



关系契约视野下的劳动关系研究

On Labor Relations in the Sight of
Relational Contract

叶小兰 著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS



关系契约视野下的劳动关系研究

On Labor Relations in the Sight of
Relational Contract

叶小兰 著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

关系契约视野下的劳动关系研究/叶小兰著. —北京: 北京大学出版社, 2018.1

(国家社科基金后期资助项目)

ISBN 978-7-301-29086-6

I. ①关… II. ①叶… III. ①劳动关系—劳动法—研究—中国
IV. ①D922.591.4

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2017)第 327497 号

- 书 名 关系契约视野下的劳动关系研究
GUANXI QIYUE SHIYE XIA DE LAODONG GUANXI YANJIU
- 著作责任者 叶小兰 著
- 责任编辑 邓丽华
- 标准书号 ISBN 978-7-301-29086-6
- 出版发行 北京大学出版社
- 地 址 北京市海淀区成府路 205 号 100871
- 网 址 <http://www.pup.cn>
- 电子信箱 law@pup.pku.edu.cn
- 新浪微博 @北京大学出版社 @北大出版社法律图书
- 电 话 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62752027
- 印刷者 北京大学印刷厂
- 经 销 者 新华书店
- 730 毫米×1020 毫米 16 开本 13.25 印张 223 千字
- 2018 年 1 月第 1 版 2018 年 1 月第 1 次印刷
- 定 价 36.00 元

未经许可, 不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有, 侵权必究

举报电话: 010-62752024 电子信箱: fd@pup.pku.edu.cn

图书如有印装质量问题, 请与出版部联系, 电话: 010-62756370

国家社科基金后期资助项目 出版说明

后期资助项目是国家社科基金设立的一类重要项目,旨在鼓励广大社科研究者潜心治学,支持基础研究多出优秀成果。它是经过严格评审,从接近完成的科研成果中遴选立项的。为扩大后期资助项目的影响,更好地推动学术发展,促进成果转化,全国哲学社会科学规划办公室按照“统一设计、统一标识、统一版式、形成系列”的总体要求,组织出版国家社科基金后期资助项目成果。

全国哲学社会科学规划办公室

序 言

1966年12月16日,联合国大会通过了《经济、社会和文化权利国际公约》,经济社会权利成为国际人权法的重要组成部分。中国在1997年10月27日签署了该公约。2001年2月28日,第九届全国人民代表大会常务委员会批准了公约。在经济社会权利的具体内容中,工作权是一项非常重要的经济权利。要加强工作权的保障,既需要在宪法中确立保障人权的根本理念,也需要在劳动法律部门制度中具体构建。从法理学的视角来看,劳动法体系的构建和完善需要劳动法基础理论的支撑,而对劳动关系的法理学研究是构建劳动法学科相关理论的基础。叶小兰博士的这本书就是在这方面的一个重要尝试。

2009年9月,作者回到南京大学在职攻读博士学位,基于其在华侨大学所任教的课程,选择劳动法相关问题作为博士期间的研究对象。研究部门法问题,不仅要关注现行制度,也需要关注制度背后的理论,甚至理论背后的理念,对劳动关系的理念性研究是理解劳动关系特性以及指导劳动法律制度实施的基础性工作。基于上述考虑,作者选择了《关系契约视野下的劳动关系研究》作为其博士论文的选题。2012年作者的博士论文顺利答辩通过。2013年作者以博士论文展开的选题获得了其工作单位“高层次人才科研启动项目”的支持;2014年,作者又获得了“国家社会科学基金后期项目”的资助。作者研究成果所获得的支持反映了我国劳动法学界对此问题的重视,也体现了本书所具有的理论与实践价值。就本书的内容来说,我认为有以下几个特点。

其一,视角新颖。关系契约理论引入中国后,给传统契约法研究带来新的理论方向,对传统合同法无法圆满适用的婚姻关系、劳动关系等问题给出了比较清晰、自洽的理论解说。因此,本书采取的研究视角和理论框架不同于传统劳动法研究中的制度分析进路,视角独特,问题意识强烈。本书引用关系契约理论对劳动关系的特性、劳动关系团结、劳动关系公平的分析在劳动法研究中具有明显的创新性。

其二,理论性强。虽然本书研究的劳动关系问题,属于劳动法的部门法著作,但本书的写作思路和风格却显法理化。作者通过对劳动关系变迁的历

史考察和对关系契约理论的深刻解读,指出关系契约理论对现代工业社会中新型契约所具有的独特解释效果。本书通过对关系契约理论的具体应用,展现了劳动关系所具有的不完全性、嵌入性、合意持续等特征,整体分析充满思辨性,逻辑清晰。因此,本书的写作具有浓厚的法理学色彩,也显示了作者较强的理论分析能力。

其三,关注现实。虽然本书是劳动法领域的理论性研究成果,但本书同样充满了强烈的现实关怀。书中对其他国家先进的劳动立法制度进行了介绍,对我国劳动立法中的成就和不足之处进行了分析,并结合理论研究给出了建议。本书重视案例分析法,通过对案例的研究,既解析了当前的制度,也展示了关系契约理论的适用效果。

因此,我认为本书的出版具有重要的理论和实践价值,通过法理思维方式研究劳动法问题,丰富和发展了劳动法理论。在全面推进依法治国、深化依法治国实践的社会背景下,对劳动法问题的关注是新时代的需要,是加强人权法治保障的应有之义。

最后,作为她的博士生导师,在新书出版之际,我感到由衷的欣慰,也要表达诚挚的祝福。我衷心期待叶小兰博士能更加持久、深入地关注劳动法问题、关注工作权问题,期盼作者以此为新的起点,创造出更多更好的学术精品。

是为序。

杨春福

2017年12月于南京

目 录

导 论	1
第一章 劳动关系的历史与本质还原	10
第一节 “从身份到契约”的劳动关系	10
第二节 “从契约到身份”的劳动关系	20
第三节 劳动关系契约本质的还原	26
第二章 关系契约理论探析	43
第一节 古典契约理论与关系契约理论的比较	43
第二节 关系契约理论对契约法的发展	65
第三章 劳动关系的关系契约属性	77
第一节 具体化的契约主体	77
第二节 动态的契约过程	81
第三节 关系的高度嵌入性	89
第四章 关系契约视野下的劳动关系团结	96
第一节 劳动关系团结的规范来源	97
第二节 劳动关系团结的维持	120
第五章 关系契约视野下的劳动关系公平	158
第一节 劳动关系主体的角色实体化与利益融合	158
第二节 劳动关系公平的实体和程序要求	175
结 语	195
参考文献	197
后 记	205

导 论

一、选题来源和选题意义

选择劳动关系作为研究对象,最初源于对劳动合同特殊性的关注。劳动关系由民法中传统的雇佣关系发展而来,“劳动法(亦称劳工法)上之劳动契约谓当事人之一方对于他方在从属的关系上,提供职业上之劳动力,而他方给付报酬之契约乃为特种之雇佣契约,可称为从属的雇佣契约”^①。在研究过程中,笔者发现劳动合同虽然可以从传统的民法角度进行理解,但劳动合同与一般合同有诸多不同,作为一般合同的基本原则和核心价值,平等、自愿和自由原则在劳动合同中均出现变异或突破。在传统合同法中,合同双方是抽象的平等主体,坚持自愿、合意,通过自由意志联合形成合同并产生法律责任。不过这种传统合同法的理念与做法在劳动合同中可能并不适用。首先,传统合同法的平等要求在劳动合同中可能形成不平等的结果,劳动合同中双方主体无疑有着实力、信息、地位等方面的实质不平等。其次,一般合同的自愿原则也可能被扭曲。劳动合同可以划分为两个阶段,在合同缔结阶段双方存在着选择自由,但是在劳动合同履行阶段,雇员明显对雇主具有隶属性,需要服从雇主的指挥。再次,合同的自由原则也会受到国家干预。传统合同强调合同自愿,也就意味着当事人的选择自由,国家应该减少干预,而事实上,基于社会稳定的考虑,现代各国广泛应用国家强制力对劳动关系进行普遍干预。因而,劳动关系中还体现了国家的意志和利益,劳动关系既是一种社会制度,又是一种私人关系。

劳动关系所具有的如此种种特殊性,一方面,使得劳动契约被传统契约法分离和排挤出来;另一方面,通过对劳动关系的历史考察可以发现,劳动关系在经历了“从身份到契约”的历史转变之后,又处于“从契约到身份”的法律规制现实。所有这一切,不禁使人产生疑问:劳动关系的本质到底是契约还是身份?如果认为劳动关系变成了彻底的身份关系,那么,劳动合同还是合同吗?本书认为,无论国家法律介入的程度如何,始终改变不

^① 史尚宽著:《债法各论》,中国政法大学出版社2000年版,第294页。

了劳动关系契约化的现代法治理念,不能因为劳动关系具有的身份属性以及国家干预色彩就否定了劳动关系的契约特性。契约始终是劳动关系的基础和本源,以契约为基础构建劳动法律秩序更好地体现了对个人价值观和选择的尊重,以契约调整劳动关系也更符合现代法治理念。但是又必须看到,劳动关系和一般性的合同不同,具有身份色彩,并受到国家干预。很显然,古典契约理论无法对劳动关系的多重属性进行解释。因此,必须转变契约法观念,契约法作为一个体系来说绝不应当是封闭的、一成不变的,而必须不断地更新、变化,保持开放的态度。本书将对契约的理解转入关系契约的视野下,以关系契约理论来更好地理解和分析劳动关系的契约本质。

从实践的角度来看,用关系契约理论来解读当代劳动关系非常符合劳动关系的现实特征。不同于一般契约关系,劳动关系也更符合关系契约理论的构成要素。首先,劳动关系体现了关系契约中契约的关联性特征。劳动关系中,雇主和雇员基于经济实力、信息能力以及地位等的区别,处于不对等的状态,双方在劳动契约关系中的力量失衡,并进而影响双方的具体权利义务的配置。这样,雇主和雇员在劳动关系中的角色是具体而实体化的,带有很强的语境色彩,需要采取一定的干预措施来平衡双方的力量,以实现互惠性。其次,劳动契约基于节省交易成本以及人力资本的特殊性等特点,是一个继续性的长期契约,从根本上符合关系契约理论所假设的长期动态的契约过程。劳动关系中雇员与雇主的交换通常难以货币化或量化,这一点根本不同于古典契约法所假设的简单商品交换式的个别性契约。再次,源于劳动契约的长期性,劳动契约必然是不完全的,契约主体不可能也并不试图在缔结契约时预见未来的所有可能事件并作出事先的安排。最后,在劳动关系中,基于契约的不完全性和劳动关系共同体的关系性,双方当事人更为强调契约履行过程中利益和负担的共有和分担,而非利益和负担的分离式分配。长期的劳动关系中经常伴随“交易专用性”投资的存在,正是基于专用性资产的投资,劳动关系双方牢牢地嵌入彼此构成的关系共同体中,因此,契约法在此必须限制任何一方当事人毫无代价地随意退出关系,防范当事人的机会主义行为。如此种种,使得劳动关系与关系性契约具有高度的契合性,劳动关系具有典型的关系契约属性。

从理论的应用结果来看,关系契约理论也为很多劳动法律制度提供了理论基础,并在很大程度上对当代劳动法律制度的设置安排作出了自己的解释。首先,关系契约理论为劳动者的集体权益保障制度提供了理论基础。关系契约理论严格审视了传统契约理论对平等理念的盲目依赖,指出

了劳动关系的内在不平等性。在劳资关系确立的前期谈判过程中,表面上主体人格是平等的,实质上单个雇员在雇佣条件谈判过程中处于明显劣势的地位。集体谈判和整个集体权益制度的创立就是为了解决劳资力量平衡问题。通过赋予劳动者组织以谈判和签约的特权,寻求劳资关系中双方力量的相对均衡,使谈判更具有对等的性质。依照关系契约理论,所谓契约不再是法解释学中的个别的、孤立的意思表示,而是包括了当事人及其协议内容的内在性社会关系的社会经济概念,并且使法律规范与社会规范在契约关系中水乳交融。^① 关系契约理论的这种广泛视角,为解释劳动关系中个别劳动合同和集体劳动合同并存的现象提供了理论依据。其次,关系契约理论为劳动关系解除权的合理限制以及劳动关系解除时用人单位对劳动者的经济补偿提供了更好的理论解释。关系契约理论强调当事人相互间冲突利益的平衡和关系的修复,契约维持和契约团结是关系契约的价值追求之一。关系契约理论认为,应该在实体上和程序上为当事人的关系维持和关系修复提供保证。由此,关系契约理论主张对关系解除的当事人的自由加以限制,以此增加当事人对关系的信赖,有助于劳动关系双方在劳动力实现过程中通力合作,从而降低劳动关系解除的风险。与此同时,基于关系契约理论,劳动关系解除后用人单位对劳动者的经济补偿,是来源于一方当事人对长期关系保持的信赖利益。按照关系契约模型,信赖利益可能是植根于关系的非承诺方,即使雇主没有明确承诺,但是雇员基于关系的长期性而依赖于这种期待,如果这种期待没能实现,那么雇主也许就从雇员的依赖中剥削了相当的利益。此外,关系契约理论还能够解决劳动关系解除时一方专用性资产投入的保护问题,基于关系的长期性,总是有一方相对于另一方投入了更多的专用性资产,而一旦关系不正常地解除,这种资产价值将不再存在或至少是不成比例地减少。为了确保专用性资产的保护,有必要在关系解除时,让另一方对此作出一定的赔偿。

在对劳动者的保护不断受到重视的今天,对劳资关系应该有比较清楚的认识。用关系契约理论来解读劳动关系和构建劳动法律制度,能够使我们更加清醒和理性地看待劳动关系。在关系契约视野下,劳动关系的契约属性能够得到更好的诠释,许多的劳动制度原理和设置也可以从关系契约理论中推导出来。关系契约理论为劳动合同的长期化发展趋势、劳动合同解除权的限制、劳动合同解除预告制度、集体谈判和集体合同制度以及平衡劳动关系中的私人自治与国家干预等提供了理论基础。因此,本书选择

^① 季卫东:《关系契约论的启示(代译序)》,参见〔美〕麦克尼尔著:《新社会契约论》,雷喜宁、潘勤译,中国政法大学出版社2004年版,第Ⅱ页。

应用关系契约理论来分析当代劳动关系的内在特征、价值目标、实证制度,并通过理论的应用,对中国现行的相关劳动法律制度进行检视。

二、研究综述

本书的研究目标是以关系契约理论作为一种研究的视角和分析工具来解读劳动关系的契约本质属性,同时以关系契约为价值基础来审视具体的劳动法律制度,辨明哪些具体的制度、规则符合了这种关系性的趋势,并以此为基础,提出进一步完善我国劳动法律制度的建议。这样,本书的研究主要涉及两个部分:一是关系契约理论的介绍和引入,二是劳动关系的考察和研究。以下主要对这两方面的研究状况进行简要的评述。

在关系契约理论的诸多观点中,占主导地位的是美国学者麦克尼尔(Macneil)的关系契约理论,其核心主张体现在其经典著作《新社会契约论》中。麦克尼尔以古典的民法契约理论为参照物来提出自己的理论主张。首先,在契约的核心范畴上,古典契约法通过“合意”来正当化当事人的契约义务来源,进而实现契约自由的基本原则。关系契约理论则以“关系”作为契约概念的核心范畴,强调只有在特定的语境中,当事人、当事人的行为、当事人的合意判断、合意内容才能够得到准确的解释和阐释。其次,关系契约理论提出,契约可以分化为两种类型,即个别性契约与关系性契约,并以此作为分析契约理论的工具。古典契约理论以个别性交易为默示范式,以个别性契约作为规范的原型;关系契约理论以关系性交易为默示范式,以关系性契约作为规范的典型。再次,关系契约理论还引入契约规范作为契约法分析的工具,将契约规范分为一般契约规范、个别性契约规范和关系性契约规范。一般契约规范是基础,所有的契约中都必须以此作为存在的根基,无论是个别性契约规范还是关系性契约规范,都只是某些一般契约规范的强化或弱化。关系契约理论认为,个别性契约主要适用的是个别性规范,关系性契约主要是关系性规范的强化。

在美国契约法学界,如 Robert Scott 等其他学者的契约理论也被称为关系契约理论。^①此外, Richard Speidel、Jean Braucher、Jay Feinman、Paul Gudel 等均对关系契约理论进行了具体化和发展,而这些具体化与发展已经成为关系契约理论的重要组成部分,有的甚至已经超越了麦克尼尔的论述范围。^②

日本学者内田贵教授也接受了关系契约理论,他认为关系契约理论是

① 吕巧珍:《关系性合同理论研究》,清华大学 2006 年博士学位论文,第 35—39 页。

② 孙良国著:《关系契约理论导论》,科学出版社 2008 年版,第 1 页。

未来发展方向,应当在此基础上构筑新型的日本合同法,其专著《契约的再生》为此做了论证。内田贵从社会现象与契约原理两个角度进行考察,发现了古典契约从法律规定到契约理论上的全面崩溃,最终得出结论,认为古典契约模型已经不能适应现代契约的发展,需要构筑以新的信赖关系为基础的继续性合同关系的契约模型。并进一步论证,关系契约中从内在规范向实定法的提升在日本是通过诚实信用原则的运用实现的。

在中国国内,清华大学吕巧珍博士较早对关系性契约理论的内涵及其运用进行全面系统的引入和研究,其博士论文《关系性合同理论研究》首先考察了关系性合同的背景,提出了关系性合同的要义,比较分析了关系性合同和长期合同、继续性合同的不同之处,并认为关系性合同是看待合同的新视角,关系性合同理论并不是要构建具体的合同规则,而是去评价这些规则;然后,此文章还论证了各国现代合同法的关系性发展趋向,体现在要约与承诺一致性的要求放宽、不确定条款的存在、契约附随义务的发展、契约调整规则以及对契约终止的限制等等;最后,吕巧珍博士的论文以“关系性合同法”为模型对我国合同法进行了审视,发现我国合同法中既有符合关系性发展的规定,也有需要补充和修改的地方。

吉林大学孙良国博士的学位论文《关系契约理论导论》则较为深入地研究了关系契约理论的基本内容。论文主要从纵向的角度考察了关系契约理论对20世纪契约法理论的继承与超越,在把关系契约与古典契约的比较中得出结论:20世纪的契约法发展史在关系契约理论的视野中可以用经济人—社会人、形式主义—实质主义、合意—关系、价值唯一—价值多元这四对能够体现契约理论主体假设、方法论、核心范畴、价值追求方面的范畴来概括。阐明了关系契约理论是以社会人为假设,以实质主义为方法论,以关系为核心范畴,以价值多元为价值追求,可以说这四个基本问题有内在联系,归根结底是要实现契约法的团结和公平的价值观的转向。

西南政法大學康娜博士的学位论文《关系契约视野下的婚姻和婚姻立法》,则是着重于关系契约理论的部门法应用,论文从关系契约的角度来分析婚姻关系,得出婚姻就是一种关系契约的结论,然后用关系契约模型来审视我国婚姻立法并提出建议。

总体上看,关系契约理论发展到今天,已经具有了一定的影响力,它能够很好地解释现代契约法的发展趋势,并为很多契约现象提供了一种新的分析视角和分析工具。但是,也应注意,虽然关系契约理论的评价性功能较强,但是其对契约法具体规则的构建性却不够。正如学者所言,关系契约理论要想成为一种对交换关系全面说明的正当化体系理论来代替历来

的合同理论,并成为实定法的法源,羽翼尚未丰满。^①

综上,我国法学界对关系契约理论的研究为数不多,对该理论的研究多集中在理论探讨上,在部门法的解读和应用上利用关系契约理论的很少。在劳动法研究中,系统地将关系契约理论引入研究的没有。由于笔者对劳动关系的契约视野研究需要建立在对劳动法律关系和劳动法律制度综合考察的基础上,因此,国内外学者对劳动法律各项制度的研究、各种理论的分析都为本书提供了指导和借鉴意义。

有关劳动关系的研究在国内已经有非常多的论文,并有一些著作出版。基于写作的目标,笔者搜索了中国知网博士论文数据库,截止到2015年12月,篇名直接含有“劳动关系”的博士论文共有36篇。其中,以劳动关系为主题的法学类博士论文主要涉及这些方面:(1)关于劳动法律的各项具体制度研究,如2014年西南财经大学王黎黎的博士学位论文《从协议自治到统合合作:集体劳动关系的法律调整》;2010年吉林大学王皎皎的博士学位论文《解雇保护制度研究——以解雇要件为重心》;2010年华东政法大学李国庆的博士学位论文《解雇权限制研究》;2009年吉林大学杨彬的博士学位论文《劳动合同效力研究》和2009年吉林大学丁建安的博士学位论文的《企业劳动规章的法律效力研究》;2009年吉林大学夏蕾的博士学位论文《无固定期限劳动合同解除制度研究》;2006年中国政法大学蔡毅芬的博士学位论文《劳动争议仲裁制度之研究》;2006年西南政法大学吉达珠的博士学位论文《劳动争议处理机制实证研究》等。这些文章主要围绕劳动法律当中的某一个具体制度进行分析、探讨和构建。(2)围绕劳动关系中劳动者的各种权利进行探讨和研究,比如2010年吉林大学王天玉的博士学位论文《工作权研究》和金哲的《休息权及其法律保障制度研究》;2006年吉林大学薛长礼的博士学位论文《劳动权论》;2008年华东政法大学李凌云的博士学位论文《劳动权保障的国际标准及其发展趋势》及2011年吉林大学刘松珍的博士学位论文《调职权研究》等。这类文章基于某些劳动权利的保护展开研究。(3)有关国外劳动关系的研究,如2013年华东师范大学周余祥的博士学位论文《卡尔文·柯立芝政府时期美国劳资关系研究》,这些论文偏重对国外理论和实践的介绍。(4)具体领域的劳动关系研究,如2013年首都经济贸易大学崔艳的博士学位论文《IT企业劳动关系及其和谐目标的实现》,这类文章重视劳动关系理论的实际应用,等等。此外,国内外很多劳动法领域的专家、学者的有关劳动法制方面

^① 李永军著:《合同法》,法律出版社2004年版,第186页。

的专著也涉及劳动法律的各项制度、各种理论分析。

综上可以看出,对劳动法律制度的现有研究主要关注劳动者权利保护或者具体的某个劳动法律制度的构建等问题,很少有从法哲学角度来研究劳动关系基本理论,也没有从劳动关系的本质入手专门对劳动关系进行全面、系统的研究。以关系契约理论的视角对劳动关系的本质属性进行分析,并进而解释和评价劳动法律中哪些规则和制度具有明显的关系性趋势的几乎没有,因此,本书从关系契约视野对劳动关系进行研究具有一定的必要性和创新性。

三、研究方法和研究思路

(一) 研究方法

张文显教授认为,“所谓研究方法,就是主体在认识作为客体的客观世界和事物,揭示其本质并阐明其一般规律的实践活动中所遵循的一套原则、程序和技巧”^①。笔者试图运用关系契约理论对劳动关系进行研究,因此,劳动关系自身的历史发展规律必然要进入笔者的视野,对劳动关系的历史考察无可避免。此外,在考察和评价劳动制度的关系性趋向时,各国的劳动法律相关制度的比较分析也就成为了必要。最后,劳动关系的理论研究最终必然要服务于现实,因此,文章必然要考察现有的劳动法律规范,检验关系契约理论在实然层面中的具体运用和表现。综合起来,本书主要用历史考察、比较分析、规范研究等方法来对关系契约视野下的劳动关系进行研究。

1. 历史考察。在理论和制度研究中历史考察的方法被普遍应用。“任何人想要了解法的当下情况,就必须同时考虑它的历史演进以及它对未来的开放性。”^②历史考察方法就是将研究对象的历史发展进程展现出来,追溯对象的往昔与今日,进而分析研究对象的出现、变迁和未来发展趋势。因此,这种历史考察必然带有研究者一定的分析和评价,并非纯粹的历史描述。具体到劳动关系,通过历史分析方法的运用,能够发现劳动契约观的历史发展进程及其发展规律,从而为劳动关系的契约本质和关系契约属性提供理论研究的历史起点和逻辑起点。通过对劳动关系的历史考察,追溯劳动关系的法律规制方法的变迁轨迹。劳动关系在经历了“从身份到契约”的历史变迁之后,又有“从契约到身份”的法律规制现实倾向,这

^① 张文显著:《法哲学范畴研究》(修订版),中国政法大学出版社2001年版,第15页。

^② [德]卡尔·拉伦茨著:《法学方法论》,陈爱娥译,商务印书馆2003年版,第7页。

本身就为我们的研究引出了问题所在。

2. 比较分析。本书主要采用横向比较的研究方法,一方面,对英美法系和大陆法系的契约法发展历史和现状进行比较分析,另一方面,对世界各国的劳动法律制度现状进行分析比较。首先,英美法系和大陆法系从古典契约法时期开始就对契约本质的理解和制度安排有所差异,在区别的基础上又有本质的趋同性。在契约法发展的今天,二者在法律渊源、表现形式、具体制度上仍然有很大的差别,但是在契约责任的扩大化、契约弹性条款和制度的安排上都呈现相同的发展趋势,契约自由和契约正义的平衡都受到普遍重视。另一方面,通过对世界各国相关劳动法律制度的比较,分析各国相关劳动法律制度的关系性程度强弱,比较研究的方法可以使我们对境内外劳动法律制度的异同进行辨析,从而找出制度差别背后对关系契约的理解和吸收程度的差异。同时,随着经济全球化和国际劳动标准的统一化,劳动法律制度的发展未来趋于同一,各国劳动立法和司法在很多制度安排和实践中,自觉或不自觉地对劳动关系进行灵活化的处理,关注劳动者在劳动关系中的弱势地位,遏制长期劳动关系中的机会主义行为,力图实现劳动关系的稳定、合作和团结、公平。

3. 规范研究。规范分析是法学研究的基本方法之一,其以一定的价值判断为基础。制度或规范的研究则以一种规范法学的分析思路对已有的劳动法律规范进行研究。规范分析研究方法中强调制度设置和制度选择的价值偏好,并进一步论证制度的应然状态,即制度应当是一种怎样的安排和模式,从而给现行制度的发展与完善指出方向、提出建议。分析实证法学以法律规范为前提进行有效性研究,主要是对现有的劳动法律制度进行阐述,并在价值认定的基础上进一步分析实证制度的合理与不足。本书以此方法阐释劳动关系的基本理论和学说,以关系契约理论的价值追求为判断标准来论证劳动法律制度所应具有客观法律价值。此外,规范分析和研究又是以国家有权机关制定的法律法规、部门规章、地方性法规等规范性文件为研究的主要对象,劳动关系的关系契约视角分析的研究起点也是建立在对劳动法律规范的实证分析上的。

(二) 研究思路

一种新的理论运用到研究对象上,必须有其特定的研究背景和理论基础,并且这种理论还要有可适用性。本书试图运用关系契约理论来研究劳动关系,当然首先必须考察劳动关系的历史发展脉络和相关理论的变迁情况。因此,本书第一章首先分析了劳动关系的历史发展和本质还原,通过

对劳动关系“从身份到契约”和“从契约到身份”的不同历史发展阶段的考察,针对劳动关系的本质到底是身份还是契约的疑问,对传统的契约观进行反思,认为人们必须打破传统契约理论的思想桎梏,还原劳动关系的契约本质,劳动关系中的自由选择和交换内容根本上决定了劳动关系符合契约的本质要求。现代社会中,要充分了解劳动关系的契约本质,应该从关系契约的角度理解劳动关系。由于关系契约理论将被用于全面分析劳动关系,因此,有必要对其加以阐述。为此,第二章通过关系契约与古典契约理论的比较,阐述了关系契约理论的具体内容。在相对全面了解了关系契约理论之后,笔者在第三章详细分析了劳动关系的特征,并通过与关系契约的特征相比对,发现劳动关系非常契合关系契约的特点,进而得出劳动关系可以被视为一种关系契约的结论。虽然劳动关系从特征上符合关系契约的属性,但关系契约理论与古典契约理论的一个重大区别在于古典契约理论追求契约的效率价值,而关系契约理论则在新的社会背景下力图实现契约法的团结和公平的价值转向。既然劳动关系属于关系契约的范畴,那么劳动关系是否能够通过相关法律制度的构建来实现劳动关系团结和劳动关系公平,这反过来又验证了劳动关系是否真正符合关系契约的理论推论。最后,本书第四、第五章分别从关系团结和关系公平的视角来探索如何在关系契约视角下实现劳动关系的有机团结和实质公平,并基于理论分析和其他国家经验的借鉴,解读我国劳动法律制度的相关安排,进一步指出现有的劳动法律制度哪些符合关系团结和关系公平的价值追求,哪些还存在不足的地方,并作出评价。

第一章 劳动关系的历史与本质还原

对劳动关系的历史解读首先可以从对契约的理解开始。劳动关系最早并不独立,附随着法律上对身份的界定而被视为一种身份关系。劳动关系在经历了从物化到半物化的转变之后,劳动关系落入了传统契约理论的解释范畴。但古典契约以抽象的自由、平等为基础建立的关系逻辑在帮助劳动关系摆脱身份限制的同时,又无法彻底解决劳动关系中的不平等、不自由现实,于是劳动关系必须对古典契约理论有所突破,但仍然坚持契约所具有的自由、选择、平等等观念,只是这种观念使得劳动关系的本质与纯粹的自由意志契约并不相同。本章对劳动关系的历史变迁进行梳理,并从契约的特征分析劳动关系对古典契约理论的突破与对契约本质的回归。

第一节 “从身份到契约”的劳动关系

作为一种社会关系,劳动关系具有法律上的意义始于私有制社会,当生产资料与劳动力均为私人所有,劳动成果的归属对于不同主体具有不同意义时,劳动关系才具有法律上的规范意义。纵观历史,我们可以发现,劳动关系的属性在不断发生变化,近代以前,劳动力和劳动者同一归属,没有单独买卖劳动力的法律制度,所以劳动关系也和人身依附关系混同起来。自近代资本主义兴起,劳动关系随着劳动力的商品化而变成了一种劳动力的买卖关系。因此,本书把从奴隶社会和封建社会家庭内部的、具有奴隶和农奴身份性的劳动(身份)关系,发展、转变成为资本主义时期雇员和雇主之间平等的、契约性劳动关系的这种变迁,叫做劳动关系“从身份到契约”的转变过程。^① 这一

^① “从身份到契约”是梅因在《古代法》里,对当时历史背景下各国民事法律发展趋势所作出的论断,他所描述的是民事法律立法主体从以家族为立足点到以个人为立法的主体起点的发展过程,古代社会以家族为基本的单位,民事立法主要通过家父权、保佐等制度的规定来实现对民事主体间人身、财产关系,甚至责任的规范。而现代社会则以个人为基本单位,反映到民事立法中,个人主要通过契约的方式来实现自己与他人的人身、财产关系的建立和变更。本书借用“从身份到契约”来描述劳动关系的本质经历了从基于身份进行到基于契约而产生的历史发展过程。参见〔英〕梅因著:《古代法》,沈景一译,商务印书馆1959年版,第96页。