

数字时代离线权民法保护的解释路径

朱晓峰

内容提要: 离线权是数字时代中因数字技术在工作领域的广泛运用而在比较法上发展出来的一项新型数字权利,具有人权、人格权的属性。在我国现行法上并未承认离线权的背景下,可以因离线权的性质及所欲实现之目的,通过生活安宁权保护和个人信息保护涵摄离线权所要解决的问题。在侵权责任认定上,考虑到劳动者和用人单位之间的特殊法律关系,因此既要处理劳动者同意对用人单位相应行为之侵权责任认定的影响,也要在构成要件论不能发挥作用的领域通过引入利益衡量方法来解决用人单位侵害行为的法律效果评价问题,同时还要通过过错证明责任的适当分配协调劳动者和用人单位之间事实上的力量不对等问题,以此在数字时代为劳动者合法权益的充分保护提供规范支持。

关键词: 离线权 人格权 生活安宁 个人信息 利益衡量

朱晓峰,中央财经大学法学院教授。

数字技术在工作领域的广泛运用,一方面大幅提高了工作效率,另一方面也导致劳动者的工作与生活之间原本相对清晰的界限被打破,用人单位可以通过数字技术随时随地联系劳动者,使其在工作时间之外继续从事与工作相关的劳动,由此直接侵害劳动者的休息权,并使劳动者的身体健康、家庭生活以及自主安排生活以完善其人格的自由等遭受难以估量的损害。^[1] 为了应对数字可及性带来的问题,法学理论上提出了离线权(right to disconnect)概念,即劳动者享有在非工作时间脱离工作且不参与和工作有关的电子通信的权利。^[2] 并且,已有国家在实践上对此作出了积极回应。例如,法国、^[3] 意大利、^[4]

[1] See Paul M. Secunda, Hybrid Federalism and the Employee Right to Disconnect, 46 *Pepperdine Law Review* 1, 876 (2019).

[2] See Right to Disconnect, <https://www.eurofound.europa.eu/observatories/eurwork/industrial-relations-dictionary/right-to-disconnect>, 最近访问时间[2022-11-23]。

[3] See Matteo Avogaro, Right to Disconnect: French and Italian Proposals for Global Issue, 4 *Law Journal of Social and Labor Relations* 110, 115 (2018).

[4] See Feliciano Iudicone, Italy: New Rules to Protect Self-employed Workers and Regulate ICT-based Mobile Work, published on Aug. 02, 2017, <https://www.eurofound.europa.eu/publications/article/2017/italy-new-rules-to-protect-self-employed-workers-and-regulate-ict-based-mobile-work>, 最近访问时间[2022-11-23]。

西班牙、^[5]爱尔兰^[6]等国已通过立法明确承认了离线权。与比较法上各国密切关注数字技术给劳动保护带来的问题并作出积极应对不同,我国近年来虽然数字技术发展迅猛,与数字技术的运用密切相关的因工作与生活二者界限被数字技术可及性模糊化而导致的劳动者合法权益被侵犯的现象屡见报端,^[7]但关于劳动者是否有权在工作时间之外断开网络连接从而不接收与工作相关的电子通信、甚至不接受工作指示并提供工作等问题,相应立法政策及法律实践并未作出回答。我国劳动法学理上有观点认为,在制定《劳动基准法》及劳动法法典化背景下,应将离线权作为劳动者的一项权利明确规定下来。^[8]若能通过立法而在制定法中明确规定离线权,对数字时代劳动者的充分保护而言自然为上选,应予赞同。但是,在制定法未明确规定离线权的背景下,如何在解释论的视角下基于现行法的规定,为劳动者离线权的享有和保护提供合法性论证,具有当下的现实意义。本文即在解释论视角下讨论现行法中劳动者离线权享有和保护的规范基础,以期为制定法明确规定离线权提供基石基础。

一 离线权的性质及其保护路径

为离线权所要解决的问题及其欲实现的目的提供规范依据,首先需要明确现行法上是否存在与离线权性质及所欲实现之目的相近或吻合的权利及规则,并在此基础上明确其保护路径。

(一) 离线权性质对其保护路径的影响

关于离线权的性质,学理上已经从人权、^[9]基本权利、^[10]休息权、^[11]生活安宁权^[12]以及数字权利^[13]等不同角度作了较为充分的讨论。从解释论的角度来看,要在我国现行法未规定离线权的背景下达成离线权所欲实现之目的,即保护数字时代的劳动者在休息时间不受来自用人单位通过电子通讯方式指示其从事与工作相关的活动的打扰,最为便捷的方式是基于相同的性质以及相近的内容而将该项权利纳入现行法律体系下既有权利的涵摄范畴,并藉此在既有权利的保护规则中寻得规范依据。循此思路,关于离线权性质的探讨为将离线权归入我国现行法律体系下的权利范畴提供分析思路。

[5] See Tina Weber & Oscar Vargas Llave, Right to Disconnect: Exploring Company Practices, Publications Office of the European Union (Eurofound), 2021, p. 16.

[6] See Eurofound, Right to Disconnect: Exploring Company Practices, https://www.eurofound.europa.eu/sites/default/files/ef_publication/field_ef_document/ef21049en.pdf, p. 15, 最近访问时间[2022-11-23]。

[7] 参见邹倜然、程文雅、郁诗怡:《下班后,“工作微信”该不该回?》,《工人日报》2018年9月18日第6版。

[8] 参见谢增毅:《离线权的法律属性与规则建构》,《政治与法律》2022年第11期,第45-46页。

[9] See Olga Chesalina, The Legal Nature and the Place of the Right to Disconnect in European and in Russian Labour Law, 9 *Russian Law Journal* 36, 40 (2021).

[10] 参见谢增毅:《离线权的法律属性与规则建构》,《政治与法律》2022年第11期,第43页。

[11] 参见周湖勇、钱伟:《互联网时代劳动者离线权保障探究》,《温州大学学报(社会科学版)》2018年第5期,第3-4页。

[12] 参见葛家欣:《数字时代劳动者离线权保障:欧盟经验与中国路径》,《北京航空航天大学学报(社会科学版)》2022年第5期,第100页。

[13] 参见朱晓峰:《数字时代劳动者权利保护论》,《浙江大学学报(人文社会科学版)》2020年第1期,第47页。

首先是离线权是否属于人权范畴。尽管我国宪法上的人权条款不能直接作为裁判依据而发挥规范作用,但其在现行法的权利体系中仍具有基础作用,是部门法上众多具体权利的渊源以及合法性论证基础。因此,若能将离线权归入人权范畴,则可为下一步将其归入以人权保障和实现为目的的具体权利范畴提供合法性论证。对于宪法上的人权而言,其以自然权利或道德权利为逻辑起点,即使制定法对重要的具体人权类型进行列举规定或者实现了权利的法定化,也并不能斩断人权与道德权利之间的内在联系,被制定法列举规定或法定化了的具体权利亦以道德权利内含的基本价值为基础。由于道德权利中的“道德”是指“对所有的人的普遍和平等的尊重,尊重其作为不可替代的个体的人的地位,尊重其自主的决定和基础性、本质性的利益需求”,^[14]因此,人权既然以普遍的且与平等有关的应获同等尊重的道德为基础,那么其必然内含这样的意蕴,即每个人都应当作为自主且平等的个体而获得承认,亦即每个人都享有以一种平等的尊重得到对待的道德权利。^[15]即使某项道德权利未被法定化或未被制定法明确规定出来,但道德权利本身所具有的个体应被平等尊重的属性,使得作为道德权利的人权本身亦具有了向错综复杂的社会生活开放的属性,从而使那些未被制定法规定的道德权利可以经由人权的法律保护而获得法律上的关注并在条件具备时获得保护。据此,尚未被现行法明确承认的离线权经由宪法上的人权条款而纳入现行法律体系关注的领域,具有广阔的解释空间。另外,离线权的核心目的及相应的主要内容即在于使数字时代劳动者的生命安全、身体健康及获得有尊严的工作条件等获得尊重,这与作为道德权利的人权所具有的个体应被平等尊重的属性相同,事实上也属于宪法上人权条款可以涵摄的类型。从比较法经验来看,承认离线权并给予其以适当保护的國家,亦主要是在人权基础上展开相应的法律实践。^[16]

离线权因具有人权属性而纳入宪法上人权条款的涵摄范畴,虽然不能为离线权获得保护提供直接的裁判依据,但可以据此在现行法中为那些以体现和落实人权为目标的具体权利涵摄离线权意欲解决之问题提供合法性论证基础。如前所述,离线权的核心目标是通过赋予劳动者离线权以使其享有在非工作时间自由安排其生活的权利,这显现出了与现行法上同样以落实人权保护为目标的休息权相近的目标,即通过必要的休息休养维护劳动者身体健康及劳动效率。但若据此即将离线权归入休息权的范畴而意欲通过劳动法上既有的休息权规则解决离线权所面对的问题,在数字时代可能遭受下述两方面的诘难:一是休息权的界定与保护通常以传统的全日制劳动用工模式为典型样态,这种用工模式在工作时间安排上具有较强的稳定性,^[17]但数字时代的用工模式与传统典型用工模式不同,其更多地呈现出弹性化、灵活化的特征。其中,因数字技术的广泛运用而使工作和生活界限难以清晰界分即为新型用工模式带来的亟需解决的问题。对此,传统用工模式

[14] 甘绍平:《关于人权概念的两个哲学论争》,《哲学动态》2009年第1期,第22页。

[15] Vgl. Stefan Gosepath, Zu Begründungen sozialer Menschenrechte, in: Stefan Gosepath/Georg Lohmann (Hrsg.), Philosophie der Menschenrechte, 1998, S. 151.

[16] 比较法上关于离线权的法律实践及相应的学理讨论从基本权利转向人权的讨论,具体参见 Olga Chesalina, The Legal Nature and the Place of the Right to Disconnect in European and in Russian Labour Law, 9 *Russian Law Journal* 36, 39-42 (2021)。

[17] 参见王玉:《工作时间基准的体系构造及立法完善》,《法律科学(西北政法大学学报)》2016年第1期,第125页。

中的工时制度等,事实上难以发挥保护劳动者休息权的功能,若此时再将离线权归入休息权范畴,自然也会面临休息权在当今数字时代所遭遇的难题。二是将离线权归入休息权,会使离线权的本质模糊化,弱化离线权的保护强度。虽然休息权具有人权属性,是劳动者维持其尊严、发展其人格的一项权利,但其也是一项法定权利。^[18] 该法定权利的内涵外延是相对清晰确定的,在制定法未明确规定离线权的背景下,将离线权作为休息权对待,会使前述那些无法被休息权保护规则涵摄的用工模式中的劳动者利益被忽视或者在遭受侵害时难以得到救济。就此而言,将离线权归入与其性质相近并且具有相同目标的休息权范畴,并不能解决离线权在数字时代所要面对的问题,因此需另辟蹊径。

除劳动法上的休息权之外,能为用人单位与劳动者之间的权利义务关系调整提供规范依据的还有民法。如前所述,由于离线权的目的在于使劳动者在休息时间免于被随时随地的数字技术及通讯设备等打扰而能依其自主意志安排私人生活,从而保持其人格尊严并充分发展其人格,^[19]这就与民法上同样以落实人权保护为目标的人格权之间存在建立规范联系的解释空间。具体来讲,人格权中的生活安宁权以个人的私生活应受尊重为基础,而离线权亦旨在保护劳动者工作时间之外的私人生活不受打扰,在此意义上可以说离线权保护的劳动者私人生活安宁构成民法上生活安宁权的一个片段。二者的核心区别是,离线权保护的生活安宁是劳动者的,离线权调整劳动者和用人单位之间的关系,具有身份属性;而生活安宁权则不受身份限制,为每个自然人平等享有,属于人格权益。^[20] 由此导致的疑问是,即使生活安宁权和离线权二者都将关注重点集中在个人的生活安宁上,但二者在法律属性上是否也因为前述身份因素的介入而存在着不能将生活安宁权说所说的离线权与生活安宁权之间认定为特殊与一般的关系,从而不能依“法律有特别规定依其特别规定,无特别规定依一般规定”的规范适用规则来解决离线权未被法律明确规定时的规范适用问题?^[21] 对此,首先应予肯定的是,劳动者享有离线权与其具备特定身份有关,用人单位应尊重劳动者的离线权也与其具备的特定身份有关,这就使离线权具有身份属性。但对劳动者而言,其首先是作为一个应受尊重的人而存在,无论是用人单位还是任何其他人,都负有尊重其个人生活而不得侵犯的义务。亦即,剔除或增加特定身份性因素,虽然会在时空范围等因素上影响对个人生活安宁的保护范围与程度,但并不影响个人生活应被尊重本身。或者进一步讲,尽管离线权受劳动者和用人单位身份因素的影响,但这种身份因素并不影响离线权的人格权属性,将之归入民法上的生活安宁权范畴,具有正当性基础。

另外,考虑到离线权要防范用人单位可能在劳动者休息时间通过电子通讯工具侵扰其生活安宁,而利用电子通讯工具实施侵害行为又以用人单位利用劳动者个人信息为前

[18] 参见蓝寿荣:《休息何以成为权利——劳动者休息权的属性与价值探析》,《法学评论》2014年第4期,第84页。

[19] 参见葛家欣:《数字时代劳动者离线权保障:欧盟经验与中国路径》,《北京航空航天大学学报(社会科学版)》2022年第5期,第100页。

[20] 参见黄薇主编:《中华人民共和国民法典人格权编解读》,中国法制出版社2020年版,第196页。

[21] 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》,《中外法学》2017年第6期,第1521页。

提,因此除生活安宁权外,离线权还可以与个人信息权益建立起规范联系,将于此情形下用人单位利用劳动者个人信息联系劳动者的行为纳入个人信息保护规范的调整范畴,从而在作为数字权利的个人信息权益规范体系中寻得规范依据,并在规制方式上强调数字权利所具有的过程控制以及通过技术控制技术的特点。^[22]

总之,将离线权纳入宪法上人权条款的调整范畴,并因着相同的目的及性质,在离线权与民法上的生活安宁权及作为数字权利的个人信息权益之间建立起联系,可以在我国劳动法尚未明确规定离线权的背景下为离线权的保护提供解释论上的论证空间。

(二) 离线权可以经由作为劳动法之一般法的民法获得保护

在考虑适用民法上的生活安宁权规则等为离线权提供保护前,尚需要解决一个法律规则适用方面的前提问题,即劳动法和民法之间是什么样的规范关系?何以劳动法上的问题在劳动法未有规定时可以通过民法进行调整?对此,学理上存在不同观点。独立调整说认为,劳动法既非私法,亦非公法,而是兼具公私法属性的社会法且属于独立的部门法,^[23]这种公私兼容的属性及独立性使劳动法领域的问题只能由劳动法来调整,如劳动合同纠纷等即使在《劳动合同法》等制定法中没有规定,也不能适用民法上的规定和一般原理处理。^[24]特别法说认为,劳动法与民法之间是特别法和一般法的关系,因此在法律适用上应遵循特别法规定优先适用于一般法而一般法补充特别法的规则。^[25]

独立调整说以用人单位和劳动者之间存在的依附性关系为基础,认为劳动法作为独立的部门法可以给劳动关系中处于弱势一方的劳动者以更充分的保护,并且劳动法的规则本身具有自洽性,毋需也不能以民法规范体系为基础并借助其完善自身。问题是,现行法框架下依附性关系的本质并非劳动者提供劳动而用人单位给予报酬并进行相应管理的人身财产关系,其毋宁是需要用人单位进一步确定给付内容的债的关系,属于民法规范调整的对象,并且当代社会背景下通过市场配置劳动力资源使劳动法先天即无法脱离民法而单独存在,劳动法只能就劳动领域具有特殊性的问题作出规定,其不需要也不可能将市场中的一般交易规则全部纳入其中,这就导致其如果脱离民法就难以自足。至于劳动法可以给予劳动者更多保护、劳动关系中的特殊照顾义务以及劳动法包含公法规则等问题,也可以在民法规范体系和理论框架下得到合理解释。^[26]亦即,当劳动法没有就离线权问题作出规定时,可以回溯至作为其一般法而存在的民法之中寻求解决相应问题的规范基础,以填补作为特别法的劳动法未能因时代的变革而及时修正所存在的漏洞,为劳动者提供更充分的保护。

(三) 离线权可以通过生活安宁权规则+个人信息保护规则予以保护

在现行法律体系下,离线权经由民法而获得保护,主要是其可以作为《民法典》上的生活安宁权而在隐私权的消极防御模式中获得保护,同时也可以作为一种数字权利而在

[22] 参见谢增毅:《离线权的法律属性与规则建构》,《政治与法律》2022年第11期,第43页。

[23] 参见林嘉著:《劳动法和社会保障法》,中国人民大学出版社2014年版,第35页。

[24] 参见林嘉:《劳动合同若干法律问题研究》,《法学家》2003年第6期,第67页。

[25] 参见王全兴著:《劳动法》,法律出版社2017年版,第46页。

[26] 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》,《中外法学》2017年第6期,第1506页。

《个人信息保护法》确立的关于个人信息的行为规制模式中获得保护。对此,我国学理上有质疑观点认为,比较法上离线权的确定及其保护的意義在于两个方面:其前提意义是基于工作时间限制以及休息权的保障,依托劳动基准及其监察机制确保休息权的实现;^[27]其结果意义是在法律上明确劳动者的离线权,并且确认离线权的正当性,以避免单位将此作为不当行为,对劳动者在后续的劳动关系中进行解除等惩戒、报复或解雇。^[28]因此,基于侵权的保护可能无法体现离线权以及其保障制度所承载的上述目标。确实,比较法上离线权的核心是在劳动基准及其监察机制正常运行的基础上,通过赋予劳动者在工作时间之外脱离工作且不参与和工作有关的电子通信的权利,以保障其以人格尊严为基础的私人生活安宁和以人格自由发展为基础的通过自主安排其私生活以完善自身人格的自主性,并使其不因离线权的行使而被用人单位惩戒和报复。与此相比,生活安宁权的核心意旨在于赋予自然人基于人格尊严而生的私人生活安宁享有不被非法侵害的权利,对权利人而言,其无法积极作为以实现此项权利,通常只能在权利被侵害或有侵害之虞时主张侵权法上的救济,因此,其采用的是一种消极防御的保护模式。这虽然与离线权在目的上具有同一性,但在权利的实现方式上显然并不相同,因为离线权主要是赋予权利人以积极作为的权利来保障其私人生活安宁的实现。同样地,个人信息的行为规制模式在劳动者个人信息保护问题上也主要是从用人单位的视角来调整用人单位处理劳动者个人信息的行为边界,尽管在该行为规制模式中也会考虑劳动基准及其监察机制的问题,从而达到积极预防劳动者工作时间之外来自用人单位的与工作相关之电子通信干扰的效果,但其核心意旨仍在于确立用人单位的行为界限,而非赋予劳动者积极作为的权利,与离线权亦不完全相同。在此意义上,无论是生活安宁权的消极防御保护模式,还是个人信息的行为规制模式,事实上都无法完全涵盖离线权的全部内容。

但是,如果从体系解释的视角来看,考虑到我国现行法秩序内外体系融贯性的需要,对于以人格尊严为首要价值的《民法典》^[29]和以个人信息保护为第一目的的《个人信息保护法》^[30]所共同构筑起来的人格权益保护规范体系而言,在劳动法未规定离线权的背景下,基于充分保护劳动者人格尊严的目的,可以将作为一般法的《民法典》上的生活安宁权保护规则与《个人信息保护法》上的个人信息保护规则结合起来,使其在离线权所涉法律问题的规范调整上“开展共同创设法效果的力量”,^[31]从而有望在如下两个面向解决现行法未规定离线权所面临的难题。

第一个面向是,离线权所内涵的赋予劳动者积极作为的权利以防范其工作时间之外的私人生活被侵犯,在现行法律体系下可以交由《个人信息保护法》所确立的个人信息保护规则来解决,即用人单位使用劳动者个人信息,在劳动者工作时间之外通过数字工具指

[27] 参见邱羽凡:《当前劳工离线权之理念与实务——以欧盟国家之发展为参考》,我国台湾地区《裁判时报》2022年第8期,第93-94页。

[28] 参见谢增毅:《离线权的法律属性与规则建构》,《政治与法律》2022年第11期,第41页。

[29] 参见王利明:《人格尊严:民法典人格权编的首要价值》,《当代法学》2021年第1期,第3页。

[30] 参见江必新、郭锋主编:《〈中华人民共和国个人信息保护法〉条文理解与适用》,人民法院出版社2021年版,第9页。

[31] 参见朱晓峰:《人格权侵害民事责任认定条款适用论》,《中国法学》2021年第4期,第46页。

示其从事与工作相关的活动,应符合劳动基准及其监察机制的要求,如果用人单位违反这些要求且不能证明其没有过错,则依法应承担侵权责任及相应的行政责任,以此可以督促用人单位在劳动者个人信息处理领域的合规建设,预防相应侵害行为的发生;

第二个面向是,离线权所要实现的目的即对劳动者人格尊严的保护,在现行法律体系下可以交由《民法典》确立的生活安宁权保护规则来解决,即如果用人单位在劳动者非工作时间通过数字工具指示其从事与工作相关的活动,侵扰其私人生活安宁,如果用人单位不能证明该行为具有正当的抗辩事由,则该行为即具有不法性,应承担相应的侵权责任。

据此,在涉及用人单位具体行为的法律效果评价中,前述两个面向的结合主要有如下效果:一是,第一个面向中通过个人信息行为规制模式施加给用人单位的义务,使其负有义务证明自己并非在非工作时间利用劳动者个人信息向其发布与工作相关的指示,或者自己在非工作时间利用劳动者个人信息向其发布与工作相关的指示有正当理由,可以解决第二个面向中劳动者通过消极防御的权利保护模式主张生活安宁权被侵犯时所涉的关于劳动基准如工作时间标准等被违反时的证明难题。二是,第一个面向强调的个人信息保护行为规制模式中用人单位的积极作为义务以及该义务违反后产生的行政责任、民事责任等,可以与第二个面向关注的权利保护模式中劳动者享有的消极防御式的救济权利相结合,使比较法上离线权具有的兼具积极主动与消极防御的特性,在我国现行法规中也可以找到安身之所。概言之,生活安宁权保护规则与个人信息保护规则相结合的方式基本上可以涵摄比较法上离线权所要解决的问题,保护劳动者工作时间之外的合法权益不会因数字技术的可及性而被肆意侵害,在立法上未承认离线权的背景下可以适当缓解数字技术的广泛运用所带来的劳动者工作与生活界限难以清晰界定而导致的法律保护上的难题。

离线权的生活安宁权属性及数字权利属性,可以在劳动法与民法的特别法与一般法的规范关系中,使离线权所要解决的劳动者保护问题在劳动法没有特别规定时,能够通过《民法典》上的生活安宁权规则和《个人信息保护法》中的个人信息保护规则来涵摄,从而在数字时代及时回应数字技术在工作领域广泛应用给劳动法带来的挑战,为劳动者人格尊严、人格自由发展提供充分的法律保护。

二 离线权民法保护的具体规范构造

我国现行法上虽然没有规定离线权规则,但在现代法治国家禁止拒绝裁判的基本法治理念之下,^[32]对于离线权关注的劳动者在工作时间之外是否有权脱离工作且不参与和工作有关的电子通信问题,可以在现行法律体系下通过解释论的方法,与《民法典》上的生活安宁权保护规则与《个人信息保护法》上的个人信息保护规则联系起来,从而在赋权保护模式和行为规制模式的两相结合中探寻相应问题的解决方案。

(一) 经由生活安宁权保护规则保护离线权

在劳动法上尚未规定离线权的背景下,对于离线权所关注的劳动者保护问题,可以回

[32] Vgl. Rolf Wank, Die Auslegung von Gesetzen, 2015, Rn. 83.

溯至《民法典》等保护生活安宁等人格权益的一般法中来探寻规范基础。这样,问题的焦点就回到了民法中的生活安宁权上。事实上,在《民法典》颁布之前,我国学理上对是否应将生活安宁权规定为独立的具体人格权存在争议。支持生活安宁权作为独立的人格权类型在《民法典》中加以规定的观点认为,生活安宁权是自然人享有维持安稳宁静的私生活状态并排除不法侵扰的权利,在数字时代,安宁生活利益难以为隐私权所包容,为确保自然人人格尊严及其较高幸福感的和谐私人生活,完善人格权的类型及体系,应使生活安宁权成为独立的法益类型,并将之作为具体人格权类型规定在民法典中。^[33] 有观点认为,生活安宁权作为私法上的一种人格权应在民法典中加以规定,但既不应将之与隐私权相分离而单独规定为一种具体人格权类型,也不应将之作为一般人格权的涵摄对象对待,而是应将之纳入隐私权范畴,作为隐私权的重要组成部分,考虑到生活安宁权与隐私权在客体上存在的差异,可以使其成为一种特殊的隐私权。^[34]

《民法典》第1032条第2款将私人生活安宁作为隐私的一种具体类型加以规定,由此使私人生活安宁成为了隐私权涵摄保护的对象,生活安宁权和私密空间权、私密活动权、私密信息权共同构成隐私权,前者与后者为具体和一般的关系,这既与将生活安宁权作为独立的具体人格权的观点和作为一般人格权对待的观点不同,也与折衷观点所持的生活安宁权构成特殊的隐私权立场不同。依据《民法典》第1033条规定,作为生活安宁权的隐私权的典型侵害方式普遍与数字技术相关,例如该条第1项列举的以电话、短信、即时通讯工具、电子邮件等方式侵扰私人生活安宁,与对私密空间、私密活动和私密信息的侵害方式有所不同。另外,结合《民法典》第1032条第2款与第1033条规定,作为隐私权的生活安宁权并未将侵入他人住宅、窃听私人电话、拆阅他人信件、偷窥他人行踪等侵害行为作为调整对象,因此,应在狭义而非广义上理解《民法典》上的生活安宁权。^[35] 那么,究竟应如何理解《民法典》第1032条以下确立的狭义的生活安宁权及相应的保护规则与离线权所要解决的问题之间的规范关系呢?

如前所述,比较法上的“离线”是劳动者在工作时间之外不通过数字通讯工具展开与其工作相关的通信或劳动,而“离线权”就是劳动者在工作时间之外有权不通过数字通讯工具展开与其工作相关的通信或劳动,并且劳动者不能因在工作时间之外关闭和工作相关的数字通讯工具及不回应用人单位的要求而遭受被解雇或其他报复措施等不利后果。相应地,用人单位无权通过数字通信工具在劳动者工作时间之外打扰其生活安宁并要求其工作。^[36] 据此,可以将离线权的特征归纳如下:第一,离线权的调整对象是存在劳动关系的劳动者和用人单位之间的关系,对不在特定劳动关系中的自然人而言,并不享有离线权;^[37]

[33] 参见刘保玉、周玉辉:《论安宁生活权》,《当代法学》2013年第2期,第49页。

[34] 参见王利明:《生活安宁权:一种特殊的隐私权》,《中州学刊》2019年第7期,第46页。

[35] 参见黄薇主编:《中华人民共和国民法典人格权编解读》,中国法制出版社2020年版,第196页。

[36] See The European Parliament, European Parliament Resolution of 21 January 2021 with Recommendations to the Commission on the Right to Disconnect [2019/2181 (INL)], European Parliament (Jan. 21, 2021), https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2021-0021_EN.html, 最近访问时间[2022-12-02]。

[37] See Olga Chesalina, The Legal Nature and the Place of the Right to Disconnect in European and in Russian Labour Law, 9 *Russian Law Journal* 36, 42-43 (2021).

第二,离线权的主要内容包括两方面,一是法律赋予劳动者具备条件时可以关闭与工作相关的数字工具并且不回应用人单位的权利,二是用人单位负有尊重劳动者私人生活安宁而不予打扰的义务;^[38]第三,离线权的行使期间是劳动者工作时间之外的时间,换言之,工作时间之内,劳动者应依据法律规定和当事人约定从事工作;第四,在离线权行使的后果方面,考虑到劳动者与用人单位之间存在持续性的劳动关系,因此离线权的行使不得使劳动者陷入不利境地,即用人单位不得因劳动者行使离线权而报复之;^[39]第五,离线权与数字技术的大规模使用相关,赋予劳动者不通过数字工具通信或工作的权利,同时用人单位负有不得通过数字工具向劳动者发布工作指示或提出工作要求的义务,因此区别于传统的休息权或在非工作时间的拒绝工作权。

比较以观,《民法典》的生活安宁权首先在调整对象方面并无身份限制,存在着将那些有身份关系的特定人彼此之间的侵扰生活安宁的行为纳入进来的解释空间。其次,生活安宁权的主要内容是承认自然人私人生活安宁利益受法律保护,权利人为了私人生活安宁利益的实现当然可以关闭各种可能影响其独处的数字工具,相应地,其他人则应尊重他人私人生活安宁而当然不得非法侵扰之。换言之,离线权所要实现的主要目标亦在生活安宁权的射程之内。再次,生活安宁权的行使并没有时间限制,当然亦可以包含有时间限制的离线权的行使期间。复次,法律既然承认自然人享有生活安宁权,那就意味着权利人在权利范围内享有相应的行为自由并可以因此获益,若其因权利的行使而遭受不利,那么与法律认可权利的目的相违背。与此不同,离线权之所以规定劳动者行使离线权免受不利后果,主要是考虑到用人单位对劳动者实际上享有的优势地位而在劳动者行使离线权后可能滥用其优势地位侵害劳动者合法权益,因此将离线权行使之后可能出现的不利情形予以明确禁止,旨在更充分地保障离线权的行使,但此举并不影响离线权本身作为权利而使劳动者因此受益的属性。最后,依据《民法典》第 1033 条第 1 项,我国现行法中的生活安宁权主要的侵害形式也与数字技术相关,与数字时代背景下出现的离线权数字权利属性相契合。因此,比较法上的离线权及其主要规则基本上处于《民法典》第 1032 条以下确立的生活安宁权规则的涵摄范围之内,在特别法未对离线权作出明确规定前,可以通过《民法典》确立的生活安宁权规则为相关法律问题的解决提供规范基础。

总结来看,离线权正面赋予劳动者对基于人格尊严、人格自由而生的私人安宁生活应受尊重而不被非法侵扰的权利,反面禁止用人单位在工作时间之外通过数字工具向劳动者发布工作指示或要求其从事与工作相关的活动,表明用人单位在非工作时间通过数字工具指示劳动者提供与工作相关的劳动这一行为本身具有不法性,属于《民法典》第 1033 条第 1 项规定的利用劳动者电话号码、电子邮件等个人信息侵扰劳动者私人生活安宁的侵权行为,^[40]在没有特别规定时可以通过《民法典》上的一般侵权条款即第 1165 条第 1

[38] See Luiza Lungu, *The Right to Disconnect - A Necessary Demarcation between Professional and Private Life*, Conferinta Internationala de Drept, Studii Europene si Relatii Internationale 2021, 2021, p. 178.

[39] See Eurofound, *Right to Disconnect: Exploring Company Practices*, https://www.eurofound.europa.eu/sites/default/files/ef_publication/field_ef_document/ef21049en.pdf, p. 15, 最近访问时间[2022-11-23]。

[40] 参见最高人民法院民法典贯彻实施工作领导小组主编:《中华人民共和国民法典人格权编理解与适用》,人民法院出版社 2020 年版,第 347 页。

款行使相应的侵权损害赔偿请求权,也可以依据《民法典》第 1167 条行使停止侵害等绝对权请求权。

(二) 经由个人信息保护规则保护的离线权

《民法典》的生活安宁权规则可以为离线权所欲实现之目的,即劳动者在非工作时间的私人生活安宁及其背后的人格尊严和人格自由发展提供保护,但此种保护也有不足,导致其难以独自完全涵摄离线权所要解决的问题:一是生活安宁权是典型的消极防御型权利,通常只能在劳动者私人生活安宁被侵犯或有被侵犯之虞时才能主张相应的法律救济,对数字时代深陷工作与生界限不清泥淖的劳动者而言保护过于消极;二是生活安宁权规则采取的是赋权型保护模式,通常要求受害人证明权利被侵害的事实构成,这在劳动者生活安宁权侵害情形中不可避免地会与标准工时等劳动基准的证明与判断联系起来,而这对数字时代用工模式中本就处于劣势地位的劳动者来讲事实上难以证明。因此,需要在作为最后防线的生活安宁权保护规则之外,另外寻求更为积极主动且在证明问题上更有利于劳动者一方的保护规则。对此,可以将关注的重点暂时又重新回转到离线权本身。如前所述,离线权一方面赋予劳动者断开数字工具链接并拒绝回应用人单位的权利,另一方面也意在使用用人单位负有在非工作时间尊重劳动者私人生活安宁而不通过数字工具指示劳动者从事与工作相关的活动的义务,^[41]由此充分保障劳动者人格尊严、人格自由的实现。因此,在离线权的实际运行中,无论是劳动者享有权利的实现,还是用人单位所负义务的履行,都与通过数字工具使用劳动者电话号码、电子邮箱地址、网络社交账号等个人信息相关。在此意义上,作为数字权利的离线权的实现,与规制个人信息处理的《个人信息保护法》联系起来也存在解释空间。依据《个人信息保护法》第 4 条,个人信息处理行为包括使用个人信息,这要求用人单位使用劳动者个人信息,在劳动者工作时间之外通过数字工具指示其从事与工作相关的活动时,也应当符合《个人信息保护法》规定的基本原则与具体规则。

就基本原则而言,用人单位在非工作时间使用劳动者个人信息并通过数字工具向其发布与工作相关的指示时,应当符合《个人信息保护法》第 5 条规定的合法、正当、必要和诚信原则,不得通过误导、欺诈、胁迫等方式使用劳动者个人信息;符合第 6 条规定的使用劳动者个人信息应当具有明确、合理的目的;符合第 7 条规定的使用劳动者个人信息应当遵循公开、透明原则,公开劳动者个人信息的使用规则,明示使用的目的、方式和范围;符合第 10 条的要求,不得非法使用劳动者个人信息。若用人单位违反《民法典》第 1033 条第 1 项规定在非工作时间侵扰劳动者私人生活安宁,亦属于《个人信息保护法》第 5 条、第 10 条涵摄的非法行为。

就具体规则而言,从《个人信息保护法》第 13 条第 1 款列举的无需个人同意的情形来看,对用人单位使用劳动者个人信息行为产生直接规范效力的是第 2 项,即处理个人信息“为订立、履行个人作为一方当事人的合同所必需,或者按照依法制定的劳动规章制度

[41] See Olga Chesalina, The Legal Nature and the Place of the Right to Disconnect in European and in Russian Labour Law, 9 *Russian Law Journal* 36, 38-39 (2021).

和依法签订的集体合同实施人力资源管理所必需”。如前所述,劳动者和用人单位相互之间的身份关系对劳动者生活安宁权的享有与保护存在影响,受此影响,比较法上即使承认离线权的国家也注重通过集体协议制度等来落实离线权对劳动者的保护。^[42] 部分未明确承认离线权的国家如德国、丹麦也主要是通过集体协议规制劳动者过度工作和保护劳动者私人生活安宁。^[43] 在此意义上,《个人信息保护法》确立的个人信息处理的基本原则与该法第 13 条第 1 款第 2 项规定的具体规则结合起来,实际上可以涵摄比较法上离线权规则所要解决的用人单位在非工作时间使用劳动者个人信息向其发布与工作相关的指示以致其生活安宁受侵扰的问题。对此,具体可以区分为三种情形讨论:

第一,劳动者同意用人单位使用其个人信息时,只要劳动者的同意符合《个人信息保护法》第 14 条规定的条件,那么即使用人单位使用个人信息并非《个人信息保护法》第 13 条第 1 款第 2 项规定的为订立、履行合同所“必需”或者按照依法制定的劳动规章制度和依法签订的集体合同实施人力资源管理所“必需”,用人单位也可以使用劳动者的个人信息。当然,用人单位即使已经获得劳动者同意,其使用个人信息也应遵循《个人信息保护法》第 5 条以下确立的基本原则,^[44]且劳动者有权依据该法第 15 条第 1 款随时撤回其同意,^[45]此时可以类推适用该法第 16 条而使用人单位在劳动者撤回同意后不得实施对其不利的报复行为等。

第二,没有取得劳动者同意的情形下,当满足《个人信息保护法》第 13 条第 1 款第 2 项规定的条件时,用人单位也可以使用劳动者个人信息,这主要包括两种情形。第一种是履行劳动合同场合用人单位使用劳动者个人信息,此时需要满足的条件有二:一是劳动合同有效存在;二是用人单位使用劳动者个人信息是履行劳动合同所必需的。第二种是用人单位实施人力资源管理活动时使用劳动者个人信息,此时需要满足的条件有二:一是其应当按照依法制定的劳动规章制度和依法签订的集体合同来实施人力资源管理;二是为用人单位实施人力资源管理活动所必需。显然,这两种情形下都要求相应的使用是“必需”的,^[46]超出“必需”范畴,则相应的使用行为即具有不法性。

第三,若用人单位既没有依据《个人信息保护法》第 14 条取得劳动者的同意,也不存在第 13 条第 1 款第 2 项至第 7 项列举的情形,或者存在第 13 条第 1 款第 2 项列举的“为履行个人作为一方当事人的合同所需,或者按照依法制定的劳动规章制度和依法签订的集体合同实施人力资源管理所需”,但尚未达到“必需”标准的,则用人单位使用劳动者电话号码、电子邮件地址等个人信息并通过数字工具在其工作时间之外发布与工作相关的指示的行为,属于侵害个人信息的行为,可以依据该法第 69 条确定相应的侵权责任。

[42] See Tina Weber & Oscar Vargas Llave, Right to Disconnect: Exploring Company Practices, Publications Office of the European Union (Eurofound), 2021, p. 15.

[43] See Oscar Vargas-Llave & Irene Mandl & Tina Weber & Mathijn Wilkens, Telework and ICT-based Mobile Work: Flexible Working in the Digital Age, Publications Office of the European Union (Eurofound), 2020, pp. 51-52.

[44] 参见江必新、郭锋主编:《〈中华人民共和国个人信息保护法〉条文理解与适用》,人民法院出版社 2021 年版,第 130 页。

[45] 参见张新宝主编:《〈中华人民共和国个人信息保护法〉释义》,人民出版社 2021 年版,第 113 页。

[46] 参见高飞主编:《中华人民共和国个人信息保护法解读》,中国法制出版社 2022 年版,第 49-50 页。

显然,与生活安宁权保护规则不同,个人信息保护规则整体上采用行为规制模式,其通过明确个人信息处理者处理个人信息时应履行的义务以及与之相关的行为界限来强化对个人信息的保护。亦即,《个人信息保护法》采用的行为规制模式,将用人单位使用劳动者电话、电子邮件等个人信息并通过数字工具在劳动者工作时间之外向其发布与工作相关的指示的行为,纳入了现行法的调整范畴,强制用人单位在从事相应指示行为时注意遵守劳动基准等,^[47]以积极预防相应侵害行为的发生,由此可以解决生活安宁权保护规则在实践中过于消极被动的问题,从而与生活安宁权保护规则共同筑起数字时代劳动者权益保护的屏障。

综上,在我国现行法未规定离线权的背景下,《民法典》第 1032 条与第 1033 条第 1 项规定的生活安宁权保护规则,与《个人信息保护法》第 13 条等规定的个人信息保护规则结合起来,可以克服生活安宁权保护规则独自调整时所面临的过于消极被动且难以证明的困难,适度回应了数字技术在劳动领域广泛应用导致的劳动者合法权益保护不力的问题,彰显了现行法律体系保护自然人人格尊严的基本价值追求。

三 离线权民法保护规范在侵权责任认定中的具体适用

从比较法上关于离线权的实践经验来看,虽然已有国家在立法上明确承认离线权,但究竟如何落实离线权,仍存在诸多不确定因素。这主要包括:第一,用人单位可以与劳动者通过签订协议的方式,使劳动者在知情同意的前提下接收用人单位在其工作时间之外通过数字工具向其发布与工作相关的指示并从事相应工作,特别是用人单位因此向劳动者支付额外报酬时,^[48]劳动者是否还有权以生活安宁等被侵犯为由向用人单位主张法律责任?第二,基于用人单位与劳动者之间的特殊身份关系,二者的利益既相互依存又存在冲突,劳动者因人格尊严、人格自由而生的私人生活安宁利益以及对于个人信息的自主决定等人格权益,亦会因其在特定劳动关系中的身份因素而受到限制,^[49]由此使用用人单位在工作时间之外通过电话、电子邮件等方式向其发布与工作相关的指示时,该行为与劳动者应受保护的权益之间的界限为何,是否构成侵权,在具体的认定上仍存在困难;第三,相较于用人单位,劳动者无论在知识能力、经济能力还是技术能力上,都普遍处于弱势地位,因此即使用用人单位利用自己的优势地位侵害劳动者私人生活安宁或个人信息,劳动者担心来自用人单位的报复事实上也不愿或难以向用人单位主张责任等。^[50]对这些问题,在生活安宁权和个人信息权益保护规则的规范体系下,可以从如下三方面展开讨论。

(一) 劳动者同意的界限与离线权的限制

用人单位在未取得劳动者同意的情形下,在工作时间之外通过使用电话、短信、即时

[47] 参见程啸著:《个人信息保护法理解与适用》,中国法制出版社 2022 年版,第 129-130 页。

[48] See Tyler Jochman, Effects on Employees' Compensation under the Right to Disconnect, 22 *Marquette Benefits & Social Welfare Law Review* 209, 221 (2021).

[49] 参见王雷:《〈民法典〉人格权编中的参照适用法律技术》,《当代法学》2022 年第 4 期,第 120 页。

[50] See Paul M. Secunda, The Employee Right to Disconnect, 9 *Notre Dame Journal of International & Comparative Law* 1, 25-26 (2019).

通讯工具、电子邮件等数字工具向劳动者发布与工作相关的指示,若该指示超出了《个人信息保护法》第 13 条第 1 款第 2 项的“必需”标准,那么无论是《民法典》第 1032 条结合第 1033 条第 1 项所确立的赋权保护模式,还是《个人信息保护法》第 13 条等确立的行为规制模式,都可以确认相应行为具有违法性,亦即相应行为既侵害了以劳动者私人生活安宁为客体的人格权,也侵害了劳动者个人信息。但问题是,每个人都是自己最大利益的最佳判断者,若劳动者已经依《个人信息保护法》第 14 条同意用人单位使用其个人信息,并且亦依据《民法典》第 1033 条同意用人单位可以在其工作时间之外通过电话、短信、电子邮件等数字工具向其发布与工作相关的指示,那么用人单位利用劳动者个人信息在劳动者工作时间之外通过数字工具向其发布与工作相关的指示,是否即不具有违法性?^[51]或者说,劳动者是否可以放弃其私人生活安宁利益?用人单位是否可以因劳动者明确同意而对劳动者私人生活安宁应予尊重而不予侵害的权利实现不再负有义务?对此,仍应从现行法规定的私人生活安宁的本质出发,来理解劳动者的同意与用人单位因此的行为自由界限。

首先,私人生活安宁系基于自然人人格尊严而生,在《民法典》中属于隐私权范畴。即使劳动者已经同意用人单位可以在其工作时间之外通过电话、电子邮件等方式向其发布与工作相关的指示,也不意味着作出同意的劳动者不再享有生活安宁利益,其依然依据人格尊严而享有私人生活安宁应受尊重且不被侵扰的权利。这也意味着,用人单位在取得劳动者的同意后,在劳动者工作时间之外通过数字工具向劳动者发布与其工作相关的指示时,也应尊重劳动者的私人生活安宁。如果用人单位超出必要限度侵害劳动者的私人生活安宁,亦应承担侵权责任。

因此,劳动者的前述“同意”并非《民法典》第 992 条规定的“放弃”,而是劳动者单方做出的自愿接受用人单位在其工作时间之外通过数字工具向其发布与工作相关的指示的意思表示,该意思表示的主要法律效果并非让劳动者私人生活安宁利益不受法律保护,而是在同意的范围内使其享有的私人生活安宁利益受到限制。这种限制区别于自然人对其享有的非物质性人格权通常负有的容忍义务所产生的限制,^[52]其合法性基础在于意思自治,即劳动者可以基于特定的目的如获得更优厚的报酬或者更大的发展空间等而自愿地接受私人生活安宁利益受限制。据此,用人单位可以基于劳动者同意而在其负有的通常容忍义务基础之上,^[53]以给付给劳动者更优厚的待遇等为条件而享有更大的行为自由空间,可以在劳动者工作时间之外通过数字工具向其发布与工作相关的指示而不必承担违反《民法典》第 1033 条第 1 项或《个人信息保护法》第 13 条第 1 款第 2 项等所确立的行为规范的法律义务。同时,用人单位仍负有继续尊重劳动者基于人格尊严而享有的私人生活安宁应予尊重而不得随意侵扰的义务,劳动者的同意并未赋予用人单位任意侵扰其私人生活安宁而完全毋庸承担责任的权利。对于用人单位而言,在其因劳动者同意而享有更多限制劳动者私人生活安宁利益的自由的同时,基于《民法典》第 132 条规定,其也负

[51] 参见李群涛、高富平:《信息主体同意的适用边界》,《财经法学》2022 年第 1 期,第 3 页。

[52] Vgl. Deutsch/Ahrens, Deliktsrecht: Unerlaubte Handlungen · Schadensersatz · Schmerzensgeld, 6. Aufl. 2014, Rn. 267.

[53] 参见程啸著:《人格权研究》,中国人民大学出版社 2022 年版,第 14-15 页。

有不得滥用民事权利损害他人合法权益的义务。当用人单位滥用劳动者同意给予其的自由并导致劳动者私人生活安宁利益受损时,自然应依法承担法律责任。

(二) 离线权侵害民事责任认定中的利益权衡

用人单位未经劳动者同意而侵扰其私人生活安宁或超出履行劳动合同、实施人力资源管理所必需的范围,利用劳动者个人信息并在非工作时间通过数字工具向其发布与工作相关的指示,违反了《民法典》第 1033 条第 1 项及《个人信息保护法》第 13 条第 1 款第 2 项规定的行为规范,构成行为不法,用人单位当然应承担责任,对此在理论与实务认定上并没有分歧。有疑问的是,在劳动者同意的情形下,若用人单位滥用该同意而实施侵害劳动者合法权益的行为,此时由于劳动者同意在先,因此相应行为并不符合《民法典》第 1033 条第 1 项及《个人信息保护法》第 13 条第 1 款第 2 项规定的行为规范的构成要件,难以通过用人单位违反保护性法律规定来推定用人单位所为行为的不法性,进而难以认定该行为是否构成侵权。此时,究竟应如何评价用人单位的相应行为是否构成侵权,值得进一步斟酌。

依据《民法典》第 998 条规定,人格权侵害民事责任的认定,在我国现行法律体系下存在两条途径:一条是《民法典》第 1165 条第 1 款确立的构成要件论的路径,这主要是对生命权、身体权、健康权这样的内涵外延清晰且在权利的享有与保护上并不需要经常容忍他人施加影响的物质性人格权而言,法律要对其施以最严格的保护。^[54] 另一条是《民法典》第 998 条确立的利益权衡论的路径,这主要是对非物质性人格权这样内涵外延不清晰或在权利享有上需要经常容忍他人施加影响的人格权类型而言。^[55] 因此,对于离线权涉及的私人生活安宁及个人信息的保护而言,事实上需要在《民法典》第 998 条确立的利益权衡论的路径上来展开相应侵害行为的法律效果评价。

具体来讲,当用人单位在非工作时间通过数字工具发布指示的行为违反《民法典》第 1033 条第 1 项或《个人信息保护法》第 13 条第 1 款第 2 项这样的保护性法律规定时,相应行为的法律效果可以直接依据《民法典》第 1165 条第 1 款或《个人信息保护法》第 69 条规定的构成要件来评价,因为此时构成要件法律效果评价方法所需的事实构成是被《民法典》第 1033 条第 1 项及《个人信息保护法》第 13 条第 1 款第 2 项这样的保护性法律规定预先清晰地规定出来的,违反法律预先规定的保护性法律规定构成行为不法,并且这样清晰的事实构成结合行为不法可以推定用人单位的过错,用人单位不能以自己不知法而主张不将相应责任归咎于己身,若用人单位不能证明相应行为具有合法的抗辩事由,则相应侵权责任成立。此时《民法典》第 998 条规定的利益衡量方法在劳动者合法权益侵害的责任成立认定阶段并无太多发挥空间。而当劳动者同意用人单位使用其个人信息并通过数字工具在其工作时间之外向其发布与工作相关的指示时,对用人单位相应行为是否构成侵权的判断则不能再依据《民法典》第 1033 条第 1 项及《个人信息保护法》第 13 条第 1 款第 2 项预先规定的行为规范并在构成要件的清晰阶层构造模式下展开,而是应

[54] 参见王利明主编:《中国民法典评注:人格权编》,人民法院出版社 2021 年版,第 134 页。

[55] 参见陈甦、谢鸿飞主编:《民法典评注:人格权编》,中国法制出版社 2020 年版,第 64 页。

当围绕《民法典》第 998 条规定的利益权衡方法展开,由法官在个案中综合比较权衡该条规定的各种考量因素的基础上作出最终的法律效果评价。若存在其他可能影响案件判决的因素,如用人单位在工作时间之外使用劳动者个人信息并通过数字工具向劳动者发布与工作相关的指示的同时是否支付了相应报酬等,^[56]法官可以依据该条授予的自由裁量权而将之纳入利益权衡的考量范畴。

鉴于用人单位与劳动者之间存在的特殊法律关系,在劳动者同意场合,对用人单位使用劳动者个人信息并通过数字工具在劳动者休息时间向其发布与工作相关的指示的法律效果评价,通常情形下涉及的考量因素包括用人单位所属行业与劳动者的职业、用人单位的过错程度及行为后果;而影响范围和行为目的、方式等,于此情形下并没有发挥作用的空间。这是因为用人单位通过数字工具向其发布与工作相关的指示通常仅及于劳动者本人,影响往往是确定且主要及于劳动者本人的,不会对劳动者之外的其他不特定主体产生影响;同时,用人单位在工作时间之外向劳动者通过数字工具发布指示,其目的通常应与工作相关,非以工作为目的其他侵害行为,可能在生活安宁权或者个人信息权益的涵摄范畴,但并非离线权关注的焦点。另外,用人单位的行为方式也是相对确定的,非以数字工具向劳动者发布与工作相关的指示行为不在离线权的调整范围之内。

对于可以发挥作用的用人单位所属行业和受害人的职业因素而言,主要是因为特定行业和职业的特殊属性,使劳动者通常情形下相较于其他职业而言负有更多的容忍用人单位在其工作时间之外通过数字工具向其发布与工作相关的指示的义务,因此在考虑职业因素时,通常会从两个方面进行衡量:一是特定行业本身的特殊属性,特别是用人单位在正常的业务过程中是否经常出现紧急情况,从而使用用人单位在正常的工作时间之外向劳动者发布指示的行为得以正当化;^[57]二是即使相应行业、职业本身具有特殊属性,但为了保护劳动者的生命安全、身体健康以及生活安宁等,用人单位是否也采取了必要措施,从而使相应侵害行为仅具有偶然性、临时性、可替代性等,而非经常、持续、不可替代地发生。若相应的行为仅是偶然性地、临时性地且有相应的补偿或激励措施,鉴于用人单位与劳动者之间的特殊法律关系,后者通常也不会向前者主张侵权责任。

当用人单位在工作时间之外向劳动者通过数字工具发布与工作相关的指示时,其主观上通常是明知状态,即用人单位知道或者应当知道该行为会对劳动者的私人生活安宁产生影响,或者相应行为超出了履行劳动合同或按照依法制定的劳动规章制度和依法签订的集体合同实施人力资源管理所必需的界限。这种主观状态在过错形式上属于故意范畴,道德上可谴责程度较高。特别是当用人单位经常实施侵害行为,或者违反一般人的正常作息规律而多次在午夜、凌晨等时间点实施侵害行为,^[58]那么于此的过错程度即越

[56] See Tyler Jochman, Effects on Employees' Compensation under the Right to Disconnect, 22 *Marquette Benefits & Social Welfare Law Review* 209, 221 (2021).

[57] See Paul M. Secunda, The Employee Right to Disconnect, 9 *Notre Dame Journal of International & Comparative Law* 1, 27 (2019).

[58] 参见[德]沃尔夫冈·多伊普勒著:《数字化与劳动法:互联网、劳动 4.0 和众包工作》,王建斌等译、王倩校,中国政法大学出版社 2022 年版,第 83 页。

高,可予谴责的程度亦越高。当然,非全日制用工并不像全日制用工模式中那样工作时间和非工作时间之间的界限相对清晰,因此,用人单位在实施相应行为时的主观状态也可能是过失,此种过错程度较低,若没有其他因素与该因素结合共同正向作用于侵权责任成立的认定,则不能径以过失认定用人单位的侵权责任。

从行为后果而言,用人单位在工作时间之外向劳动者通过数字工具发布与工作相关的指示,最直接的后果是劳动者的私人生活安宁及自主性被侵害,伴随着休息被侵害,相应的侵害行为会导致劳动者精神压力、抑郁、焦虑,在严重时会影响其身体健康甚至危及生命安全,并且对劳动者自主性的侵害还会使劳动者无法依据其自主意志参与家庭、社会生活和完善其自身,不但影响劳动者生产力的恢复和提高,还影响其作为尊严的人的人格自由发展。^[59] 而对作用于用人单位相应行为之法律效果评价的行为后果而言,若其愈是严重,如出现劳动者身体健康受损甚至生命安全被侵害这样的严重后果,那么其愈是能以特殊强度作用于责任成立的证成;若相应后果较为轻微,如仅表现为精神压力等,则其独立作用于责任成立认定的效果即愈弱。

由于法官在适用《民法典》第 998 条进行利益衡量时不可避免地会涉及自由裁量权的运用,而自由裁量权的运用通常又与相应法律效果评价结果的不确定性和不可预见性相关,这势必会导致当事人及公众对判决结果的不信任,进而危及法本身的威严。因此,当劳动者私人生活安宁等人格权益被侵害而法官通过利益权衡方法认定相应侵害行为的侵权责任是否成立不可避免时,可以将法官运用自由裁量权进行利益权衡的过程以可视化的方式呈现出来,以达到法律效果评价过程去神秘化并使相应法律评价具有可反驳性的效果,最终增强判决结果的说服力和可接受度。对此,同样强调事实评价以导出价值判断的比例原则所使用的阶层式分析法展现出来的清晰的阶层构造式的论证思路,可以为法官于此自由裁量权的控制提供镜鉴。

(三) 离线权侵害民事责任认定中过错的证明

相较于用人单位,劳动者所具有的经济、技术、知识以及诉讼等方面的能力等天然处于劣势地位,这种劣势在数字技术大规模应用于工作领域的当下更为明显。在工作与生活二者之间的界限因数字技术的运用而日益模糊时,特别是对非全日制用工模式中的劳动者而言,由其证明用人单位是在工作时间之外通过数字工具发布与工作相关的指示,事实上存在困难,这种困难主要表现为如下三个方面:一是工作与生活二者的界限因为数字技术的运用本来就相对模糊,用人单位的何种指示是在工作时间内发布,何种指示又是在工作时间之外发布,难以证明;二是当劳动者同意用人单位可以在工作时间之外通过数字工具向其发布与工作相关的指示时,对于用人单位滥用劳动者同意而超出必要限度的行为,如对用人单位通常会宣称的相应的指示是“履行劳动合同或者实施人力资源管理所必需”等借口或理由,劳动者通常也会因无从理解何谓“必需”而事实上难以证明用人单

[59] See Nathan Gilkerson, Betsy Anderson & Rebecca Swenson, Work-Life Balance 2.0? An Examination of Social Media Management Practice and Agency Employee Coping Strategies in a 24/7 Social World, 12 *Public Relations Journal* 1, 12-13 (2018).

位的哪些行为超出了限度;三是考虑到用工自由的实质影响,用人单位往往会对那些主张自己合法权益被其侵犯的劳动者采取解除劳动关系等形式的报复行动,即使其可能因此承担对劳动者的赔偿责任甚至行政责任也在所不惜,劳动者也往往惧于被报复而忍气吞声,其即使可以证明用人单位行为违法,事实上也不会有所作为。而对离线权侵害责任的认定来讲,这些困难中居于核心位置的是对用人单位是否具有过错的证明问题,因为这是将那些应被法律否定评价的不法行为所导致的责任与特定行为人连接起来的纽带,用人单位无过错即毋需承担对劳动者的责任。那么,当用人单位在工作时间之外通过数字工具向其发布与工作相关的指示时,用人单位的过错应由谁来证明?

如前所述,离线权在我国现行法中的规范基础是《民法典》中的生活安宁权保护规则和《个人信息保护法》中的个人信息保护规则。在生活安宁权保护规则中,相应侵权责任认定的归责原则是一般过错归责,需要由受害人证明行为人存在过错,即使因为生活安宁权属于非物质性人格权而可以适用《民法典》第 998 条由法官在个案中进行利益权衡以确定相应的侵权责任是否成立,但第 998 条规定的考量因素中的过错程度等也是在承认行为人具有过错的基础上考虑过错程度的高低问题。因此,对于用人单位在工作时间之外通过数字工具向劳动者发布与工作相关的指示,要通过生活安宁权保护规则来涵摄,则劳动者需要证明用人单位存在过错。但如果用人单位非经劳动者同意而在其工作时间之外通过数字工具向其发布与工作相关的指示,侵扰其私人生活安宁的,此时由于用人单位违反了《民法典》第 1033 条第 1 项这一保护性法律规定,因此相应侵害行为的事实构成是清晰的,该事实构成可以征引行为的违法性,若用人单位不能通过合法抗辩事由推翻此种违法性推定,则已被清晰界定的事实构成和被征引的违法性可以共同推定用人单位的过错,此时作为受害人的劳动者即毋需再证明用人单位的过错。

而在个人信息保护规则中,依据《个人信息保护法》第 69 条第 1 款,相应侵权责任的认定采过错推定,受害人只需要证明行为人从事了侵害行为以及自己因该行为遭受了损害,至于行为人的过错,则由法律预先推定而毋需由受害人证明,除非行为人可以证明其没有过错,否则该推定即告成立。^[60]这也意味着在个人信息侵害责任认定中,并不会出现生活安宁权侵害责任认定中需要根据侵害的事实构成是否清晰而在事实上对过错的证明进行区分处理的问题。因此,对于选择通过个人信息行为规制模式保护离线权的劳动者而言,其只需要证明用人单位在工作时间之外使用其个人信息并通过数字工具向其发布与工作相关的指示,自己因此遭受损害即可,用人单位如果不能证明自己实施该行为没有过错,即应承担对劳动者的侵权责任。鉴于数字工具在工作领域的普遍运用导致的工作与生活界限事实上难以区分等同样会给用人单位带来证明难问题,为了免于承担因其难以证明自己没有过错而导致的法律责任,用人单位可以利用其技术优势、经济优势以及对劳动者工作享有的管理职责等,事先即主动建立“客观、可靠和可访问的系统,使每位工人每天的工作时间得以计量”;^[61]采取数字技术隔离措施,使用用人单位的服务器及智

[60] 参见蒋丽华:《无过错归责原则:个人信息侵权损害赔偿的应然走向》,《财经法学》2022 年第 1 期,第 32 页。

[61] 谢增毅:《离线权的法律属性与规则建构》,《政治与法律》2022 年第 11 期,第 40 页。

能手机等数字工具能在非工作时间断开,以保障劳动者在此期间不会接收来自用人单位通过电子邮件、短信或视频电话等方式向其发布的与工作相关的指示;或者采取与离线权相关的健康及安全评估措施甚至提高劳动者在非工作时间工作的补偿标准等。由此表明用人单位已通过公正、合法和透明的积极措施来保障劳动者在非工作时间享有的合法权益,进而证明其使用劳动者个人信息并通过数字工具向其发布与工作相关的指示行为并无过错或过错程度较低,以此免除或减轻侵权责任。

由于劳动者在现行法中主张离线权保护的规范基础要么是生活安宁权保护规则,要么是个人信息保护规则,而这两种权益整体上都是内涵外延不清晰且在享有和保护上需要经常容忍他人施加影响的非物质性人格权益,难以完全通过《民法典》第1165条第1款或《个人信息保护法》第69条第1款确定的构成要件论的评价方法来认定相应侵害行为的法律效果,此时需要依据《民法典》第998条引入的利益权衡方法来弥补构成要件论的不足。法官在个案中依据利益权衡方法评价用人单位相应行为的法律效果时,为防止其自由裁量权运用的神秘化所导致的判决结果说服力不够问题,可以引入比例原则的分析方法,将法官利益权衡的过程以可视化的方式呈现出来,使相应的法律效果评价过程具有可反驳性,增强相应判决结果的说服力。至于离线权侵权责任认定中的过错证明,当劳动者选择依据《个人信息保护法》主张法律救济时,由于该法明确规定了过错推定,因此劳动者毋需证明用人单位的过错,用人单位若不能证明其没有过错,则需要承担不能证明的法律责任。这里的过错推定事实上可以督促数字时代的用人单位积极利用技术优势、经济优势等通过数字技术设置或实施有利于劳动者离线权实现的条件,从而证明自己的相应行为并没有过错以免除责任。

四 结 论

技术变革通常会引起法律变革,而法律变革又时常滞后于技术变革。对于法律变革前因技术变革引发的纠纷,在法官不得拒绝裁判的基本理念下,应尽可能地通过解释论的方法在现行法律体系中寻求规范基础。为此,对于因数字技术在工作领域的广泛运用导致的工作与生活界限日益模糊并因此损害劳动者合法权益这样的棘手问题,在我国制定法层面尚未确立离线权保护规则时,可以在明确离线权性质的基础上通过法律解释方法的运用来解决,即可以将比较法上的离线权所要实现的目的与《民法典》中私人生活安宁保护及《个人信息保护法》中的个人信息处理联系起来,并将劳动者的相应权利诉求置于生活安宁权保护规则和个人信息保护规则中来实现,从而为数字时代劳动者离线权待解决的问题提供规范基础。当然,由于用人单位和劳动者之间存在的特殊法律关系,使得劳动者在实践中通常不愿通过民法上的保护规则来主张自己合法权益受损时的救济。在此意义上,对于比较法上的离线权规则所关注的劳动者合法权益的保护,现行法上的民法规则提供的可能是最后一道防线,同时还需要基于用人单位与劳动者二者利益的平衡保护目的而在劳动法上及时确立离线权保护规则。

[**Abstract**] In the digital age, the widespread use of digital technology has broken the once relatively clear boundary between workers' work and life. Employers can contact workers anytime and anywhere through digital technology, affecting workers' living arrangements and rest outside working hours. The damage this causes to workers' physical health, family life and freedom to make their own living arrangements may be incalculable. To deal with this problem, some countries have passed legislation to clearly establish the right to disconnect, giving workers the right to disengage from work and not to participate in work-related electronic communication during non-working hours. In contrast, China has not yet recognized the right to disconnect in legislation, and the existing right to rest in the labor law cannot fully address the problems addressed by the right to disconnect. We can provide normative support for the solution of these problems based on the general legal attributes of civil law and the attributes of the right to disconnect as a human right, a personality right, and a digital right. This is because there is a special law and general law relationship between labor law and civil law, and the right to disconnect itself has the attributes of human rights, personality rights, digital rights, etc. Specifically, Article 1032 of the Civil Code and Article 13 Paragraph 1 Subparagraph 2 of the Personal Information Protection Law, which provide for the right to peaceful private life and rules on the handling of workers' personal information by the employer, can provide a normative basis for the solution of the problems to be solved by the right to disconnect from the perspectives of right protection and behavior regulation, respectively. In terms of the determination of specific tort liability, it is necessary not only to take workers' consent into consideration but also to introduce the method of interest balancing when the constitutive elements theory does not work. Meanwhile, it is important to appropriately allocate the burden of proof to protect the legal rights and interests of workers. With regard to the protection of workers, it is also important to address the *de facto* power imbalance between employees and employers through the appropriate allocation of fault-proofing responsibility and urge employers to protect employees during non-working hours through fair, lawful and transparent measures. Due to the special legal relationship between employers and employees, employees are generally reluctant to claim remedies through the protection rules of civil law when their legitimate rights and interests are infringed on in practice. In this sense, the existing civil law rules in China may provide a last resort solution to the problems in the protection of workers that are the concern of the right to disconnect in comparative law. This also means that there is still a need to establish the right to disconnect in labor law, so as to protect the interests of both employers and workers in a balanced way.

(责任编辑:姚 佳)