



中国劳动关系学院
建校70周年纪念文集

Exploring the Advancement
of the Rule of Law in Labour Relations II

劳动关系法治化探索 下

姜 颖 / 主编

非
外
借



法律出版社
LAW PRESS·CHINA



中国劳动关系学院
建校70周年纪念文集

Exploring the Advancement
of the Rule of Law in Labour Relations II

劳动关系法治化探索 ①

姜 颖 / 主编



法律出版社
LAW PRESS·CHINA

图书在版编目(CIP)数据

劳动关系法治化探索：中国劳动关系学院建校 70 周年纪念文集. 下 / 姜颖主编. -- 北京：法律出版社，
2019

ISBN 978 - 7 - 5197 - 3728 - 3

I. ①劳… II. ①姜… III. ①劳动法—中国—文集
IV. ①D922.504 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2019)第 169959 号

劳动关系法治化探索(下)

——中国劳动关系学院建校 70 周年纪念文集

LAODONG GUANXI FAZHUIHUA TANSUO(XIA)

—ZHONGGUO LAODONG GUANXI XUEYUAN

JIANXIAO 70 ZHOUNIAN JINIAN WENJI

姜颖主编

策划编辑 林蕊李璐

责任编辑 林蕊李璐

装帧设计 汪奇峰

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

经销 新华书店

印刷 北京虎彩文化传播有限公司

责任校对 王晓萍

责任印制 胡晓雅

编辑统筹 司法实务出版社

开本 710 毫米×1000 毫米 1/16

印张 20

字数 327 千

版本 2019 年 9 月第 1 版

印次 2019 年 9 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

网址/www.lawpress.com.cn

投稿邮箱/info@lawpress.com.cn

举报维权邮箱/jbwq@lawpress.com.cn

销售热线/400-660-8393

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司销售电话：

统一销售客服/400-660-8393/6393

第一法律书店/010-83938432/8433

西安分公司/029-85330678

重庆分公司/023-67453036

上海分公司/021-62071639/1636

深圳分公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5197 - 3728 - 3

定价:88.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

2019年是新中国成立70周年,也是中国劳动关系学院建校70周年。

中国劳动关系学院的前身是1946年4月从华北联合大学分离建校的晋察冀边区行政干部学校。1949年年初,学校迁至天津,更名为华北职工干部学校。1949年9月,根据刘少奇同志的指示,华北职工干部学校更名为中华全国总工会干部学校,全国总工会副主席李立三同志兼任第一任校长。经党中央批准并由刘少奇同志亲自审定学校校址;1954年8月,学校从天津迁至北京。1984年9月,中华全国总工会干部学校正式改建为中国工运学院,开始面向全国工会系统和社会开展成人学历教育。2003年5月,中国工运学院改制升格为普通本科院校,并更名为中国劳动关系学院。2017年7月,中华全国总工会、教育部印发了《关于共建中国劳动关系学院的意见》,学校发展迈入新的历史阶段。根据全国总工会和教育部的指导和要求,学校多年坚持弘扬劳动特色、工会特色、工运特色,坚定不移地走“特精尖”内涵式发展道路,已经形成了以普通本科教育为重点、工会干部培训为使命、稳步发展研究生教育、做精做强高等职业教育的办学格局,成为在工会和劳动关系领域学科门类较为齐全、较为完整的大学。

在七十载弦歌奋进的历史长河中,中国劳动关系学院坚持特色行业院校发展之路,确立了新时代“劳动+”“工会+”特色学科体系,努力培养新时代的奋斗者。中国劳动关系学院法学院以劳动法和社会保障法为特色的法学学科发展方向,不仅对学校办学特色的形成助益良多,在“弘扬特色创一流”的新时代

使命中也将担当重任。中国劳动关系学院法学院的前身为组建于1986年的“劳动法学系”,由我国著名法学家、新中国劳动法学科的奠基人之一关怀教授亲自主持创办;1992年更名为“法学系”;2016年8月改为“法学院”。2003年经教育部批准开始招收法学专业(劳动法与社会保障法方向)普通本科生;2007年被教育部确定为国家级特色专业建设点;2008年被北京市教委确定为北京市特色专业建设点;2015年成为中国法学会“法治社会研究方阵”的理事单位、中国社会法学会研究会副会长单位、中国社会法学会研究会劳动法学分会常务副会长单位和秘书处所在单位、北京市劳动与社会保障法学会副会长单位和团体理事单位,成为我国培养高素质劳动法律人才的重镇和基地。三十多年来,法学院坚持走特色办学的发展道路,一直以劳动法和社会保障法为专业特色,着重劳动法和社保法的教学和研究,为各级工会、法院、仲裁院、律所和各企事业单位培养了大批高素质的劳动法律专门人才。

2018年“五·一”前夕,习近平总书记给我校劳模本科班学员回信,极大地鼓舞了我校继续办好劳模本科教育的信心,极大地鼓舞了全校师生员工“弘扬特色创一流”的决心。习近平总书记在回信中强调,“劳动最光荣、劳动最崇高、劳动最伟大、劳动最美丽”。这一指示对于我校坚持办学的正确政治方向、建设高素质教师队伍、形成高水平人才培养体系具有重要的指导意义。

劳动的光荣、伟大、崇高与美丽,离不开社会法的保驾护航。劳动法是保障劳动者的法律,社会保障法以增进公民福利、实现公民社会保障权利为根本目的,只有全面协调国家、社会、劳动者、用人单位等各主体的利益,切实保障劳动者的基本权利,增强劳动者的劳动获得感,才能奠定劳动光荣、伟大、崇高与美丽的坚实基础。这在新时代社会主义中国,尤为必要。

劳动的光荣、伟大、崇高与美丽,需要进一步推进社会法学研究、完善社会法律制度。人民对于美好生活的向往,不仅是我们的奋斗目标,也是社会法学的立法取向。作为规范劳动权利与义务,规范社会福利供给,合理配置社会主体社会保障权利义务的社会法,应当将合理增进人民劳动与社会保障权利作为矢志追求的目标。

值此中国劳动关系学院70周年校庆之际,法学院组织编写了这套“劳动关系法治化探索——中国劳动关系学院建校70周年祝贺与纪念文集”。该文集

分上下两卷,本书为文集的下卷,作者以法学院教师为主,同时包括中国劳动关系学院其他院系的部分教师。文集所收录文章均集中于劳动法和社会保障法这一主题,内容涵盖劳动法基础理论、集体劳动法与企业民主管理、劳动合同法、劳动争议处理法、涉外与国际劳动法,以及社会保障法,比较具有代表性地反映了我校教师对劳动法治发展进程中的热点、难点问题的思考,呼应了中国劳动关系学院“劳动特色”的办学方向和法学院以劳动法和社会保障法为专业特色的发展道路。

习近平总书记指出,“社会主义是干出来的,新时代也是干出来的”。中国劳动关系学院法学院在“立德树人,德法兼修,培养高素质法治人才”这一新时期法学专业培养目标的背景下,着力培养“政治素质过硬、劳动情怀深厚、专业功底扎实、实践能力突出”的高素质应用型法律人才,为把学校建设成为我国高素质应用型人才培养的重要基地、工会干部培训的最高学府、劳动关系和工会领域研究的高端智库付出应有的努力;为在 2029 年建校 80 周年之际,把学校建成劳动关系和工会领域国内一流、国际知名的大学做出应有的贡献!

姜 颖

2019 年 8 月 8 日

劳动法

劳动法作为特别私法

——民法典制定背景下的劳动法定位 沈建峰 / 3

第三类劳动者的制度比较、理论反思与替代路径研究 肖 竹 / 27

自雇劳动者的劳动法调整 李 静 / 54

新时期劳动者同工同酬问题探究

——以退休再就业人员为例 李 娜 / 65

我国企业民主管理立法的经验与启示 尚春霞 / 74

企业民主管理立法宗旨、责任主体及其他 杨冬梅 / 87

公司民主自治的历史契机

——一种职工积极参与公司治理的民主自治模式
的遐思 李文涛 / 95

市、区、县总工会依法维权的方式

——以四川省为例 郭 辉 / 107

劳动者不能以用人单位未付未休年休假报酬为由解除
劳动合同 高战胜 / 119

缘何“失保护”？

——建筑业劳动关系法律规制检讨 杨 欣 / 133

裁审关系的变迁与未来走向

——基于劳动争议仲裁的正当性与定性分析 姜 颖 沈建峰 /142

三方协调机制的劳动争议处理功能探讨

张冬梅 /160

劳动争议诉讼举证责任分配

孙德强 /168

雇用童工从事危重劳动罪若干问题研究

党日红 /178

涉外与国际

TPP 协定中劳工标准对中国劳动关系的影响和对策研究 林燕玲 /189

劳动法

“一带一路”倡议中我国境外劳动者权益保护中的

政府作用研究

李文沛 /207

论波兰劳动法的历史沿革与发展

陈 成 /217

吉尔默诉州际/约翰逊公司案

丁皖婧[译] /228

社会保障法

社会保障权宪法地位的理论思考

宋艳慧 /245

工伤认定行政行为证明责任研究

向春华 /255

社会救助的程序法治

——价值、原则与制度构建

杨思斌 /270

日本现代社会福利政策的历史发展

魏 倩 /279



劳 动 法

劳动法作为特别私法

——民法典制定背景下的劳动法定位*

沈建峰**

【摘 要】 在民法典制定过程中,应解决劳动法和民法的关系问题。从劳动关系的本质、劳动法的理念、调整技术等角度来看,劳动法都应作为特别私法。从劳动关系本质分析,在现行法的框架下,依附性劳动的阶级法学说和身份法学说都缺乏妥当性,依附性劳动的本质是需要用人单位单方进一步确定给付内容的债的关系。从理念角度来看,只要有市场就应有合同,而合同制度的一般根基在民法,通过市场配置劳动力资源是劳动法无法离开民法的根本原因。其他欧洲国家出现了劳动合同向民法回归的趋势;而第二次世界大战后民法本身的社会化也进一步强化了劳动法和民法的关联。劳动法包含有较多弱者保护的制度安排并不足以将劳动法从民法中分离出去。从技术和法教义学角度来看,劳动法本身是残缺的;劳动合同中特殊的照顾、保护义务可以在民法教义学的框架内得到解释;现代民法中,持续性合同的特殊规则得到了很大发展;公法在私法上的效力理论可以解释劳动法既有公法又有私法现象;集体自治的双轨制结构也是在将集体劳动法融入民法的制度和理论中。在劳动法和民法不是分离而是趋合的前提下,劳动法不是与民法并列的特别私法,也不是彻底融入民法的一般私法,而是民法是私法的一般法,劳动法是私法的特别法。在民法典制定过程中,需进一步引入社会化的制度,而劳动法应成为私法社会化的发动机。民法和劳动法的上述关系可以在劳动合同单方解除中得到验证。

【关键词】 民法 劳动法 私法 社会化

* 本文原载《中外法学》2017年第6期。收录于本书中时文字略有改动。

** 沈建峰,中国劳动关系学院法学院院长,中央财经大学法学院教授。

劳动法与民法的关系问题是法学的基础性问题,它涉及劳动法的功能定位与学科定位,也涉及民法的范畴和发展趋向。但在我国目前的理论上和实践中这一问题并没有很好的答案。在理论上,很多学者认为,“从部门法地位来看,劳动法应为独立的部门法。而从法域地位看,劳动法既不属于公法,也不属于私法,而是具有公私法兼容属性的社会法”。^① 据此,在法律适用时,劳动法的案件不能适用民法的规则,即使是在劳动合同领域,当《劳动合同法》没有规定时,也不能适用民法的一般原理。^② 但也有学者认为,“劳动法与民法之间是特别法和一般法的关系”,^③在规范适用上,“在调整对象重叠的劳动法规范与民法规范、经济法规范和行政法规范之间,是特别法与一般法的关系,即法律适用上特别法优于一般法,一般法补充特别法”。^④ 在裁判实践中,主流思路似乎是裁判劳动争议并不能适用民法的规则。但无论是最高司法机关的实践,还是在各地实践中,偶尔都会出现在劳动法领域适用民法规则的现象。最高人民法院于2016年11月30日发布的《第八次全国法院民事商事审判工作会议(民事部分)纪要》第28条规定,用人单位和劳动者在竞业限制协议中约定的违约金过分高于或者低于实际损失,当事人请求调整违约金数额的,人民法院可以参照最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释(二)》第29条的规定予以处理。2000年上海市高级人民法院也曾提出,“关于劳动争议案件中是否可以适用民法通则、合同法的法条问题,我们认为,劳动法有自己特定的调整对象,审理劳动争议案件适用法律时应首先适用劳动法的有关规定,没有直接、具体的劳动法律规定的,可适用民法通则、合同法等有关法律中最接近的条款”。^⑤ 上述理论上和实践中对立并且不清晰的立场,也体现在了立法中。在民法典制定的过程中,中国法学会版《民法典·民法总则专家建议稿(征求意见稿)》第3条第3款规定:“法律对未成年人、老年人、残疾人、妇女、

① 林嘉主编:《劳动法和社会保障法》(第3版),中国人民大学出版社2014年版,第35页。

② 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。

③ 王全兴:《劳动法》,法律出版社2017年版,第48页。

④ 王全兴:《劳动法》,法律出版社2017年版,第46页。

⑤ 上海市高级人民法院《关于印发〈关于民事案件审理中的几点具体意见〉的通知》(沪高法民〔2000〕44号,2000年8月15日)。此外,在劳动争议案件中适用《合同法》规定的案件也不胜枚举,如安徽省滁州市中级人民法院(2015)滁民一终字第00527号民事判决书;吉林省长春市中级人民法院(2014)长民五终字第00300号民事判决书;吉林省高级人民法院(2015)吉民申字第192号民事裁定书;广东省佛山市中级人民法院(2014)佛中法民四终字第100号民事判决书。

消费者、劳动者等自然人有特别保护的,依照其规定。”^①这等于将劳动法作为了民法的特别法。但最后通过的《民法总则》第128条几乎逐字重复了上述草案的条文,却悄然删除了“劳动者”三个字:“法律对未成年人、老年人、残疾人、妇女、消费者等的民事权利保护有特别规定的,依照其规定。”劳动法和民法典“说再见”了吗?答案也许没那么简单,它可能意味着劳动法与民法说再见,也可能意味着劳动法彻底回归民法的范畴!那么,从立法进程来看,接下来制定的民法典合同编中有没有劳动合同的位置?还是要引入雇佣合同?对其问题依然没有定论。从目前理论界关于劳动法独立性的讨论来看,其一般是以劳动关系的特殊属性为出发点,同时在劳动法的理念、调整技术等多角度进行。本文也将按照上述思路展开,一一回应相关的讨论,并在此基础上提出民法和劳动法的结构关系。

一、前提论:依附性劳动的本质

关于劳动法能否独立于民法而存在的讨论需要以对劳动法调整对象——劳动关系——本质属性的认识为前提开始。这是因为,按照我国传统法理学的观念,“法律所调整的社会关系种类应该是划分部门法的重要的、第一位标准”。^②而劳动法理论则认为劳动关系具有隶属性或者依附性,^③从这种隶属性或者依附性出发,人们提出“劳动法所调整的劳动关系具有隶属性质的关系……民法所调整的涉及劳动任务的某些民事关系,则不具有隶属关系的性质”。^④或者基于这种隶属性,认为劳动关系是一种形式上平等、实质上不平等的关系,不同于民法的形式平等关系,^⑤所以,民法和劳动法是分离的,分属不同的领域。但隶属性或依附性,形式平等且实质不平等的具体内涵是什么?目前至少可以梳理出如下三种对其本质的不同认识。

(一)依附性的阶级法视角:劳动者对生产资料的依附

一种在我国早期理论中甚为流行,在现代论述中依然并不罕见的观点从劳动力和生产资料的关系视角理解上述劳动关系中的依附性。“劳动关系是指劳动者

① 《对〈中华人民共和国民法典·民法总则专家建议稿(征求意见稿)〉公开征求意见的通知》,载 http://www.chinalaw.org.cn/column/column_view.aspx?ColumnID=14364,最后访问日期:2019年7月23日。

② 沈宗灵主编:《法理学》,北京大学出版社1999年版,第433页以下;张文显主编:《法理学》(第3版),高等教育出版社、北京大学出版社2007年版,第129页。

③ 参见关怀、林嘉主编:《劳动与社会保障法学》,法律出版社2011年版,第11页。

④ 关怀、林嘉主编:《劳动与社会保障法学》,法律出版社2011年版,第11页。

⑤ 参见王全兴:《劳动法》,法律出版社2017年版,第47页。

与生产资料相结合,实现劳动过程时和生产资料所有者所发生的关系。”^①以此为出发点,所谓劳动关系中的依附性就是劳动者对生产资料的依附性。该观点实际上是一种劳动法发展早期就已经出现,并在后来的苏联和东德等的理论上和实践中得以巩固的依附性理论。被称为德国劳动法之父的辛茨海默(Sinzheimer)曾提出,“依附性劳动的基础是所有权,对生产资料的所有权带来了依附性,对生产资料的所有权是决定依附性的支配力”。^②而在苏联的劳动法理论中,“由于生产关系的基础是生产资料的所有制,所以社会劳动关系的性质要视生产资料和劳动对象归属所有而定”。^③从劳动力对生产资料依附出发,同时讨论生产资料的归属,将会产生劳动关系的依附性是劳动力的拥有者——无产者,对生产资料的所有者——有产者的依附,这种理论被称为依附性的阶级法视角。^④

建立在上述依附性本质基础上的劳动关系无法为传统民法所容纳。例如,上述辛茨海默就认为,“民法以抽象的人的自由为出发点,将对人的存在关系的调整溯源于人的意志。与此不同,劳动法以通过阶级归属而确定的具体的人的依附性为出发点,对人而言,适用的不仅仅是抽象的意志秩序,而必然存在着特别的存在秩序,该存在秩序的法律效果不是与意志相关,而是与人所处的状态相关”。^⑤因此,劳动法应当从民法中分离出来。“只有从劳动法自己的依附性基础,而不是从对劳动法而言陌生的自由基础出发,一个真正的劳动法体系才能够出现。”^⑥这种建立在阶级法基础的观点必然导致劳动法从民法中独立,这一点在苏联和东德的法律中得到了充分实现,“在民主德国的法律理论中,劳动法被作为独立的法律领域,并且更多被视为是宪法和经济法而不是民事法律的相近学科”。^⑦

将依附性理解为劳动者对生产资料的依附,为从政治经济学角度理解劳动关

① 穆镇汉、侯文学:《劳动法是一个独立的法律部门》,载《西北政法学院学报》1984年第3期;王全兴:《劳动法》,法律出版社2017年版,第33页;李伯勇、张左己主编:《中华人民共和国劳动法讲座》,中国劳动出版社1994年版,第4页。

② Sinzheimer, *Grundzüge der Arbeitsrecht*, 2. Auflage, 1927, S. 26.

③ [苏]亚历山大洛夫:《苏维埃劳动法教程》,李光谟、康宝田译,中国人民大学出版社1955年版,第4页。

④ Dieter Reuter, *Die Stellung des Arbeitsrechts in der Privatrechtsordnung*, Joachim - Jungius, d. Wiss - Göttingen; Vandenboeck u. Rupecht, 1989, S. 7.

⑤ Hugo Sinzheimer, *Der Krisis des Arbeitsrecht*, in: H. Sinzheimer *Arbeitsrecht und Rechtssoziologie*, Band I, S. 138.

⑥ Hugo Sinzheimer, *Der Krisis des Arbeitsrecht*, in: H. Sinzheimer *Arbeitsrecht und Rechtssoziologie*, Band I, S. 138.

⑦ Bernd Rütters, *Arbeitsrecht und politisches System*, Athenäum Fischer Taschenbuch Verlag, 1973, S. 35; Franz Bydlinski, *Arbeitsrechtskodifikation und allgemeines Zivilrecht*, Springer - Verlag, 1969, S. 15

系提供了一个视角,并且对集体合同、工会、劳动斗争等现象有一定的解释能力。^①但一方面,它是一个政治学的逻辑,而不是一个法学的逻辑;另一方面,也是更重要的,按照这种理解,劳动法的问题是一个阶级与另一个阶级冲突的问题。这样一来,要在根本上解决依附性劳动带来的问题,基本思路应当是消灭劳动力和生产资料的分离,也就是让劳动者成为生产资料的所有者。这样的取向难以融入我国宪法所确立的所有权制度框架,更不能成为市场经济条件下,理解我国现行劳动法的出发点。现行劳动法是要在承认私人对生产资料的所有权,承认市场经济的前提下解决社会问题,而不是通过消灭私人的所有权来解决社会问题的。

(二) 依附性的身份法路径:对义务人本身的支配

一种发端于基尔克,并且在后世劳动法的理论中广为流传的观点,从人身关系的角度认识依附性。基尔克从德国历史上的忠诚服务合同(Treudienstvertrag)出发理解劳动合同。“德国法上的雇佣合同植根于人法。其前身和核心是忠诚服务合同,它是随从与主人之间最古老的合同形式。”^②在定性上,他认为“忠诚服务合同不是债权性合同,而是人身性合同”。^③在雇佣合同形成的过程中,它无法完全摆脱上述忠诚服务合同的品行,人法的因素时刻影响着雇佣合同,“在‘主人’和‘仆从’之间创设信赖纽带对德意志雇佣合同来说是概念上内在固有的”。^④这种观点看到了劳动关系不同于一般债的关系的特殊人身信赖性,以及当事人之间的照顾和保护义务,其也以此为出发点理解依附性问题。“任何雇佣合同都在一定范围内建立了人身支配关系……它将当事人双方置于主人和仆人关系中。”^⑤据此,劳动关系中的依附是一种人身依附,“通过依附性劳动的合同,不仅仅是所负担的劳动给付依附性的服从于他人(通过给付权利人的具体化),而且给付义务人本身服从于他人的控制”。^⑥这种依附性理解在后期的进一步发展,是将劳动关系理解为一种人法共同体(Personenrechtliches Gemeinschaftsverhältnis),“劳动者和雇主之间紧密的人身约束使我们可以将其称为共同体。通过将劳动者接纳入工厂或者雇主的私人领域该共同体才得以产生,共同体的信赖和照顾义务植根于劳动者归属于雇

① Dieter Reuter, Die Stellung des Arbeitsrechts in der Privatrechtsordnung, Joachim - Jungius. d. Wiss - Göttingen; Vandenoock u. Rupecht, 1989, S. 13.

② Otto von Gierke, Deutsches Privatrecht, Band 3, S. 593.

③ Otto von Gierke, Deutsches Privatrecht, Band 3, S. 594.

④ Otto von Gierke, Deutsches Privatrecht, Band 3, S. 596.

⑤ Otto von Gierke, Deutsches Privatrecht, Band 3, S. 609.

⑥ Dieter Reuter, Die Stellung des Arbeitsrechts in der Privatrechtsordnung, Joachim - Jungius. d. Wiss - Göttingen; Vandenoock u. Rupecht, 1989, S. 5.

主”。^①我国学者在分析劳动关系的依附性时,也时常会提出,“将劳动者个人置于雇主的控制范围内,并支配劳动者的人身、人格,而支配劳动力即等于支配劳动者本人”。^②这与上述人身支配的思路如出一辙。

“这种认为依附性劳动的合同不是劳动和报酬交换的合同而是建立支配关系的合同的理解视角将导致告别债法上的思考方式,并选择偏向于人身法的思考方式。”^③但需要注意的是,即便从人身性出发认识劳动关系,也无法否认其私法属性。因为传统私法恰好是由人身法和财产法构成的。甚至按照基尔克的观点,“德国法上的雇佣合同作为具有人法效力的独立债权性合同而产生”。^④尽管如此,这种人身法性质的理解在发展中却潜含着告别私法的因素,其本质在于认为劳动关系是一种建立在人身信赖基础上的支配关系,私人的合意仅仅具有启动该支配关系的功能。此后,由于事实劳动关系理论的影响,私人合意甚至丧失了启动劳动关系的功能,加入用人单位组织才是劳动关系的开始。^⑤这样一来,作为私法基础的私人自治已经完全被排除,劳动关系的本质是加入企业形成人身依附。人身支配在纳粹时期最终被发展为与领袖原则相一致的劳动组织原则。^⑥劳动法中的合意因素被彻底排除。第二次世界大战之后,这种人法共同体的观念逐渐被抛弃。在理论发生这种变化的前提下,所谓劳动关系中的依附性是一种人身依附的具体含义是什么?学者们认为这更多地只是一种说辞罢了。“‘人法性’这一套话并没有太大说服力,因为并不存在具有确定规范构成和原则、对解决劳动合同的问题大有帮助的‘人法’。劳动关系因此也不能被称为‘共同体关系’,因为它既不符合法律共同体的构成要件(《德国民法典》第741条以下),也不符合合伙的构成要件(《德国民法典》第705条)。共同体的概念也掩盖了劳动合同当事人的利益对立。”^⑦总体来看,从劳动关系的人身属性出发并不能论证劳动法对民法的独立性。

(三)依附性的债法视角:通过指示权确定给付内容

依附性的债法视角延续了罗马法以来的传统,从债权法的角度理解劳动关系,

① Arthur Nikisch, Arbeitsrecht, Band 1, 3. Auflage, J. C. B. Mohr, 1961, S. 163.

② 林嘉主编:《劳动法和社会保障法》(第3版),中国人民大学出版社2014年版,第14页。

③ Dieter Reuter, Die Stellung des Arbeitsrechts in der Privatrechtsordnung, Joachim - Jungius. d. Wiss - Göttingen; Vandenoëck u. Ruprecht, 1989, S. 5.

④ Otto von Gierke, Deutsches Privatrecht, Band 3, S. 594.

⑤ 参见沈建峰:《论劳动合同在劳动关系协调中的地位》,载《法学》2016年第9期。

⑥ Richardi, Der Arbeitsvertrag im Zivilrechtssystem, in: ZfA, 19Jg, 3/1988, S. 237.

⑦ München Kommentar BGB/ Rudi Müller - Glöge, Band 4, Schuldrecht besonderer Teil, SS. 611 - 704, Rn 161.

并努力用传统债法的规则和理论框架解释劳动关系中的特殊现象。理解这种观念的前提首先是理解民法中债的观念。在传统民法中,“债的关系是一种以一个人相对于另外一个人负担私法上给付义务为内容的法律关系”。^① 债的关系的核心是一方当事人相对于另一方承担给付义务,从罗马法开始,“给付的内容就被分为给(dare),做(fare),履行(prestare)。^② ‘给’是指转移所有权或其他物权的义务。‘做’是一种单纯的行为,它并不暗含权利的转移,如实施某一劳作,允许享用某一物品等。‘履行’一般既包括给的意思又包括做的意思”。^③ 所以,债从来都不只涉及金钱或者物品的给付,行为完全可以成为债的标的。通过劳动合同建立的劳动关系本身也是一种以行为为标的的债,劳动关系建立后,劳动者有义务提供劳动以及履行其他附随性义务,用人单位有义务提供劳动报酬以及其他照顾和保护义务。实际上,引入债的观念,债的关系中一方请求另一方为特定行为的结构将优于从请求权的角度理解劳动关系,从而避免将劳动者作为用人单位支配的对象。从我国《民法总则》第118条第2款规定“债权是因合同、侵权行为、无因管理、不当得利以及法律的其他规定,权利人请求特定义务人为或者不为一定行为的权利”来看,劳动关系也可以融入其中。

劳动关系作为债的关系,其唯一的特殊性在于“被允诺的不是一个有确定界限的劳动给付,而是通过时间确定并且事先无法划定个别给付界限的劳动给付”。^④ 这种事先无法确定的给付,在具体履行中通过用人单位的命令和指挥等来具体化,而劳动者有义务服从命令、听从指挥!这样,一方面可以通过命令指挥单方确定债的内容,另一方面根据单方确定的债的内容履行义务即劳动关系中依附性的具体内涵。从我国现行理论和实务来看,讨论依附性时人们讨论的基本上也是服从命令、听从指挥、遵守规章的认定问题。^⑤ 这样一来,劳动关系建立在债权性合同基础上,它与其他债权性合同的差异仅在于这种债的关系中,雇主享有了确定给付具体内容的决定权。作为依附性典型标志的用人单位指示权就被置于债法的框架下得到解释。^⑥ 最终“为报酬而劳动被纳入到债权性合同法中,该法建立在参与者的私

① Karl Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, Band I, allgemeiner Teil, C. H. Beck. 1987, S. 1.

② [意]彼得罗·彭梵得:《罗马法教科书》,黄风译,中国政法大学出版社1992年版,第287页。

③ Dieter Reuter, Die Stellung des Arbeitsrechts in der Privatrechtsordnung, Joachim - Jungius. d. Wiss - Göttingen; Vandenboeck u. Rupecht, 1989, S. 1.

④ 参见林嘉主编:《劳动法和社会保障法》(第3版),中国人民大学出版社2014年版,第14页。

⑤ Söllner, Einseitige Leistungsbestimmung im Arbeitsrecht, Verlage der wissenschaften und der Lieteratur in Meinz, 1966, S. 22ff.