影响到“通道”条款所能发挥的效力。

《民法典》未将雇佣合同纳入调整范围之内,意味着在《民法典》中设置劳动法与民法之间链接规则的设想落空,因此,在劳动法中设置“通道”条款无疑是当下的最优解。^[81]这一做法也能够得到比较法上的支持。例如,法国《劳动法典》L1211-1 条规定“劳动合同受普通法规则约束”,这里的普通法规则就是民法规范。该条规定将劳动合同纳入民法的调整范围,在劳动法典之外,劳动合同可以适用民法典。^[82]因此,我们可以借鉴域外立法的经验,在未来的劳动法典中的“劳动合同编”部分设置与民法规范之间的有效“通道”,让两个部门法之间互动起来。具体而言,可作如下规定:“劳动合同除本法有规定外,在不违背劳动法基本原则的前提下可参照适用民法中的规定。”^[83]但是,劳动法与民法之间的互动应当保持一定的限度。也就是说,只有在劳动法律规范没有规定的情况下,才有民法的适用空间与可能,并且民法规范适用的范围需要进行限定,对于根植于民法中的财产性内容,未充分顾及劳动关系特殊性的规范仍然需要排除在外,对此需要作进一步的深入研究。^[84]让劳动法充分汲取民法的营养,这不会减弱劳动法的部门法地位,反而会使劳动法逐渐变得完善、强大起来。

五、结 语

本次《民法典》编纂未将雇佣合同有名化,而是将其作为无名合同,这意味着在雇佣(劳动)关系的法律调整方面,我国所采用的仍然是一种分别调整模式,并且是一种“广义分别调整模式”。但是,这种调整方式在法律适用层面存在相当的局限性。在后《民法典》时代,寄希望于《民法典》修改而将雇佣合同纳入调整似无可能。雇佣合同与劳动合同本质上属于同质关系,应当充分利用我国的后发制度优势,放弃分别调整模式而采用劳动法统一调整模式。我们应当确立编纂劳动法典的基本路径,通过构建以从属性劳动合同为核心的劳动法体系,扩张现行劳动合同法的调整范围,从而为家政工和平台工人等类劳动者提供有效的劳动法律保护。同时,鉴于我国现行劳动法本身规则的残缺性,在未来的劳动法典中的“劳动合同编”宜设置与民法规范的有效“通道”,以解决劳动法统一调整模式所带来的制度上的供给不足问题。

(责任编辑:江 锴)

[80] 参见谢增毅:《民法典编纂与雇佣(劳动)合同规则》,载《中国法学》2016 年第 4 期。

[81] 参见郑晓珊:《〈民法典〉时代下雇佣劳动法律体系之重整》,载《暨南学报(哲学社会科学版)》2022 年第 3 期。

[82] 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。

[83] 刘绍宇:《劳动合同法与民法适用关系的法教义学分析——以〈劳动合同法〉修改和民法典编纂为背景》,载《法学》2018 年第 3 期。

[84] 参见郑晓珊:《〈民法典〉时代下雇佣劳动法律体系之重整》,载《暨南学报(哲学社会科学版)》2022 年第 3 期。

The Legislative Choice between Employment Contract and Labor Contract in the Post-Civil Code Era

ZHAN Dongsheng

Abstract: The compilation of the Civil Code of China does not stipulate the employment contract as the legally-named one, which indicates that the legal adjustment of employment (labor) relations has formed a respective-adjustment mode of "non-legally-named contract + labor contract", and such respective-adjustment mode has significant limitations. In the Post-Civil Code era, we should skip the respective-adjustment mode and directly adopt the mode of unified adjustment by the labor law, which is required not only by the innovation of the value concept of labor exchange regulation, but also for strengthening the protection of the rights and interests of "employee-like labor service provider" and also for further improve the system of legal norms on labor of China. The mode of unified adjustment by the labor law may be realized by means of compiling Labor Code, in which, the employment contract is replaced by the labor contract and the concept of the labor contract is re-defined by taking the subordination as the center; the "Section of Special Labor Contract" is specially set up to differently deal with various types of workers such as domestic workers and platform workers; the "passage" clauses connecting to the rules in Civil Code is set up in the "Section of Labor Contract" to make up the incompleteness of the existing rules of labor law.

Keywords: Employment Contract; Labor Contract; Civil Code; Labor Code; Employee-like Labor Service Provider