

雇佣契约制度研究

申建平

(厦门大学法学院,福建 厦门 361005;黑龙江大学法学院,哈尔滨 150080)

摘要: 雇佣契约萌芽并发展于罗马法,劳动契约是雇佣契约社会化的产物。劳动关系虽受一定程度的国家干预,但仍属私权关系,劳动契约的有关规范仍属私法范畴。中国未来民法典合同篇中应规定雇佣契约一章,作为劳动契约法制的基础,以解决学理与实务适用上的困难。

关键词: 雇佣契约;劳动契约;劳动关系

中图分类号: D913 **文献标识码:** A **文章编号:** 1002-462X(2006)03-0119-03

雇佣契约作为传统大陆法系民法典中典型契约的一种,在民法体系中占有重要的地位。大陆法系国家大都对雇佣契约做出了较为详备的规定。随着社会革命和工业生产的发展,从雇佣契约中逐渐分化出劳动契约这一独特的类型,雇佣契约的大部分以劳动契约的形式出现。近代国家多注重对劳动契约进行规制,由此也引发劳动契约与雇佣契约关系的思考。本文从雇佣契约历史沿革的角度对雇佣契约制度进行详尽的阐述,以期裨益于我国雇佣契约制度的立法。

一、卖子与罗马雇佣契约之萌芽

在古罗马人法律制度中最有特色也最为重要的是家父权,它明显带有远古时期氏族首领“宗法权”的痕迹,家父对卑亲属的人身和财产有着广泛的权力,“父对其子有生死之权,他可以用收养的方法把子女转移到其他家族中去,他并且可以出卖他们。”^{[1](P79)}由此可知,在古罗马时期家父有出卖子女的权利,很多学者对此也有论述,而且罗马《十二表法》第四表第二条也有“卖子”之规定:父如三卖其子,子则可以由父权之下解放出来。许多学者认为,这是古罗马对家父享有的出卖子女的权力的限制。但是家长既然已将儿子卖与他人,儿子即脱离了原来的家庭,家长如何有三次出卖同一儿子的可能?这里的“出卖”并非真正意义上的买卖子女。事实上,“卖子”确切的含义是指出卖家子的劳动力。因为在制定《十二表法》的时代,罗马的经济并不发达,法律也很幼稚,还没有产生雇佣制度,缺乏

劳动力的家庭在收获季节需要补充劳动力,而按照罗马市民法“罗马市民不能做罗马人的奴隶”这一规定,注重实际的罗马人只能通过向劳动力富裕的家庭购买其家属劳动力的方式来解决这一问题。这样,买主即对买进的家属取得了买主权。在民事上,买主权下的家属的人身自由受到极大限制,即暂时处于半自由人状态,罗马的法律文献中称其为“准奴隶”^{[2](P237)}。他们在买主的指挥下进行劳动,所得均归买主所有,买主对其有惩戒处罚权。与奴隶不同的是,买主权下的家属处于半自由人的地位是暂时性的,而不是永久性的。劳动期满,买主应立即予以解放,被买主解放的家属仍须处于原家长权之下。因为罗马的家长权是不可让与的,家长出卖家子给他人做劳力时,仅是家长权的暂时停止,而不是让与对该子的家长权。因此,当别的家庭因生产需要购进劳动力时,家长仍可再次出卖此家子。但为了避免家子长期处于人身自由受到限制的不利状态,《十二表法》规定,家长三次出卖同一家子,即丧失对该家子的家长权,以示对家长的惩罚。

在出卖劳动力时,只有采取“要式买卖”的方式,买主才能对买进的家属取得买主权。所谓要式买卖(mancipatio),即曼兮帕蓄,是罗马市民法上移转所有权的最古老的方式。罗马法对于“卖子”所要求的要式买卖的形式,显现了世界各国古代法所具有的一般特色,即如果不存在代表某些事实的象征性的东西,则当事人之间重新形成的利益关系即不能获得法律上的充分保护。《十二表法》时的罗马经济发展状况决定了只能采取要式买卖这样严格的形式。因为罗马当时是自给自足的自然经济,买卖劳动力的情况也不多见,又受宗教影响,习惯于烦琐的方式,故对偶尔成立的法律行为需要履行一定的方式并不感到不便。更为重要的是,当时文字并不发达,证据要求人证,举行仪式便于记忆。要式买卖要求六名罗马市民与当事人一起参与,拟诉弃权在公开的法庭上进行,这种公开性为举证提供了方便,也使法律行为的成立、内容和性质明确无疑,便于履

江平主编《十二表法》第四表第二条,法律出版社2000年版,13页。

收稿日期:2005-08-27

作者简介:申建平(1969-),女,黑龙江佳木斯人,厦门大学民商法学博士研究生,黑龙江大学法学院副教授,从事民商法学研究。

行,减少了纠纷的发生。只有严格的形式,才能为当时的社会所普遍接受,严格注重形式适应了古代经济文化发展的状况,具有合理性。因此,“卖子”所采取的要式买卖方式仅是一种单纯表现抽象行为的虚拟形式,起到证据的作用,并非实质意义上买卖子女的财产行为。家长解放家属也要采取“要式买卖”的方式则进一步说明了这一点。

二、雇佣契约的产生

公元前2世纪以后,随着罗马国家的对外扩张,罗马经济空前繁荣。罗马生产力的进一步发展对罗马法学的形成和发展产生了巨大的影响,尤其是多样化的贸易关系促进了契约法的发展,丰富了法学理论,对当时纷繁的经济关系和民商事流转形式都有所反映^{[3](P40)}。此时,新的劳务租赁契约出现,买卖劳动力的办法也就随之消失了。罗马法上的租赁,其含义远比现代法上的租赁含义更广。租赁契约在罗马法中称为“赁借贷”,是一种双务合意契约,根据它,一方当事人向另一方当事人允诺在接受一笔报酬之后使后者暂时享用某物或者向其提供一系列服务或特定的劳作^{[4](P376)}。因此,罗马租赁契约的标的并不限于现代法上的物,还可以自己的劳动为标的订立赁借贷契约,即罗马法关于劳动给付关系是置于租赁关系中。当时的租赁关系分为物的租赁、雇佣租赁和承揽租赁。换言之,罗马雇佣契约关系是租赁契约的一种,而非独立的契约类型,劳动力租赁完全被作为财产关系来调整。而以劳动力为标的的租赁契约是由奴隶的租赁发展而来的。其产生的原因有两个:一是在农作物收获季节,家庭中的成员和奴隶如果忙不过来的话,必须雇佣临时工,于是由租赁奴隶进而产生了劳务租赁形式。由于时间短,方式灵活,这比家长买入他人的家属来调剂劳动力更为有利。二是由于一些技术性的劳动,如酿酒、榨油等,往往也得雇佣在行的人来做,于是,便产生了劳务租赁^{[2](P717)}。因而买卖劳动力的办法也就随之消失了。

当时虽然有自由契约的形态,但并非所有各种类的劳动均以劳务租赁方式进行。因为罗马法把劳务分为自由劳务与非自由劳务。自由劳务是指一般不受雇佣人指挥监督的专门的技术性的或脑力劳动,这是一种较高级而独立的劳动;非自由劳务是指在他人指挥和监督下进行较低级的体力劳动。劳务租赁仅以诚实的但非自由服务为标的,自由的服务,如医生、律师、自由人家庭教师的工作,不被罗马人视为租赁的标的,也不能在法律上要求酬金。习俗以社会上的义务性捐助来调整对这类工作的报酬,罗马人称这种报酬为“honorarium”或“munera”(职务报酬)^{[4](P376)}。这一自由劳务后来发展为现代的委任制度。劳务租赁一般适用物件租赁的规则,但它又有自己的特殊性,即受雇人必须亲自提供劳务,非经雇佣人的同意,不能由他人替代。而且在契约存续期间,如果出现不取决于提供劳动者本人

意志,但却导致他无法完成工作的障碍,仍可收取契约规定期限的全部报酬^{[5](P203)}。这种以劳务为标的的租赁契约就是雇佣契约。而在受罗马法影响的外语中,租赁与雇佣是同一词,在全盘继受罗马法的《法国民法典》中仍是将雇佣契约规定在租赁契约之中。

三、雇佣契约之发展与劳动契约的产生

许多历史学家曾表明,西方商业资本主义并非像人们通常想象的那样发源于十六七世纪,而是发源于十一二世纪——庄园生产方式和封建阶级关系的全盛时期。起源于英国而后及于西欧大陆的工业革命又促使资本主义经济迅猛发展,并带来了劳动关系的普遍化和大众化。18世纪的自然法思想对雇佣关系的发展产生了重要影响。自然法思想认为对人全面之支配关系是一种反人伦的关系,要将一切对人羁束、压迫的法律制度予以撤废,努力将人从所有桎梏之中解放出来,恢复人类人格之绝对。于是在法律上产生“全然自由地对等的人格间之契约关系”思想,劳动关系亦承其一贯理论,逐渐丧失其身份要素,慢慢渗入债权的要素,成为两个人格间劳务与报酬之交换关系,劳动成为买卖关系中之商品。自由主义者将劳动关系全面债权化,所以在新的立法中均以新的契约类型规定,而舍弃原有的租赁契约制度^{[6](P63)}。因此,普鲁士普通法、德国民法、瑞士债法都将雇佣关系作为独立的契约关系加以规定。至此劳务关系才正式与借贷、租赁观念分离,在债权法上取得独立的地位。

也可以说亚当·斯密的自由放任经济学与启蒙时代自然法思想奇妙结合而形成的“任何人都有权和任何人缔结他们所需要的契约,他们也有权选择订立合乎他们自身利益的任何条款”的自由主义契约论是雇佣关系在债法上取得独立地位的基础。承认雇佣关系是一种“自由的”契约关系,在雇佣关系的调整上贯彻“意思自治”原则,这无疑是一大进步,民众从身份社会、等级社会中解放出来,形成了新的自由竞争。然而,契约自由给劳动者提供足够的就业可能性的同时,也体现出了明显的反劳工的价值取向。因为在依契约而结合的人群中,有些人是所有权人,有些人则是单纯的劳动者,赋予所有权人以绝对不可侵犯的地位,他可以自由利用人类生产过程中不可缺少的物。反之,其他人如果未以契约与之结合,就不能参与生产过程,不能获得维持生存的生活资料^{[7](P10)}。因此,理论中的“自由”在缔结雇佣关系的实践中很难得到真正贯彻。特别是随着生产社会化和企业生产组织的扩大,劳务雇佣关系日益变得经常和稳定并且发展成熟,雇佣契约呈现出的格式化特征几乎使契约自由形同虚设,因此就需要用科学的制度设计对雇佣契约的格式化进行调整。最主要的就是国家对雇佣契约进行干预,以防止雇主控制权的膨胀,保护劳动者的合法权利。随着各国政府制定的保护劳动者与其雇主间的劳动关系与劳动条件的立法范围的不断扩大,雇佣契约不断社会化,形成了代表高度社会意义的劳动契约。以提供劳务换取报酬的雇佣关系在近现代社会更大量地

马育民译,《法国民法典》第1708条,北京大学出版社1982年版。

以劳动契约的形式出现,调整劳动契约关系的法律,即劳动法日渐自成体系。

四、劳动契约与雇佣契约之关系

近代国家都非常注重对劳动契约进行规制,由此也引发劳动契约与雇佣契约关系的思考。有学者认为,劳动契约是特殊的雇佣契约^{[9](P234)}。另有学者认为,劳动契约属于劳动法调整,基本上属于公法范畴,雇佣契约属民法调整,属于私法范畴,性质上有较大差别^{[9](P65-72)}。那么,这是否意味着劳动契约已游离于雇佣契约之外,不受作为普通法与一般法的雇佣契约的调整?

首先,从《劳动法》的调整对象来分析。我国民法通则没有对雇佣关系做出规定,合同法也没有把雇佣契约纳入其分则之中,然而在司法实践中,这类劳务纠纷很多。从我国《劳动法》第2条的规定来看,以下三种情况被排除在该法的适用范围之外:(1)事业单位中的人事关系。(2)家庭雇佣关系,其典型是家庭保姆与雇主的关系。同时,随着私人医生、私人律师、私人保镖、私人司机等行业的兴起而形成的私人雇佣关系亦具有同样的性质。(3)农业雇佣关系。我国二元的社会结构不可能短时间内解体,农业社会中曾经存在过的雇佣现象,如农村中农民雇佣他人耕作、放牧等类似雇佣关系将继续存在,并有可能发展。《劳动法》对这类雇佣关系显然也没有予以调整,也不应予以调整^{[10](P80-89)}。然而随着我国劳务劳动的社会化,后两类劳动关系也越来越多,但由于劳动法、民法领域的排斥态度,对家庭雇佣等这种雇佣类型的法律调整就形成一个空白地带,形成民法与劳动法相互推诿的状态^{[11](P64)}。这种法律调整的真空状况已严重影响了当事人的权利救济,因此,我国应尽快制定调整雇佣关系的法律,使家庭雇佣关系、农业雇佣关系等这些具体的雇佣关系在民法中有所体现。

其次,从立法例的角度分析。有学者认为各国对劳动关系的法律调整开始摆脱了传统民法关于劳动力租赁的规定,在劳动契约的法律属性的定位上,开始出现多元化发展。主要有三种立法类型:(1)将劳动契约作为雇佣合同的一种,由民法典来规定,如德国;(2)劳动契约完全取代雇佣合同,仍然在民法典中规定,如瑞士;(3)劳动契约作为劳动法内容来规定,劳动契约脱离民法典,如法国^{[9](P65-72)}。从这三种立法类型中可以知道,大部分国家均将民法作为劳动契约的基础性法律,当劳动契约没有规定时适用民法的一般原理,法国尽管有独立的《劳动法典》,但其民法典中规范劳务关系的劳动租赁契约仍然在发挥重要作用。因而不管是那一种立法类型,大陆法系国家都是将民法作为劳动契约的基础性法律,作为具有大陆法系传统的我国也不应例外。

综上所述,从古罗马《十二表法》关于卖子三次即丧失家长权的规定,到共和国末期劳务租赁契约的产生,都为

现代法上雇佣契约的最终形成奠定了坚实基础。以提供劳务换取报酬的雇佣关系在近现代社会更大量的是以劳动契约的形式出现,调整劳动契约关系的法律,即劳动法日渐自成体系。劳动契约只不过是雇佣契约社会化的形式。因此,调整劳动契约的劳动法与调整雇佣契约的民法的亲关系是不容否认的。劳动法根植并发端于民法,又超越并发展了民法,其通过确立劳动基准并求助团体力量以实现契约双方力量平衡的努力是对民法调整劳动关系功能不足的一种弥补^{[12](P58-64)}。因此,借口劳动法为独立的法部门而否定劳动契约关系适用民法调整的可能性和必要性,显然是无视历史也无助于现实的。将劳动法的一部分——关于劳动契约的规范作为民法的特别法对待,既有助于对劳动契约进行严密的法律调整,也有助于协调劳动法与民法的关系。因此,民法典债编应该对所有以服务换取报酬的契约行为发挥基础性规范作用。无论在立法例上还是在法的发展历史上,民法典债编都应包括雇佣契约。但作为劳动契约的普通法与一般法的雇佣契约在我国仍以无名合同的形态存在,这种状况早已不能适应司法实践的需要。那么,在制定民法典并将合同法整合纳入到民法典的今天,在合同篇中规定雇佣契约章,作为劳动契约的民事基本规范,调整各种情况下发生的劳务关系,从而适应司法实务的需要应为必然之理。

参考文献:

- [1] 梅因.古代法[M].沈景一.北京:商务印书馆,1959.
- [2] 周楠.罗马法原论[M].北京:商务印书馆,1996.
- [3] 吴文翰.罗马法——早期市场经济的经典法律[A].杨振山.罗马法、中国法与民法法典化[C].北京:中国政法大学出版社,1997.
- [4] 彭梵得.彼.罗马法教科书[M].黄风.北京:中国政法大学出版社,1998.
- [5] 斯契巴尼.桑.契约之债与准契约之债[M].丁玫.北京:中国政法大学出版社,1998.
- [6] 黄越钦.劳动法新论[M].北京:中国政法大学出版社,2003.
- [7] 我妻荣.债权在近代法中的优越地位[M].北京:中国大百科全书出版社,1999.
- [8] 史尚宽.债法各论[M].北京:中国政法大学出版社,2000.
- [9] 林嘉.劳动合同若干法律问题研究[J].法学家,2003,(6).
- [10] 郑尚元.雇佣关系调整的法律分界[J].中国法学,2005,(3).
- [11] 宁红丽.我国雇用契约制度的立法完善[A].中国民法典基本问题研究[C].北京:人民法院出版社,2003.
- [12] 冯彦君.民法与劳动法:制度的发展与变迁[J].社会科学战线,2001,(3).

〔责任编辑:朱 磊〕