

# 劳动基准法的范畴、 规范结构与私法效力

沈建峰\*

**内容提要：**劳动基准法是保护劳动者利益的强行性法律规范的总合。根据规范的效力结构，其可以分为私法性劳动基准法、公法性劳动基准法和双重效力劳动基准法三类。立法如何安排特定劳动基准法规则的效力结构，取决于维护公共利益、保护劳动者利益以及立法技术考量等多种因素。不论何种效力结构的劳动基准法规范，最终都可以产生私法效力。对公法性劳动基准法规范而言，这主要表现为反射效力、双重效力、公法的违法控制效力等。劳动基准法对劳动关系的私法效力具体落实在劳动关系主体准入、行为有效性控制、给付义务履行等方面。对具有公法和私法双重效力的劳动基准法而言，应协调两种效力的关系，在规范内涵确定上，应以劳动法上的理解为起点，同时考虑公法本身的价值和体系，允许相关规范的内涵确定在公私法领域有所差异；在实施机制上公法救济和私法救济应并行不悖，并通过当事人选择解决其中可能的冲突。

**关键词：**劳动基准 强行法 私法效力 反射效力 双重效力

制定劳动基准法已经纳入本届人大的立法规划，<sup>〔1〕</sup>但劳动基准法的效力问题依然没有得到很好的解决。根据现有学说，劳动法的特点是“公法和私法相兼容”，<sup>〔2〕</sup>其中的劳动基准法属于公法，而在法的一般理论中，公法是“规定国家之间、国家机关之间以及国家机关和私人之间关系的法”。<sup>〔3〕</sup>由此引发的问题是：作为公法的劳动基准法如何调整劳动者和用人单位这一对私主体之间的权利和义务关系？这一问题不仅涉及将私法学界讨论颇多的公法对私

\* 中央财经大学法学院教授。

本文为国家社科基金重大专项课题“劳动法律的核心价值观念融入及其制度研究”（19VHJ017）的阶段性成果。

〔1〕《十三届全国人大常委会立法规划》，[http://www.xinhuanet.com/legal/2018-09/08/c\\_1123397570.htm](http://www.xinhuanet.com/legal/2018-09/08/c_1123397570.htm)，2021年1月5日最后访问。

〔2〕《劳动与社会保障法学》编写组：《劳动与社会保障法学》，高等教育出版社2017年版，第18页。

〔3〕张文显主编：《法理学》，高等教育出版社、北京大学出版社2007年版，第104页；Larenz/Wolf, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, C. H. Beck, 2004, S. 1.

法的效力理论,<sup>[4]</sup>运用到劳动关系协调这一具体问题中;而且涉及在现代社会公私法交融现象日益普遍的背景下,以劳动基准法对私人的效力这一典型现象为例,进一步具体讨论公法义务进入私人关系的多种可能与路径,以及公私法的效力协调等法的一般性问题——现有公法对私法的效力学说更多只是围绕公法规范对法律行为效力的影响问题展开,忽视了公法对私法效力的其他可能及二者的效力协调。

当然,从公法对私人关系的效力角度分析劳动基准法的效力问题,乃建立在劳动基准法是公法的观点的基础上。但是,该观点来自德国劳动保护法,且未经深入论证,因此仅从公法对私人效力角度讨论劳动基准法的私法效力,在起点上就已陷于片面。为此,有必要讨论中国法框架下劳动基准法的规范性及规范结构,澄清劳动基准法私法效力的不同类型,回应法的一般理论中公法和强行法的区分以及国家强制实现的公、私法技术。本文即以劳动基准法的规范性及规范结构为起点展开。

对劳动基准法效力问题的探究不仅事关我国现有劳动基准性法律的教义学梳理以及未来我国劳动基准法建构的总体思路,也事关从理论上回答当下劳动基准法领域实践急需解决的实体问题(如未经审批而约定的特殊工时是否有效)和程序问题(如因劳动基准问题发生争议后应通过劳动监察处理还是通过劳动争议仲裁处理),其也将以一个具体制度更具象地厘清现代市场经济条件下国家干预在私人之间产生效力的路径和方式。这些均是本文研究的目的所在。

## 一、劳动基准法作为保护劳动者利益的强行法

### (一) 劳动基准法作为强行法抑或公法

劳动基准法属于公法是一种非常流行的学说,但劳动基准法是否为公法却不无疑问。应首先明确强行法<sup>[5]</sup>和公法的区别。强行法是指“无论当事人的意思如何,都强制性地调整当事人的法律关系”的法律;<sup>[6]</sup>或者排除当事人处置可能性的规范。<sup>[7]</sup>强行法的核心在于其不可被当事人的意思所排除。在该前提下,“如果强行法涉及的是权利主体之间的法律关系而不是主体与国家的法律关系,则强行法依然属于私法”。<sup>[8]</sup>与此不同,公法则强调其所调整的是公权力机关和公权力机关以及公权力机关和私人之间的关系;<sup>[9]</sup>其中,调整公权力机关和私人关系的规则主要体现为规范公权力在对私人进行监督、强制、处罚过程中的权力和义务。为了制约公权力,实现公共利益目的,公法规范原则上都具有强行性;<sup>[10]</sup>但强行性规范

[4] 参见苏永钦:《私法自治中的国家强制》,《中外法学》2001年第1期,第93页;苏永钦:《民事立法者的角色——从公私法的接轨工程谈起》,载氏著《民事立法与公私法的接轨》,北京大学出版社2005年版,第1页以下;谢鸿飞:《论法律行为生效的“适法规范”——公法对法律行为效力的影响及其限度》,《中国社会科学》2007年第6期,第125页;孙鹏:《论违反强制性规定行为之效力——兼析〈中华人民共和国合同法〉第52条第5项的理解与适用》,《法商研究》2006年第5期,第122页。

[5] 在私法学界的研究中,有一些区分强行法和强制性法律的尝试。笔者认为,有些分歧只是翻译和表述习惯造成的,现有文献中二者也往往混用,另外这种分歧基本不影响本文问题的讨论,所以本文不对二者进行区分。

[6] 前引[4],谢鸿飞文,第125页;前引[4],孙鹏文,第122页;朱庆育:《民法总论》,北京大学出版社2016年版,第294页。

[7] 前引[3],Larenz/Wolf书,第69页。

[8] Von Tuhr, Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Band 1, Verlag von Duncker & Humblot, 1910, S. 27.

[9] 前引[3],张显主编书,第104页;前引[3],Larenz/Wolf书,第1页。

[10] Koziol/Welser, Bürgerliches Recht, Band 1, 13. Auflage, Manzsche Verlags-und Universitätsbuchhandlung, 2006, S. 43.

并不都是公法规范,二者并不在同一维度展开。同样,从劳动者和用人单位之间结构性力量失衡这个前提出发,为了实现劳动者保护,劳动基准法应当具有强行性,属于强行法;但劳动基准法是强行法却未必就是公法,要成为公法规范,还必须配备公权力的监督、强制和惩罚。

按照上述标准,分析对我国劳动基准法理论有深刻影响的日本、韩国、我国台湾地区以及德国涉及劳动基准的立法,可以看到两种不同的法律技术模式:以日本、韩国、我国台湾地区为代表的劳动基准法模式和以德国为代表的劳动保护法模式。前者只属于强行法,并非全部具有公法属性,后者则坚持了其公法性,是真正的公法。具体而言,在日本、韩国以及我国台湾地区,劳动基准法的界定立足于规范的强行性,“劳动基准法即指国家强制规定劳动条件最低标准的基本法律”。<sup>[11]</sup>只要是国家强制规定的标准都属于劳动基准法,而不论这些规范规定的是市场主体之间的权利义务还是国家机关与市场主体之间的权力和义务。梳理这些国家和地区的劳动基准法规则,其中不乏直接规定劳动者和雇主之间权利义务的条款;甚至有些规则仅规定劳动者和雇主之间的权利义务,例如我国台湾地区劳动基准法第14条、第15条等关于劳动者解除权的规定。而对于德国等其他大陆法系国家而言,<sup>[12]</sup>劳动保护法则不仅强调强行性,更是立足于公法性。“狭义的劳动保护法是指所有其遵守处于行政机关监督、强制以及刑罚或违例制裁之下的保护劳动者的法定规则。”<sup>[13]</sup>只有公法性的、规定公权力机关和雇主之间权力和义务关系的规范才属于劳动保护法。正因为劳动保护法的这种严格公法定性,劳动合同、休息休假等制度中仅具有强行性但未规定公权力介入的规则,不被作为劳动保护法的内容。例如,德国联邦休假法的制度围绕劳动者的带薪休假请求权展开,该法第1条规定“劳动者每个日历年度都享有请求带薪休假的权利”,但该法并未规定任何公权力机关介入的规则,因此其不是公法,也不是劳动保护法讨论的对象。对最低工资制度这种既规定私人请求权又规定公权力救济的制度,在是否归入劳动保护法时,理论上则犹豫不决。从具体规则来看,德国最低工资法第1条第1款是一个请求权模式的规范:“劳动者有权要求雇主支付不低于最低工资额度的工资”,一种重要的理论认为它是“一个法定的、在劳动合同和团体协议规定之外独立存在的请求权”。<sup>[14]</sup>它规范的是劳动者和雇主的关系,而不是公权力和雇主之间的关系,因此很难称其为公法。可以认为,称日本、韩国和我国台湾地区的劳动基准法属于公法,在一定程度上只是将一个德国式的定性套用在了起源于美国的劳动基准法上。<sup>[15]</sup>

强行法和公法这两条不同规制思路,对教义学发展会有直接影响。对公法思路的劳动保护法而言,它必须回答公法性的劳动保护法对劳动者和用人单位何以发生效力的问题,这是劳动法发展中非常重大的理论问题;而对于强行法意义的劳动基准法而言,有些法律规范本身就直接规定了私法效力,未规定私法效力的可能才涉及公法规范对劳动者和用人单位的效力问题。遗憾的是,源于不区分公私法的美国法传统的劳动基准法,在理论发展中又直接受到德国等劳

[11] 林丰宝、刘邦栋:《劳动基准法论》,三民书局2015年版,第9页。

[12] Otto Kahn-Freund/Bob Hepple, *International Encyclopedia of Comparative Law, Labour Law*, Mohr Siebeck, 2014, p. 7-5.

[13] Zöllner/Loritz/Hergenröder, *Arbeitsrecht*, C. H. Beck, 2015, S. 445.

[14] Preis, *Arbeitsrecht, Individualarbeitsrecht Lehrbuch für Studium und Praxis*, 5. Auflage, Otto Schmidt, 2017, S. 260; Thomas Lakies, *Mindestlohngesetz*, Bund Verlag, 2017, S. 121.

[15] 劳动基准(Labor Standards)是一个源自美国法的概念,此后先后进入美军占领期间的日本立法、韩国立法,我国台湾地区也于1984年制定了劳动基准法。参见阎天:《美国劳动法学的诞生》,中国民主法制出版社2018年版,第151页; Hans-Peter Marutschke, *Einführung in das japanische Recht*, 2. Auflage, C. H. Beck, 2010, S. 197; 前引[11],林丰宝等书,第5页。

动保护法理论的影响，因此多仅在公法对私法的效力角度展开对劳动基准法效力的分析，而忽视了劳动基准法直接规定私法效力的可能性。

因此，我国劳动基准立法应摒弃劳动基准法是公法这一成见，从劳动基准法是强行法这一命题出发对其进行制度设计。作为强行法的劳动基准法的规范结构，可以进一步在公法规范和私法规范等不同方案之间进行选择或者组合，并在此基础上进行符合逻辑的体系安排。其理由主要包括如下方面：首先，从我国现有立法来看，既有的劳动基准法规范在一定程度上采用了公私法混合规范的路径。在实体法上，劳动法等法律中关于工资、工时等许多劳动基准的规定，都同时规定了劳动者对用人单位的请求权和行政机关公权力介入的规则；从程序法来看，《带薪休假条例》《最低工资规定》等规定的救济途径，都是既有行政救济又有劳动争议处理程序。其次，从一些大陆法系国家的立法动态来看，新出现的劳动保护法也不再单纯采纳公法的思路，而是同时涵盖了公法和私法效力。<sup>[16]</sup>以德国于2015年1月1日实施的最低工资法为例，该法第1条规定了劳动者对雇主的请求权，又在第三章专门规定了国家机关的检查和执行。最后，从强行法角度统合和整理具有不同效力结构的劳动基准法，对形成统一体系、解决公法和私法效力协调和配合问题，具有重要意义。总之，从既有传统、其他国家的立法趋势以及法律技术来看，以强行法为标准来界定劳动基准法的范畴，同时对其效力根据公法和私法手段各自的优势进行组合和类型化处理，可以作为未来我国劳动基准法发展的方向。

## （二）劳动基准法作为保护性强行法

作为强行法的劳动基准法面临的进一步问题，是其与其他强行法有何差异，从而足以形成自己的特殊理论和规范？就此，既有的理论和立法往往主要关注其规制对象的特殊性。在概念上，劳动基准法被定位为劳动条件规制法，“主要以规范劳动条件为其范畴，所称劳动条件，举凡劳动关系中之工资、工时、休息、休假、童工、女工、学徒、安全卫生、灾害赔偿、劳动契约、劳工检查、劳工福利、退休资遣、伤病医疗、死亡抚恤以及其他有关事项均属之”。<sup>[17]</sup>在理论体系上，劳动基准法被置于劳动条件法的主题下讨论。<sup>[18]</sup>但是，以劳动条件为限定，区分劳动基准法这种强行法和其他强行法，却很难实现其理论目标。首先，什么是劳动条件本身是一个很难准确界定的问题，从日本、韩国和我国台湾地区的劳动基准法来看，在劳动合同、资遣费、退休等已被纳入劳动基准法的情况下，劳动条件的范畴已经非常宽泛而不确定了。其次，工资、工时等劳动条件不仅可以通过劳动基准法来确定，大陆法系国家和地区在协调劳动关系的历史发展中，形成了国家强制、集体自治和私人自治这一制度体系，集体合同、劳动合同等都可以决定劳动条件，认为劳动基准法属于劳动条件法，易引起误解。再次，区分作为劳动条件的强行法规定和不作为劳动条件的强行法，并未展示劳动基准法的规范技术特点，将导致对其法教义学特征和统一原理研究的忽视。

当劳动基准法的规制对象不足以说明其与传统强行法的差异时，则应回到其规制方法上。一个颇有启发的现象是，德国等大陆法系国家的劳动保护法理论和立法并不纠结于所涉事项是不是劳动条件，这是因为其已通过规制方法限定了劳动保护法与一般强行法的界限，“国家本身通过监督和强制确保劳动者免受来自工作岗位的危害”的法律属于劳动保护法。<sup>[19]</sup>只要属

[16] 前引 [12]，Otto Kahn-Freund/Bob Hepple 书，第7-5页。

[17] 前引 [11]，林丰宝等书，第10页。

[18] 参见黄越钦：《劳动法新论》，黄鼎佑增修，翰芦出版社2015年版，第二部，第三、四章。

[19] Dütz/Thüsing, Arbeitsrecht, 23. Auflage, C. H. Beck, 2018, S. 3.

于国家通过监督和强制保护劳动者的制度,例如数据保护,<sup>[20]</sup>就属于劳动保护法的范畴。劳动保护法的理论研究并不关注一个个具体的保护领域,而是关注从保护性规范角度阐明劳动保护法的效力。尽管德国式的仅定位为公法的视角并不是我国劳动基准法应然的选择方向,但这种从规制方法和功能角度对其进行区分的思路,却非常值得借鉴。劳动基准法的功能在于保护劳动者权益,以此为基础,结合上述强行法的定位,关于劳动基准法可以进一步得出三方面的结论:其一,在定性上,劳动基准法属于保护性强行法,这在根本上有别于传统民法中的一般强行法。传统民法中强行法的重要功能一方面是建立交易框架,例如主体资格制度、合同订立和效力制度等,另一方面是实现公共利益和秩序,而劳动基准法更重要的功能在于保护劳动者的利益。反过来,不以保护劳动者利益为目的的强行法不属于劳动基准法的范畴。其二,在功能上,劳动基准法发挥保障劳动者权益的底线功能。从市场配置劳动力资源这一劳动法的制度前提出发,也是为了协调公权力和市场的关系,劳动基准法只是保护劳动者的生存、健康等基本权益不受侵害,并不是要在用人单位和劳动者之间进行合理的利益分配。在劳动基准法这一底线之上,依然保留有劳动者和用人单位、劳动者利益代表和用人单位或用人单位联合会进行自治安排的空间。私人自治与国家强制在功能上以这种方式予以协调。其三,在效力上,劳动基准法具有单方强制性。由上述定性和功能所决定,“大部分劳动法的制定法规范原则上用于保护劳动者,是单方强制的”。<sup>[21]</sup>这是劳动基准法和一般强行法在效力上最根本的区别。当事人可以在劳动合同或集体合同中作出较劳动基准法更有利于劳动者的约定,而不能作出更不利于劳动者的约定。

总结以上论述,吸收传统大陆法系国家劳动保护法和日本、韩国、我国台湾地区劳动基准法各自的优势,立足于强行法的定位,不纠结哪些劳动条件应属于劳动基准法规范,也不拘泥于公法和私法的单一模式,可以形成我国劳动基准法的范畴和定性:劳动基准法是国家通过强制性规定保护劳动者的法律规范的总和。此概念强调“国家通过强行性规定”,是为了区分集体合同等对劳动合同的强行性效力;强调“保护劳动者”,是为了将其与一般的规定劳动合同成立条件等的规则以及其他强行法区分开,这些都是一般私法研究的对象。上述定性一方面可以将劳动基准法融入法教义学的整体框架中,另一方面也可以很好地理顺劳动基准法和劳动合同、集体合同等自治机制的功能关系和规则关系。以劳动合同法的相关制度为例,我国台湾地区劳动基准法第9—20条、日本劳动基准法第13—23条、韩国劳动基准法第22—41条均包含劳动合同的内容,但其劳动基准法中涉及劳动合同的规则仅是国家保护劳动者的强行性规定,并不是劳动合同法的所有规则。据此,调整劳动合同的规则在意思自治的规则体系与国家强制的规则体系之间进行了分割。

## 二、劳动基准法的效力结构类型及其选择

### (一) 劳动基准法的效力结构类型

立足于保护性强行性规范展开对劳动基准法的体系梳理,最好的角度是强行性规范的效力结构类型。这首先是因为效力问题是规范的核心问题;其次也是因为保护性强行性规范的效力不只是违反后行为无效,而且也可能发生各种公私法上的效果,从效力出发可以全面分析劳动

[20] 前引[13], Zöllner/Loritz/Hergenröder书,第448页。

[21] [德]瓦尔特曼:《德国劳动法》,沈建峰译,法律出版社2014年版,第83页。

基准法的复杂结构。在此问题上，已有的为数不多的研究是将劳动基准法意义上的强制性规范分为公法性质的保护规定和私法性质的保护规定。私法性质的劳动保护法乃对个别劳动契约的内容形成自由与消灭自由加以限制，并赋予劳工针对雇主的强制性请求权。公法性质之劳动保护法的规定内容则多是对雇主在公法上的命令与禁止，对于该等命令与禁止的遵守，国家机关负有义务进行监督，必要时更应予以强制或者处罚，甚至刑事追诉。<sup>[22]</sup>但笔者认为，不仅在逻辑上，而且从现有劳动基准法立法的实践来看，在上述仅产生私法效力的劳动基准法规范和仅产生公法效力的劳动基准法规范之外，还存在第三种劳动基准法的规范类型，即既规定私法效力又规定公法效力的强制性规范。

上述三种效力结构的劳动基准法在我国现行立法中都有体现。其一，仅规定私法效力的强制性规范（以下称为“私法性劳动基准法”）。劳动法中的解除权规则基本属之。此外，比较典型的是现行法中的医疗期规则。它是一个强制性法律规定，并且该规定赋予劳动者请求给予病假的权利，但梳理现行法，违反该规则并无明确的公法责任和行政救济措施。另外，《国务院关于职工探亲待遇的规定》设置的探亲假规则，同样也是只有私人请求权而没有公法救济的规则。其二，仅规定公法效力的强制性规范（以下称为“公法性劳动基准法”）。在技术性劳动保护领域，仅规定公法效力而未规定私人请求权和救济的劳动基准法规范相对比较普遍。例如，我国安全生产法第二章规定的生产经营单位的安全生产保障义务，很多都是公法性义务，并未规定劳动者可以向用人单位提出请求。另外，《禁止使用童工规定》规定的用人单位义务，也基本是纯公法性的义务。其三，既规定私法效力又规定公法效力的强制性规范（以下称为“双重效力劳动基准法”）。这种类型的劳动基准法规范一方面规定了劳动者请求用人单位履行义务的权利，另一方面又规定了公权力机关保障义务履行的规则，例如带薪休假、工资支付、加班费等制度，莫不如此。基于这种实体法上的双重义务结构，这些规则的救济机制也是双重结构，既可以通过劳动监察保障的责令改正、罚款等方式予以救济，也可以通过劳动争议处理程序予以救济。

在我国，双重效力结构的劳动基准法规范是最主要的劳动基准法类型。这一方面源于我国没有浓厚的公私法分离传统，另一方面也是从计划经济时期公法性劳动力配给到市场化改革后引入市场配置劳动力资源这一发展过程中必然会出现的现象。这种规范效力结构落实到具体立法体例上，就是劳动法的立法往往首先规定调整劳动者和用人单位之间权利义务的规则，这是一种市场主体之间的私的法律关系；同时一般都会相关法律最后部分规定法律责任规则，这些责任规则大部分是公法性规则。此外，我国还专门制定有通过公权力保障劳动法中强制性规则实施的《劳动保障监察条例》《保障农民工工资支付条例》等。在此意义上，经常所称的劳动法是公法和私法相结合，不是简单的劳动法既包含公法规范又包含私法规范，而是劳动者和用人单位之间的权利义务既通过传统私法机制进行安排，又通过传统公法机制进行保障，是一种有机结合。

## （二）劳动基准法效力结构选择之考量依据

当劳动基准法的效力结构可以有三种类型时，对立法和制度建构来说，面临的问题是如何决定具体怎样的情况选择哪种规范结构。首先应明确，国家强制干预私人市场交往的方式可以

[22] 黄程贯：《劳动基准法之公法性质与私法转化》，载我国台湾政治大学法学院劳动法与社会法中心编：《劳动、社会与法》，元照出版社2011年版，第13页；Nipperdey, Die privatrechtliche Bedeutung des Arbeiterschutzes, in: die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben, Festgabe der Juristischen Fakultäten zum 50 jährigen Bestehen des Reichsgerichts 1929, Band IV, S. 204.

是仅规定强行法,也可以是为强行法配备公权力保障。强行法已经是一种国家干预;配备公法效果则是国家干预的强化。从劳动关系本质上是一种私人关系而言,要回答上述问题,在根本上还是应回到公权力介入私人之间法律关系的正当性的基础上。

首先需要考虑的是公共秩序和利益标准。按照公民法划分的利益说,“公法涉及罗马国家的秩序;私法涉及个体的利益”。<sup>[23]</sup>公法性规则在传统上是要维护公共秩序和利益。据此,在劳动法领域,首先涉及公共利益,包括公共安全、公共秩序等利益的劳动基准法规则必须配置公法效力。从劳动基准法发展历史来看,最早颁布的国家强制性劳动者保护规范首先追求的也是公共利益,劳动者权益维护只是附带产生的效果。1839年德国颁布了该国最早的涉及童工保护的律,但是“防止对教育和军事危害的主导思想促使国家介入年轻劳动者的健康维护问题”。<sup>[24]</sup>早期的劳动保护律和其他秩序法并无差异,以纯公法的形式建构,按照公权力行使的一般逻辑运行,私人不可以基于劳动保护法提出请求,只能享受这种规范在维护公共利益过程中反射出来的利益。这一历史经验一方面说明涉及公共利益的劳动基准应配备公法性效力,另一方面也说明如果主要涉及公共利益,则相关劳动基准法可能并不应配备私人请求权。避免通过私人之手实现公共利益,不仅有利于防止道德风险,还可以维护劳动关系的和平,纯公法性劳动基准法存在的根源即在于此。

从“二战”前后开始,国家的功能不仅在于维护公共利益和秩序利益,尤其是“二战”后社会国家的兴起,在社会国家原则指引下,<sup>[25]</sup>国家权力对私人交往的干预日益深入。其干预手段之一是通过国家之手在私人之间分配利益,以此为目的的相关立法首先具有私人利益分配功能而不是秩序功能。相比上述为实现公共利益必然要求公法性强行法而言,实现社会国家原则的法律规范以实现私人利益为首要目的,故可以采取私法性强行法的结构,而非一定需要配备公法性效力。

在上述或然性前提下,配备公权力保障的公法性劳动基准法的生成,需要根据劳动关系本身的特性以及行政权力行使的逻辑等,作进一步权衡,在此过程中应考虑如下因素:其一,劳动者主张劳动基准法中权利的现实可能性。私法性劳动基准法规定的实现取决于劳动者本身,“但存在着劳动者因为畏惧雇主、因为担心被解雇、因为缺乏经费或者法律知识或仅因为忽视而不去主张其源自强行法规则的权利的可能性”。<sup>[26]</sup>其二,劳动者主张劳动基准法中权利的动力。“根据经验,大部分劳动者只会主张违反它则直接涉及其利益的规则……与此相反,违反保护性规定而面临的单纯危险则容易被劳动者忽视掉。在此公法必须发挥作用。”<sup>[27]</sup>其三,维持劳动关系和平的需要。劳动关系双方处于合作生产的关系中,维持劳动关系双方的信任与合作对于提高生产效率和劳动关系和谐等具有非常重要的意义。上述三种规范效力结构对劳动关系和平的破坏程度并不相同:通过当事人私人主张实现权利的私法性劳动基准法在实现后对当事人之间合作与信任的破坏力度最大,通过公权力主动落实的公法性劳动基准法对当事人之

[23] I. 1. 1. 4, Behrends/Knütel/Kupisch/Seiler, Corpus Iuris Civilis, Die Institutionen, 3. Auflage, C. F. Müller, S. 2.

[24] Martin Becker, Arbeitsvertrag und Arbeitsverhältnis in Deutschland, Vittorio Klostermann, 1995, S. 86.

[25] 社会国家 (Sozialstaat) 原则,也即“在立法、行政和司法中尽可能深入地追求实现社会公正的国家。其目的是在社会内部消解大的社会差别,保障每个民众群体适当的生活水平”。Vgl. Klaus Weber, Rechtswörterbuch, 22. Auflage, C. H. Beck, 2017, S. 1209.

[26] Hueck/Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts, Band 1, 7. Auflage, Verlag Franz Vahlen, 1963, S. 141.

[27] 前引 [13], Zöllner/Loritz/Hergenröder 书,第 446 页。

间信任与合作的破坏最小，双重效力劳动基准规范居于中间。其四，实际实现劳动基准法的可能性大小。上述三种规范结构本身代表了国家强制的三种程度，私法性劳动基准只是剥夺了当事人自主安排的空间，但最终能否实现，取决于当事人是否主张权利，在劳动关系中劳动者处于加入用人单位组织、接受用人单位管理的依附性状态下，私法性劳动基准落实的可能性因此大大降低。公法性劳动基准的落实不依赖于当事人意志，由公权力实现，其实现和落实的可能性相对提升，但公权力本身也有行使惰性等问题。双重效力劳动基准法规范得到公私法两种效力的保障，实现的可能性最高，但也可能出现公私两种机制互相推诿，导致最终都无法保障的格局。其五，成本承担因素。通过行政权力保障劳动基准法实现，涉及通过行政权力实现私人利益，而行政权力由全体国民支付的税收来支撑，因此就出现通过全体国民的负担来实现个别国民利益的情况；另外，在劳动基准法增加的情况下，可能没有足够多的行政资源来保障其落实。因此，并非所有劳动基准法都应通过行政权力保障实施。其六，行政权力本身存在的问题。行政权力行使要考虑自身的行政风险，也存在选择性执法带来的不公、寻租以及因此增加的监督成本。基于以上分析，除主要涉及公共利益和秩序的劳动基准法必然采取公法性劳动基准法的效力结构外，主要以在劳动关系当事人之间分配利益为目的的劳动基准法采取哪种效力结构模式，并无定式，但必须进行合理性评估。我国目前劳动基准法选择性执法问题的解决，也有赖于合理设计劳动基准法的效力结构。

### 三、公法性劳动基准法进入私人关系的路径

基于以上论述，可以认为无论是在逻辑上还是在立法实践中，都会出现仅具有公法效力也即以调整国家和私人之间关系为对象的劳动基准法，本文称其为公法性劳动基准法。但是，从保持法的体系一贯性角度来看，无论是公法上禁止的还是想要实现的，对私人之间并非毫无影响，况且劳动法的根本目的是调整劳动者和用人单位之间的劳动关系。那么，公法性的劳动基准法如何对私人之间的劳动关系发生效力？这一问题的回答及其历史变迁，反映了公法和私法在劳动法领域日渐密切协力与合作、共同解决社会问题的过程。

#### （一）公法性劳动基准法的反射效力：侵权责任的规范基础

在18世纪自由主义的背景下，“规范国家与人民关系的公法（含刑法）与规范人民与人民关系的私法，原则上互不相属，各成体系”。<sup>[28]</sup>因此，早期公法性劳动基准法仅在国家和雇主之间发生效力，规定雇主相对于国家而言承担的劳动保护义务，并通过国家强制力保障实施，个人不可以基于劳动基准法提出诉求。在德国，直到1928年的劳动保护法草案依然坚持了这种思路。其立法理由提出：“本草案原则上不介入劳动合同法。赋予雇主的义务都是相对于国家而不是单个劳动者的义务；因此，运营保护（危险防护）通过劳动保护机关根据第47条以下进行的监管以及通过草案第6—9条规定的强制和处罚来实施。劳动保护法的规范并未赋予单个劳动者合同性质的请求权。”<sup>[29]</sup>但是，这种保护劳动者的制度完全不对私人产生效力，似乎也是不妥的。一种公法反射利益的思路应运而生：公法性劳动基准法对劳动者的保护

[28] 苏永钦：《违反强制或禁止规定的法律行为》，载氏著《私法自治中的经济理性》，中国人民大学出版社2004年版，第33页。

[29] 前引[22]，Nipperdey书，第221页以下。

作用被视为一种反射利益。时至今日,我国台湾地区仍有学者坚持这一观点:“劳动基准法并非直接规定雇主与劳动者间之权利义务关系,而系规定国家与雇主之权利义务关系,所以劳动基准法所规定雇主应履行的义务,乃以国家为权利人,而劳动者仅因为雇主义务履行行为之对象而受益,亦即所谓反射利益是也。”<sup>[30]</sup>

这种反射利益不仅表现为一种纯公法秩序实现的反射——国家通过执法落实秩序性规则导致劳动者受到实际保护,19世纪末以来属于传统私法的侵权行为法为强化这种反射效力提供了进一步的通道。德国民法典通过第823条第2款第1句规定“违反以保护他人利益为目的的法律的人,承担同样的(损害赔偿)义务”,引入了“违反保护他人利益的法律”这一侵权行为类型,并逐渐为日本、韩国和我国台湾地区民法典所继受。该侵权行为规则为进一步强化公法性劳动基准法的私法效力提供了路径:公法性劳动基准法往往都属于保护他人利益的法律,因违反公法性劳动基准法而导致劳动者遭受损害的,劳动者可以主张侵权损害赔偿。<sup>[31]</sup>我国民法典虽未像德国、日本、韩国或者我国台湾地区那样,设置违反保护他人利益之法律的侵权行为规则,<sup>[32]</sup>但《劳动保障监察条例》第21条第1款第1句已经完成了该使命,该句规定:“用人单位违反劳动保障法律、法规或者规章,对劳动者造成损害的,依法承担赔偿责任。”据此,保护劳动者利益的公法性劳动基准法可以作为损害赔偿责任的请求权基础,公法性劳动基准法以这种方式产生私法效力。遗憾的是,该规则几乎被实践所遗忘,在我国很少发生据此提起的损害赔偿之诉。

## (二) 公法性劳动基准法的双重效力:合同义务的发生根据

在公法性劳动基准法对劳动关系具有反射效力的观点形成后不久,又出现了一种新的观点。1929年,后来的德国联邦劳动法院院长尼佩代教授提出了公法性劳动基准法的双重效力理论,论证了劳动保护法规范成为劳动合同项下义务来源的可能性及其效力。<sup>[33]</sup>目前,该学说已成为德国、<sup>[34]</sup>瑞士、<sup>[35]</sup>奥地利、<sup>[36]</sup>日本<sup>[37]</sup>的通行学说,也为我国学者<sup>[38]</sup>所主张。

与上述反射效力和侵权责任不同的是,双重效力理论旨在论证调整国家和私人之间关系的公法规则进入劳动关系,成为劳动合同项下可以请求履行的权利和义务。据此,对劳动者来说,公法性劳动基准法产生的不仅是消极的反射利益和侵权保护,而且是可以积极向用人单位主张的权利。如何实现从公法效力到私法效力的一跃?双重效力理论主要通过解释劳动合同中的照顾义务(Fürsorgepflicht),为公法义务进入劳动合同提供教义学基础。具体而言,在方法

[30] 前引[11],林宝丰等书,第12页。同旨参见前引[18],黄越钦书,第327页。

[31] 参见王泽鉴:《侵权行为》,北京大学出版社2009年版,第291页。

[32] 根据民法学者的研究,我国现行法中也包含大量规制性规范(保护性规范)违反后的侵权责任规则,只是在体系上被纳入保护客体的角度进行分析。参见朱虎:《规制性规范与侵权法保护客体的界定》,《清华法学》2013年第1期,第157页。

[33] 前引[22],Nipperdey书,第203页以下。

[34] 参见前引[13],Zöllner/Loritz/Hergenröder书,第446页;前引[21],瓦尔特曼书,第341页。也有少数学者主张“技术性劳动保护法的原始建构效力(originäre Gestaltungswirkung des technischen Arbeitsschutzrechts)理论”,但批评意见认为,“技术性劳动保护法的公法性规范结构原则上不能通过解释推演出原始的、直接的建构私法性合同关系的法律效力”。Vgl. Staudinger BGB, § 618, Hartmut Oetker, 2002, Rn. 16.

[35] Vgl. Frank Vischer, Schweizerisches Privatrecht Obligationenrecht Besonderer Teil Der Arbeitsvertrag, Helbing & Lichtenhahn, 2005, S. 13.

[36] Vgl. Franz Marhold/Michael Friedrich, Österreichisches Arbeitsrecht, Springer, 2012, S. 238 ff.

[37] Vgl. Satoshi Nishitani, Vergleichende Einführung in das japanische Arbeitsrecht, Carl Heymanns Verlag, 2003, S. 11.

[38] 参见林嘉:《劳动法的原理、体系与问题》,法律出版社2016年版,第291页;前引[22],黄程贯文,第22页。

上,“劳动者保护法涉及相对国家存在的公法义务这一点并不排斥该义务同时成为相对于劳动者存在的私的合同义务。该观点并不是要混淆劳动合同和劳动保护之间的界限,只是强调劳动保护法的规范对劳动合同也有如下意义:解释劳动合同和劳动合同规范时必须将其考虑进来”。〔39〕在解释对象上,劳动法理论关于劳动关系是一种具有较强信赖和保护色彩、用人单位承担较多照顾和保护义务的论断,以及劳动合同相关立法中用人单位的保护义务规则,为这种解释提供了适合的对象。据此,“规定积极作为义务的劳动保护法规范首先是强化了这些(规定照顾义务的)私法规范,但同时也具体填补了它们的内容。它确定了以何种方式履行照顾义务。这样以来,这些劳动保护法规范同时就成为了德国民法典第618条、德国商法典第62条、德国《工商业条例》第120a条的构成部分进而也是劳动合同法的构成部分”。〔40〕在当代德国,具体到其民法典的条文上,一般认为通过规定当事人之间保护义务的民法典第618条,公法性劳动保护法转化进了合同义务之中;〔41〕或者“民法典第618条,形象地来说是一个私法性媒介,通过它公法性的劳动保护法在民法中产生了法律效力”。〔42〕此外,传统私法默示义务的理论也可以进一步强化公法义务成为私法内容的可能,“劳动合同当事人默示地将积极的劳动保护法规范纳入了劳动合同的内容中”。〔43〕

如上所述,公法性劳动基准法在传统上是从维护公共利益和秩序利益的角度展开的,让私人主张这些利益可能僭越了私权行使的界限。因此,在公法性劳动基准法规则可以成为劳动关系当事人之间请求权的基础之后,需要进一步明确哪些公法规则可以产生这样的效力。这一界限可以从正反两方面展开:首先,私法上可请求履行的是适合成为劳动关系中权利和义务的规范,最直观的标准就是当事人可以在劳动合同中对其加以约定的内容。“当公法上保护劳动者的义务可以成为劳动合同约定的对象时,劳动保护法的条文将可以通过民法典第618条第1款的规定转化进劳动合同法中,并将确立劳动者对于履行保护义务的请求权。”〔44〕其次也是上述标准的反面表达,下列公法性劳动基准法规则无法成为劳动关系的内容,也不具备私法上可请求履行的效力:其一,尽管保护劳动者,但首先也是指向劳动者义务履行的规范;其二,不涉及劳动合同义务履行的规范,比如设置疾病检查手册的义务;其三,保护劳动者总体利益而不是单个劳动者利益的规范,比如公示工作规程的规则;〔45〕其四,组织规则或者秩序规则意义上的公法性规范。〔46〕

### (三) 认定行为违法的准据

公法性劳动基准法进入私法的第三个通道,是其作为不得违反的禁止性法律的功能。在德国、日本、韩国和我国台湾地区的民法中,为了均衡公法和私法的效力关系,都引入了违反禁止性法律的法律行为无效的规则,例如德国民法典第134条规定,“法律无另行规定的,违反法定禁止的法律行为无效”。在这些国家和地区的理论中,该条中的法定禁止规定主要是公法

〔39〕 前引〔22〕, Nipperdey书,第216页。

〔40〕 同上书,第217页。相同观点参见前引〔21〕,瓦尔特曼书,第341页。

〔41〕 Münchener Kommentar zum BGB § 618, Pflicht zu Schutzmaßnahmen, Henssler, 5. Auflage, 2009, Rn. 8.

〔42〕 Staudinger BGB, § 618, Hartmut Oetker, 2002, Rn. 15.

〔43〕 前引〔22〕, Nipperdey书,第218页。

〔44〕 前引〔13〕, Zöllner/Loritz/Hergenröder书,第446页。相同观点参见前引〔22〕, Nipperdey书,第219页;前引〔21〕,瓦尔特曼书,第341页;Münchener Kommentar zum BGB § 618, Rn. 9.

〔45〕 参见前引〔22〕, Nipperdey书,第219页以下。

〔46〕 Münchener Kommentar zum BGB § 618, Rn. 9.

性规定。<sup>[47]</sup> 借助此条款, 公法性劳动基准法将成为劳动合同违法性控制的准据。我国民法典第153条、劳动法第18条第1项和劳动合同法第26条第3项也规定了违反法律、行政法规强制性规定的(劳动)合同无效或者部分无效的规则, 提供了公法性劳动基准法进入劳动合同对其进行效力控制的路径。劳动基准法的该功能, 也是目前我国理论和实践关注较多甚至唯一关注的功能, 但该规则的内涵却有待在违反强行法的法律行为效力一般理论的指引下进一步深入探究。

#### 四、劳动基准法私法效力的具体形态

当公法性劳动基准法根据以上讨论可以具有私法效力, 双重效力劳动基准法和私法性劳动基准法本来就具备私法效力时, 则可以一揽子地提出: 所有效力结构的劳动基准法都可以具有私法效力, 只是因为其规范的效力结构不同, 产生私法效力的法律技术不同, 同时公法性劳动基准法的私法效力受到如上限制而已。在此前提下, 需要继续讨论作为保护性强行法的劳动基准法的具体私法效力如何。

##### (一) 前提与思路

关于强行性规范的私法效力问题, 近年来私法学界已有较多讨论, 这些讨论中可以作为本文研究基础的认识主要包括如下方面: 其一, 强行性规范依其内容可以分为义务规范和禁止规范。但由于在传统私法中, 以义务履行为内容的强行法相对并不多见, 现有相关研究主要围绕违反禁止性规范的法律行为尤其是合同约定是否无效的问题展开, 对强行性义务规范的私法效力未见深入讨论。其二, 并非违反强行性规定的法律行为就一定无效, 我国相关司法解释中出现的管理性规定和效力性规定的区分, 为违反强行法未必无效提供了制度依据, 民法典第153条更是将其落实为具体的实证法规则。其三, 关于违反强行法的法律行为是否有效的讨论, 存在区分公法性强行法和私法性强行法进行分析,<sup>[48]</sup> 与不再区分而进行统一讨论<sup>[49]</sup> 两种思路。区分论更多是建立在德国民法典之规则传统的基础上, 它纯化了讨论的对象, 限于研究公法性强行法的私法效力问题, 但从问题导向出发却不能彻底解释包括私法性强行法在内的强行法违反后的法律效力问题。从实际分析的结果来看, “区分民法内的强制规范与民法外的强制规范的理论, 至多具有观念的价值, 而于司法层面并不具多大的实益”。<sup>[50]</sup> 在劳动基准法领域, 这种区分的意义也并不大。因此, 本文选择统一的强行法观念分析劳动基准法对私人交往的效力。其四, 违反强行法后法律行为是否无效问题, 虽然有一些类型化处理的尝试,<sup>[51]</sup> 但目前

[47] 参见[德]卡纳里斯:《法律禁令和法律行为》, 赵文杰译, 载王洪亮等主编:《中德私法研究》第13卷, 北京大学出版社2016年版, 第55页以下; [德]贝阿特:《〈德国民法典〉第134条中“法律”的概念——对宪法规范、公法性自治规章、一般法律原则与避法行为的可适用性》, 胡剑译, 载本注所引《中德私法研究》第13卷, 第83页以下。

[48] 参见前引[4], 谢鸿飞文, 第133页; 前引[4], 孙鹏文, 第122页; 许可:《劳动合同的自治与规制——以“违反强制性规定的劳动合同”为中心》, 《法学家》2017年第2期, 第61页以下; 许中缘:《禁止性规范对民事法律行为效力的影响》, 《法学》2010年第5期, 第67页以下(尤其是第74页)。

[49] 参见黄忠:《违法合同的效力判定路径之辨析》, 《法学家》2010年第5期, 第59页; 耿林:《论中国法上强制性规定概念的统一性——兼评金可可教授〈强行规定与禁止规定〉》, 载前引[47], 王洪亮等主编书, 第41页。

[50] 同上引黄忠文, 第59页。

[51] 例如王轶:《民法典的规范配置——以对我国〈合同法〉规范配置的反思为中心》, 《烟台大学学报(哲学社会科学版)》2005年第3期; 钟瑞栋:《民法中的强制性规范: 公法与私法“接轨”的规范配置问题》, 法律出版社2009年版, 第182页以下。

看来，所有类型化在个案中总有不能合理解释的情况，因此相关分类更多是归纳而不是逻辑推演，对行为效力的判断仅具有辅助功能，该问题的最终解决，依赖于根据规范目的在比例原则基础上进行利益权衡。<sup>[52]</sup> 本文关于强行法对劳动关系的效力分析也采用该思路。

现有关于强行法私法效力的讨论主要围绕违反禁止性规范的法律行为的效力问题展开，但对于劳动基准法来说，重要的规范类型是直接规定用人单位向劳动者承担特定义务或者根据上述公法性劳动基准法的双重效力理论在限定范围内产生用人单位的给付义务。有鉴于此，本文同时以禁止性规范和义务性规范为框架，展开对劳动基准法私法效力的分析，在禁止性规范领域，考虑到主体资格在劳动法中的重要意义，本文将其区分出来单独讨论。关于上述公法性劳动基准法作为保护他人利益的法律发生侵权法上效力的问题，其更多是侵权法的一般问题，并不具有劳动法的特殊性，本文只在行文中提及，不再作进一步深入展开。

## （二）资质限制型劳动基准法

所谓资质限制型劳动基准法，是指规定建立劳动关系特定资格前提的劳动基准法规则，这种资质可以是劳动者一方的资格要求，也可能是用人单位一方的资格要求；从其限制的范围来看，可以是建立劳动关系的一般资格要求，也可以是从事特定行业工作的资格要求。

### 1. 建立劳动关系的一般资格要求

现代劳动法为了保护劳动者权益，对能够建立劳动关系的双方主体资格作了必要限制。建立劳动关系的一般资格要求主要存在于劳动者一方，这种劳动者的资格限制不同于下述特定劳动者使用禁止制度：在资格限制的情况下，特定群体和用人单位建立劳动关系为劳动基准法所禁止；在特定劳动者使用禁止的情况下，劳动者和用人单位之间可以建立劳动关系，但用人单位不得在特定情况下使用该劳动者。劳动者资格限制中最主要的是雇佣年龄规则，我国劳动法和《禁止使用童工规定》均规定禁止用人单位招用未满 16 周岁的未成年人。这种禁止性规范的目的就是不让招用行为在法律上和事实上发生，发生招用童工行为后，用人单位有义务“限期将童工送回原居住地交其父母或者其他监护人”。因此，违反该禁止性规定的劳动合同无效。有问题的是，如果该童工劳动合同已经履行，此处的无效是溯及既往还是面向未来？如果自始无效，则按照现行法的规则，双方当事人应互相返还，但劳动显然无法返还，童工只能主张不当得利救济，权利行使的限制倍增。为此，立足于保护劳动者的立法目的，应坚持传统私法关于持续性合同面向未来无效的规则，<sup>[53]</sup> 违反童工禁止等保护劳动者的劳动基准法规则后，劳动合同面向未来无效。此处进一步的具体利益考量是：其一，“阻止违反缔约禁止的雇佣这一目的并不要求该合同自始无效”；<sup>[54]</sup> 其二，有助于保护劳动者的立法目标的实现：童工的工资将可以继续享受劳动法关于工资的特殊保护。

在我国，未达到退休年龄或者未享受养老保险待遇，也是广为流传的劳动者主体资格要求。对此，目前已有各种讨论。<sup>[55]</sup> 从劳动基准法是保护性强行法的角度来看，如果认为退休

[52] 参见前引〔4〕，谢鸿飞文，第 133 页；前引〔4〕，孙鹏文，第 122 页；黄忠：《比例原则下的无效合同判定之展开》，《法制与社会发展》2012 年第 4 期，第 46 页；前引〔48〕，许可文，第 60 页以下；前引〔48〕，许中缘文，第 67 页以下（尤其是第 74 页）。

[53] 参见韩世远：《合同法总论》，法律出版社 2018 年，第 88 页；Flume, *Das Rechtsgeschäft*, 4. Auflage, Springer Verlag, 1992, S. 348.

[54] 前引〔22〕，Nipperdey 书，第 210 页。

[55] 参见沈建峰：《论退休年龄的功能转型与劳动关系存续》，《中国劳动》2017 年第 7 期，第 30 页；董文军：《法定退休年龄与劳动合同关系之反思》，《法学家》2019 年第 1 期，第 164 页。

年龄是保护劳动者的制度，就不应限制有完全行为能力的劳动者作出更有利的选择；如果认为其是不得违反的强行法，则还需讨论其作为强行法的功能。从现有的各种论述和实践来看，强制退出劳动关系并非为了公共利益、第三人利益或者用人单位利益，因此，达到退休年龄继续签订劳动合同并不应影响劳动合同的有效性。

我国现行法对于建立劳动关系在用人单位一方的资质要求主要是其必须是“单位”。自然人与自然人之间能否签订劳动合同，这一问题涉及传统强制法理论中关于“能为”的理论。“能为”涉及“当事人订立法律行为的能力（如行为能力、处分能力），它并不禁止当事人实施这些行为。但在法律上，当事人是无法完成这类法律行为的。更准确地说，当事人即使有这些行为，也因为欠缺法律行为的成立要件而不构成一个法律行为”。<sup>[56]</sup>我国整个劳动法体系都以用工者一方是单位为前提构建，非为单位的主体无法让自己与对方之间的合同符合劳动合同法规定的劳动合同的要件，因此无法订立劳动合同并产生劳动关系。违反用人单位主体资格的强行性规定产生一种无效力（Unwirksamkeit）的效果。

## 2. 从事特定行业的资格要求

在劳动者一方，这种资质主要体现为职业资格。我国的职业资格分为准入类职业资格和水平评价类职业资格。水平评价类资质并不影响当事人订立劳动合同、从事特定职业。唯有准入类资质“所涉职业（工种）必须关系公共利益或涉及国家安全、公共安全、人身健康、生命财产安全，且必须有法律法规或国务院决定作为依据”，缺乏这种资质将不能从事特定职业。但是，劳动合同的缔结和劳动合同的履行并不同步，而且缔结劳动合同后再取得资格并非不可能；更重要的是，如果订立劳动合同后，劳动者缺乏资质无法工作，用人单位完全可以不能胜任工作为由解除劳动合同。根据比例原则和法益权衡的思想，欠缺资质签订的劳动合同未必无效。

用人单位从事特定行业的资质主要涉及特种行业准入问题。对一般性特许经营行业而言，劳动合同签订与是否经营特种行业并无必然联系，让劳动合同无效并不能实现阻止未经许可经营特种行业的目的。因此，从手段和目的匹配角度看，一般性特许经营行业用人单位缺乏资质的，并不影响劳动合同的效力。但就劳务派遣这种特许经营行业，劳务派遣经营的就是劳动力派遣，劳动合同是派遣单位获取劳动力的法律工具。当现行法规定经营劳务派遣必须有注册资金200万并经人社部门审批才能实施后，实践中依然时常发生用人单位无劳务派遣资质却签订劳务派遣劳动合同的情况。无资质派遣在实践中认定无效<sup>[57]</sup>或有效<sup>[58]</sup>的案例都存在，但近年来认定其有效的判决越来越多。本文认为，认定无派遣资质者签订的劳务派遣劳动合同无效，该单位将无法依法获得被派遣劳动力，因而合同无效有助于实现阻止滥用劳务派遣的立法目标。另外，按照劳动合同法用工建立劳动关系的规则，在劳务派遣劳动合同无效而用工单位用工的情况下，其将与劳动者建立劳动关系，这有助于推动用工单位审查派遣单位资质，防止违法派遣。因此，用人单位无派遣资质而签订的劳务派遣劳动合同无效。

[56] 前引〔4〕，谢鸿飞文，第128页。

[57] 例如，江门市信旭五金工艺制品有限公司、江门市江海区社会事务局劳动和社会保障行政管理（劳动、社会保障）二审行政判决书，广东省高级人民法院（2018）粤行终30号。

[58] 例如，钱洪涛、中国联合网络通信有限公司范县分公司确认劳动关系纠纷再审审查与审判监督民事裁定书，河南省高级人民法院（2018）豫民申8742号；高洪超与中国人民财产保险股份有限公司农安支公司及吉林省海创人力资源服务有限公司、吉林省彩虹人才开发咨询服务有限公司劳动争议再审审查民事裁定书，吉林省高级人民法院（2018）吉民申1453号。

### （三）行为禁止型劳动基准法

强行法对法律行为的效力是传统私法讨论最多的问题，相关一般思路已如前述。具体到劳动基准法对法律行为限制的进一步研究而言，需要注意两个前提性问题：其一，尽管劳动法律在劳动合同等违法问题上的表述依然是“违反法律、行政法规强制性规定的”无效或部分无效，而没有民法典第153条中“该强制性规定不导致该民事法律行为无效的除外”这一除外规则，但这并不妨碍理论和实务如民法总则颁布之前那样，通过探究强制性法律的内涵，限定“违反”的含义从而对上述规则作限制性解释。其二，劳动法中的法律行为除了劳动合同，还有集体合同等双方行为以及解除权行使、用人单位指示权行使等单方行为。因此，禁止性劳动基准法的效力研究应从法律行为这一视角展开，而不应限于合同这一双方行为。考虑到用人单位行使指示权在劳动法中的特殊地位，有对其展开专门讨论的必要。

#### 1. 违反形式限制的法律行为效力

近年来，将法律行为之形式的效力区分为创设效力和宣示效力的理论逐渐被劳动法学界接受，越来越多的观点认为订立和变更劳动合同未采取书面形式的，劳动合同并非无效，<sup>[59]</sup>最高人民法院在司法解释中也引入了变更劳动合同未采取书面形式可以通过履行行为补正形式瑕疵的规则。在既有的各种论证理由外，从强行性规范效力理论的角度需要补充的是，现行法中未签书面劳动合同的后果是补签合同、支付双倍工资以及视为签订无固定期限合同等，立法的目的不是要消灭劳动合同，而是让它更加有效，让其无效既不符合保护劳动者的目的，亦与上述规则设计相矛盾。关于集体合同的书面形式要求，由于集体合同具有规范效力，<sup>[60]</sup>只有以书面形式签订才能让被其规范约束的劳动者知悉其内容，因此该书面形式具有创设效力，缺乏书面形式则集体合同无效。<sup>[61]</sup>关于预告解除权行使等单方行为违反书面形式的法律后果，理论界讨论较少，实践中的基本立场是行为无效。解除等行为本质上是形成权行使行为，该权利行使对对方当事人利益影响甚大，需要更多确定性，所以此处的书面形式具有创设效力，缺失该形式，解除权行使无效。

#### 2. 违反内容限制的法律行为效力

强行法对法律行为内容的限制本是强行法效力理论中最具争议的问题，但在劳动法中，因为劳动基准法作为保护法的功能以及各种专门立法具体规定的出现，劳动基准法对劳动合同和集体合同内容限制的效力问题反而争议较小。由于这类劳动基准法的目标就是禁止用人单位在法律规定标准以下用工或者给劳动者施加超过法律要求的负担，因此如果违反内容限制型劳动基准法，也即合同约定的权利和义务比法定标准对劳动者更加不利，则这些约定应属无效。在此基本规则基础上，有如下特殊规则需要注意：其一，从劳动基准法的保护法属性出发，其强行性规范都是单方强制的强行法。其二，劳动合同、集体合同违反劳动基准法而约定的由劳动者承担的义务如已履行，面向未来失效而不溯及既往，理由与上述童工合同面向将来无效一致。其三，违反劳动基准法的约定会出现同一劳动合同约定对劳动者无效、对用人单位有效的

[59] 参见沈建峰：《论劳动合同在劳动关系协调中的地位》，《法学》2016年第9期，第82页；沈建峰：《论缺失书面形式之劳动合同之效力》，《人民法院报》2011年7月20日第7版；范围：《劳动合同形式强制的反思与完善》，《中国人民大学学报》2018年第1期，第106页。

[60] 参见沈建峰：《论集体合同的私法结构》，《中国劳动关系学院学报》2019年第4期，第6页；前引〔38〕，林嘉书，第278页。

[61] 参见王全兴：《劳动法》，法律出版社2017年版，第259页。

特殊情况，如延长预告解除期限或为法律未规定解除期限的解除行为约定解除期限的合同条款。这种特殊现象可以从法律行为自身的理论结构得到解释。法律行为作为自治工具，按照当事人意思表示的内容发生效力，但这种按照意思表示内容发生的效力却是法律赋予的，法律行为的效力来源是“当事人意思+法律赋予”。当事人合意可以是统一存在的，但法律根据劳动者保护的必要赋予了违反劳动基准法的约定对用人单位的约束力，却未赋予对劳动者的约束力。

### 3. 违反审批规则的法律行为效力

要求行政审批是一种日益多见的国家干预私人行为的措施，在劳动基准法中最重要的审批规则是非标准工时的审批。劳动法第39条规定，不能实行标准工时的，“经劳动行政部门批准，可以实行其他工作和休息办法”。实践中有不少因当事人约定的非标准工时未经审批而发生的效力争议。一些判决认为，关于特殊工时需经审批的规定属于管理性规定，未经审批的非标准工时约定也应有效。<sup>[62]</sup>分析未经审批而约定的法律行为效力，应回归审批的性质和功能，“审批的必要性意味着存在法定禁止；对当事人来说通过审批这一例外来打破禁止”。<sup>[63]</sup>因此，未经审批的约定是否有效，根本上取决于原本强行性规定的强行性，既然违反现行工时基准的约定无效，那么未经审批的非标准工时约定亦应无效，无效的进一步后果是实施标准工时制度。

### 4. 违反报告规则的法律行为效力

与审批不同的是报告规则，现行劳动法中比较重要的报告规则主要有两个：用人单位解除劳动合同报告工会规则和用人单位裁员报告人社部门规则。未报告是否影响裁员或者解除这些形成权行使行为的有效性，实践中出现争议较多。报告规则是对法律行为提出的程序性强行性要求，但报告规则中被报告机关或者机构接到报告后，并没有权限同意或者否定形成权行使行为，报告本身只发生信息传递功能。未履行报告义务对解除行为等的影响取决于保障信息传递的重要性。就裁员的报告而言，因裁员行为可能涉及大规模失业进而影响社会秩序，报告人社部门以由其采取必要应对措施，涉及公共利益和秩序维护，因此必须保障该信息传递的实现，未报告则裁员行为违法无效。就单个劳动合同解除时通知工会的规则而言，它更多是引入工会干预、维护个别劳动者利益的前置措施。在我国，由于工会干预手段并无法律的刚性规定，不强化工会干预手段只强化未通知工会对解除的影响，必不能实现工会维护劳动者利益的目的；而且寻找工会帮助也可以通过劳动者自身的信息通知实现，因此未通知工会不应影响解除行为的效力。现行法的问题是，未为该通知规则配备公法责任。这就导致，如果不通知既不发生私法效果，又不发生公法效果，该通知规则将成为具文；现行司法解释引入的补通知规则，只是在实证法规则基础上的不得已选择而已。

### 5. 用人单位指示行为违反禁止规范的效果

对劳动关系具有标志意义的是用人单位享有组织劳动过程的权力，这种权力落实到个别劳动关系中，就是用人单位指示权。用人单位指示权是用人单位通过形成权行使决定劳动关系中权利义务内容的机制，<sup>[64]</sup>也是劳动者完成劳动给付的重要前提，劳动基准法对用人单位的指示应当具有约束力。用人单位指示违反劳动基准法，表现为两种形式：其一，有权使用劳动者

[62] 参见何建平与四川省绵阳市中医医院劳动争议纠纷申请再审民事裁定书，四川省高级人民法院（2015）川民申字第2452号。

[63] Lange, Die behördliche Genehmigung und ihre zivilrechtlichen Auswirkungen, AcP 152 (1952/53), 241.

[64] Söllner, Einseitige Leistungsbestimmung im Arbeitsverhältnis, Verlag der Akademie der Wissenschaften und der Literatur in Mainz, 1966, S. 1 ff; 前引〔21〕, 瓦尔特曼书, 第89页。

但安排劳动者从事劳动条件不符合劳动基准的作业；其二，在根据劳动基准法规定不得使用劳动者的情况下使用劳动者，包括特定劳动者使用的禁止和特定时间使用劳动者的禁止。前者是指劳动基准法出于保护特定劳动者群体的需要，禁止在特定情况下使用特定劳动者，主要涉及女职工、未成年工等的劳动使用禁止问题；后者是指在特定时间不能使用劳动者，主要涉及劳动时间制度、休息休假制度等。

用人单位指示违反劳动基准法的情况下，现行劳动法律仅规定构成劳动合同法第38条第2款意义上的违章指挥、强令冒险作业时，劳动者可以解除劳动合同。从劳动基准法的私法效力来看，其还应产生如下效果：其一，用人单位的指示权限因违反法律规定不能发生确定劳动关系内容的效果，劳动者拒绝劳动的行为不构成不服从指示的行为；其二，在用人单位指令违反劳动基准法时，如果劳动者屈从指令提供了劳动，则除了可以主张特别法规定的加班费、休假工资等之外，如有损害则既可以主张违反劳动合同中保护义务的损害赔偿请求权，又可以主张违反保护他人利益法律的侵权损害赔偿请求权。

#### （四）义务规范型劳动基准法

义务规范型劳动基准法以规定用人单位的给付义务为基本内涵，在劳动合同、集体合同等就相关劳动条件没有对劳动者作更好安排的情况下，用人单位应据此向劳动者履行特定义务，主要包括支付不低于最低工资标准的工资、安排法定带薪休假等给付义务以及提供合格劳动条件等。上述给付义务的逻辑结构存在差异：在私法性劳动基准法和双重效力劳动基准法体现为法定私法义务，其请求权基础是法律规定，<sup>[65]</sup>而在公法性劳动基准法则体现为公法规范双重效力理论支撑下的劳动合同中照顾义务的具体化，该义务的请求权基础是合同；但上述差异不影响劳动者根据劳动基准法提出履行请求，用人单位违反该义务，应承担继续履行并赔偿损害的义务。

需要进一步解释的是提供合格劳动条件义务的私法效果。对此义务，现行劳动合同法以“未按照劳动合同约定提供劳动保护或者劳动条件”则劳动者可以解除劳动合同的反面表达方式予以明确。此处劳动保护和劳动条件的内涵，应按照劳动基准法的标准进行确定；据此，我国安全生产法第二章规定的用人单位义务等均可进入劳动关系中。违反提供劳动条件的义务构成义务违反和保护他人利益法律的违反，给劳动者带来损害时应承担违约或者侵权赔偿责任，这些无需赘述。在此需要进一步探讨的是：其一，如果用人单位未提供上述劳动条件，劳动者能否拒绝劳动，拒绝劳动期间能否主张劳动报酬。其二，劳动者能否诉请用人单位提供合格劳动条件。这在根本上涉及提供合格劳动条件这一源自劳动基准法的义务是给付义务还是受领义务。有学者基于合格劳动条件对劳动提供的前提意义，主张劳动条件的提供是受领劳动的准备行为，不提供劳动保护或劳动条件导致无法安全劳动的，用人单位陷入受领迟延。<sup>[66]</sup>根据劳动关系中受领迟延的法理，在用人单位受领迟延的情况下，劳动者享有报酬给付请求权。但因为提供劳动条件属于受领行为，受领行为在传统私法中属于不真正义务，并不能诉请履行。因此，在用人单位不提供劳动保护和合格劳动条件的情况下，劳动者不能诉请履行，只能拒绝履行并寻求救济。也有学者从保护义务本身在劳动关系中的特殊地位以及公法性劳动基准法进入劳动合同的特殊路径出发，认为“劳动保护法上的义务属于保护义务，尽管它是债的关系中的从义务，但它也可以建立可诉请的履行请求权。由此也出现了德国民法典第273条第1款规

[65] Thomas Lakies, Basiskommentar zum MiLoG, 3. Auflage, Bund Verlag, 2015, S. 121.

[66] 前引[22]，Nipperdey书，第223页。

定的履行拒绝权的前提”。〔67〕在用人单位不履行义务的情况下，劳动者可以诉请履行，〔68〕同时可以主张履行抗辩。在劳动者主张履行抗辩时，劳动给付作为一种绝对定期债务，随时间流逝而消灭，这种给付消灭是因用人单位原因导致无法提供劳动给付而引发的，因此用人单位应承担继续支付工资的风险。基于我国现行法的规定和义务型劳动基准法的特殊效力结构，将提供合格劳动条件的义务归入从给付义务，具有更多的合理性。从现行法的规定来看，我国安全生产法第51条规定了劳动者可以拒绝强令冒险作业并不因此被降低劳动报酬的权利，这就意味着在用人单位不能提供合格劳动条件的情况下，劳动者可以拒绝履行并且工资请求权不受影响。同时，提供劳动保护是劳动者安全舒适劳动的保障，劳动保护义务可诉请才能更好地维护劳动者的权益，这也是义务规范型劳动基准法的应有之义。

## 五、私法效力与公法效力的协调

除仅有私法效力的劳动基准法外，无论是公法性劳动基准法还是双重效力劳动基准法，最终都可能既有公法效力又有私法效力，导致同一规则公私法效力共存的格局，劳动法公私法融合的特性在此得以充分表达。由于公法和私法运行的不同机理，二者追求的不同目标，在二者共存的格局下，应回答如何协调二者效力的问题。

### （一）规范内容确定：公私法规范应否统一解释

当同一个术语或者构成要件既可以产生私法效果，又可以产生公法效果时，如何确定该术语或者规范构成要件的内涵，明确劳动基准法规范的内容？此处存在的问题是：一方面，该构成要件或者术语是为解决同一个社会问题而出现的，而且法律规范的术语如能统一，更有利于法的体系协调，因此，人们往往倾向于认为这些术语和构成要件的含义具有统一性；另一方面，公法和私法因为调整利益和规范旨趣的不同，在规范解释方法以及规范内涵上可能存在很大差异，因此导致“同一个劳动基准法的规则可能有两种不同解释。也就是说当涉及雇主刑法上的责任问题时，必须坚持禁止类推的原则，严格遵从条文文义；但是从私法的视角看，完全可以接受的是，可以将法律规则灵活解释适用到相应的事实情况”。〔69〕

这一问题比较典型地体现在刑法修正案（八）增加的拒不支付劳动报酬罪的运用中。该法规定，“以转移财产、逃匿等方法逃避支付劳动者的劳动报酬或者有能力支付而不支付劳动者的劳动报酬”的，应承担相应责任。该刑法规则作为支持和保障实现用人单位支付劳动者报酬这一私法义务的规则，在解释时面临的问题是，条文中的“劳动报酬”“劳动者”是应作与劳动法一样的解释，还是按照自身的逻辑运行？从理论解释和司法实践来看，认为应一体解释的有之，〔70〕认为劳动报酬应作不同解释的也有之。〔71〕之所以有上述观点差异，在根本上涉

〔67〕 前引〔21〕，瓦尔特曼书，第341页。

〔68〕 ErfK/Wank, § 618 BGB Rn. 23.

〔69〕 前引〔37〕，Satoshi Nishitani书，第11页。

〔70〕 参见李华斌：《推动劳动者权益保护的好〈解释〉——访北京师范大学刑事法律科学研究院常务副院长卢建平》，《中国审判新闻月刊》总第85期（2013年），第54页。

〔71〕 参见王蓓、刘森：《法律大数据视角下的拒不支付劳动报酬罪研究》，《中国刑事法杂志》2017年第2期，第42页；张锋学：《拒不支付劳动报酬罪的司法检视与完善路径》，《河北法学》2015年第11期，第77页；蒙娜：《拒不支付劳动报酬罪若干问题研究》，《中国刑事法杂志》2013年第3期，第52页；黄继坤：《论拒不支付劳动报酬罪的几个重要问题——对〈刑法修正案（八）〉的解读》，《当代法学》2012年第3期，第49页。

及刑法规范和私法规范本身的关系问题。将劳动法的倾斜保护思路纳入刑法，则会主张扩大劳动报酬的范畴；反过来，坚持刑法自身的逻辑，则会形成不同的判断。据此，一方面应坚持刑法的谦抑性品质，<sup>[72]</sup>另一方面从刑法的逻辑出发对相关概念赋予刑法上的内涵。<sup>[73]</sup>

本文无意探究拒不支付劳动报酬罪的适用问题，仅在上述分析的基础上提出，应回到公法和私法的逻辑去解决相关术语和构成要件的内涵确定问题。尽管应尽可能追求法律概念内涵的统一性，劳动基准法规则在公法领域的运用应以劳动法的术语内涵为出发点，但必须根据公法自身的精神对相关概念内涵进行评估和梳理；反过来，公法领域的概念进入私法中时也应当作同样的处理。在劳动者和用人单位之间固然可以倾斜保护，但在国家和行为人之间就不能再主张倾斜保护了，反而应探究公法性规范本身所保护的法益。实际上，不同法律中的同一术语作不同解释，并不罕见，以工资范畴为例，劳动人事部门、统计部门、税务部门等均有自己的工资范畴。法的统一首先应体现为法的精神统一，而不只是术语内涵的统一。

## （二）规范实施机制：行政救济和仲裁审判救济的衔接

当劳动基准法既有公法效力又有私法效力时，必然的逻辑结论是其规范救济和实施机制应当既有公法措施又有私法措施。我国现行法遵从了这样的逻辑，除了如上通过刑法制度设计实现工资等的保护外，大部分劳动基准法规则都配备了公权性的行政救济与私人纠纷解决的劳动争议处理程序并行的救济程序体系。当两种救济程序并存时，需要协调两种程序的关系。对此，现行法只是在《劳动保障监察条例》第21条第2款规定，对应当或已经进入劳动争议处理程序的事项，劳动行政部门应告知当事人按劳动争议处理程序处理。但何为应当纳入劳动争议处理程序的事项，并不明确。两种救济途径的关系未能理顺，导致时常发生两种救济途径的承担机构互相推诿的情况，劳动基准法应由劳动监察保障、不应进入劳动争议处理程序的观点也一再出现。有些地方甚至明确规定，劳动争议处理程序不受理某些涉及劳动基准的案件。<sup>[74]</sup>程序法上的不衔接也进一步引发了实体权利的冲突。例如，根据劳动合同法的规定，未签书面劳动合同的，从第2个月开始应支付两倍工资直到第12个月，从第13个月开始视为签订无固定期限合同，不再支付双倍工资。因双倍工资支付发生劳动争议的，目前各地仲裁和审判机构都从第2个月开始计算仲裁时效12个月，所以如果用人单位没有签订书面劳动合同已经满两年，则所有双倍工资均已经过时效，在用人单位时效抗辩的情况下，双倍工资请求将得不到支持。与通过仲裁和审判寻求救济不同的是，《劳动合同法实施条例》第34条同时规定了劳动行政部门责令用人单位支付双倍工资的公法救济规则，而劳动行政部门责令改正违法行为的时效是两年，并且违法行为连续的，时效不起算。如此一来，就可能出现根据劳动争议处理规则不能得到支持，但根据行政救济规则又必须责令支付的结果。

本文认为，劳动基准法的双重效力结构必然意味着双重救济结构，因此，不存在劳动基准法规则只应通过行政救济途径予以实现的逻辑，甚至在一定程度上双重救济正是劳动基准法公

[72] 参见刘艳红：《当下中国刑事立法应当如何谦抑——以恶意欠薪行为入罪为例之批判性分析》，《环球法律评论》2012年第2期，第61页；姚万勤：《拒不支付劳动报酬罪立法之反思》，《长白学刊》2017年第3期，第79页。

[73] 参见杜逸、商浩文：《拒不支付劳动报酬罪的司法认定》，《法学杂志》2011年第10期，第115页。

[74] 参见《江苏省高级人民法院、江苏省劳动争议仲裁委员会关于审理劳动争议案件的指导意见》（苏高法审委〔2009〕47号）第28条。该条规定已被江苏省高级人民法院《关于审理带薪休假纠纷若干问题的指导意见》（江苏省高级人民法院审判委员会纪要〔2019〕3号）修改为：“劳动者与用人单位因支付未休年假工资报酬而发生争议的，人民法院应予受理”。

私法结合的优势所在。在公法救济和私法救济的关系问题上,除刑罚措施的最后手段色彩,导致刑罚措施应在不得已时才启动外,行政救济和民事救济应处于并行而由当事人自愿选择的关系中。从其他国家的情况看,这种可选择性导致私法救济似乎并没有太大实践意义,<sup>[75]</sup>“对劳动保护法而言,比起求助于法院,求助于营业监督机关以及行政强制是一种更快更安全的救济方式”,<sup>[76]</sup>但逻辑上的双救济结构却不应被否认。我国目前行政救济和劳动争议处理的冲突和不协调首先源自于行政救济保障力度的相对不足:和实证法中存在大量可通过公法保障的劳动基准法规则相比,各地劳动基准法的行政执法力量过于薄弱。在设计劳动基准法的公法效力时,必须考虑行政执法的力量问题。其次,源自公法和私法效力规则的不衔接。因此,应坚持对劳动基准法双重效力的把握,在技术上理顺公法效力和私法效力的关系,避免出现如上述时效问题引发的不协调。

---

---

**Abstract:** Labor standard law is the sum of mandatory legal norms that protect employees' interests. According to different normative validity structures, labor standard law can be divided into three categories, that is, private labor standard law, public labor standard law and dual-validity labor standard law. The question of how legislators design the validity structure of a specific labor standard rule depends on a variety of factors, including upholding of public interests, protection of employees' interests, legislation techniques, and so on. Whichever normative validity structure the labor standard law chooses, it will produce private law validity in the end. With respect to public labor standard norms, this will be manifested in reflexivity, dual-validity and the validity control of illegal act. The private law validity of labor standard law in labor relations is concretely embodied in such aspects as the access by subjects of labor relations, the validity control of legal behavior and the performance of labor contracts. With respect to the labor standard law with dual-validity of public law and private law, it is necessary to coordinate the relationship between the two validities. With respect to the determination of the connotations of norms, the understanding should proceed from the labor law, taking the value and system of public law itself into consideration, and the existence of different connotations of relevant norms in public law and private law should be allowed. With respect to the implementation mechanism, public remedy and private remedy should run parallel to each other, and possible conflicts between them can be resolved by the choice of parties.

**Key Words:** labor standard, mandatory law, private law validity, reflexivity, dual-validity

---

---

[75] ErfK/Wank, § 618 BGB Rn. 23.

[76] 前引 [22], Nipperdey 书, 第 222 页。