

## 劳动法上请求权体系之建构

袁中华

**内容提要:**劳动法上的请求权体系无论在学理上还是实践中始终付之阙如,这引发了司法实务中的诸多问题,为此有必要建构相应请求权体系。这种体系应当以原请求权与次请求权、给付义务与保护义务的区别为基本框架。由此,劳动者和用人单位均享有基于给付义务的原请求权、基于给付义务违反或其他原因的次请求权、在特殊情形下基于保护义务的原请求权、基于保护义务违反的次请求权以及类合同请求权。在此基础上,进一步审视和解释《劳动合同法》等相关法律,不仅可以将相关的请求权予以甄别和归类从而实现体系化,同时还能发现些许法律上所遗漏的请求权,并可考虑从解释论上予以完善并在立法上予以改进。这种劳动法上请求权体系的构建,对于实体与程序的衔接以及法学理论、实务与教育的提升和融通都具有重要意义。

**关键词:**劳动法请求权体系 给付义务 保护义务 类合同请求权

袁中华,中南财经政法大学法学院副教授。

“请求权”(Anspruch),系指要求他人作为或者不作为的权利。这一术语自德国法学家温德夏德于19世纪创立以来,已成为德国民法学上的一个基础性概念。<sup>[1]</sup>在我国民法学界,请求权在民法规范体系中的重要地位也得到了学界的广泛认同,请求权(基础)思维方法已然成为民法思维的核心。而在民法之外的行政法、环境法等领域,构建相应的请求权体系的研究也方兴未艾。<sup>[2]</sup>当下劳动法的司法实践和学术讨论并不排斥对于请求权概念的使用,但学界对请求权问题依然缺乏足够的关注,尤其是缺乏对于劳动法上请求权体系的梳理。而鉴于请求权在权利体系中的核心地位、处理司法实务案例和法学教

[1] 在民法之外,德国劳动法、宪法等领域也经常使用请求权概念。参见[德]沃尔夫冈·多伊普勒著:《德国劳动法》,王倩译,上海人民出版社2016年版,第234页以下;蓝冰著:《德国民事法定听审请求权研究》,知识产权出版社2019年版。

[2] 参见徐以祥:《行政法上请求权的理论构造》,《法学研究》2010年第6期,第29-39页;王籍:《行政法上请求权的体系及功能研究》,《现代法学》2012年第5期,第78-92页;张震:《环境权的请求权功能:从理论到实践》,《当代法学》2015年第4期,第22-31页。

育中的关键作用以及沟通实体法与程序的桥梁功能,对于劳动法上的请求权予以体系化的建构——即对请求权及相关规范予以识别、分类、整理和补充——无疑具有重要的理论价值和实践意义。

正如有学者所言,劳动法“既存在公私(法)融合的一面,也存在可分的可能性,在不同的具体法律关系中自然需要进行必要的区分”<sup>〔3〕</sup>。这种区分应用于劳动法上的请求权,就产生以下两种类别:其一是劳动法主体要求对方作为或者不作为(如给付工资)的权利,并在对方疏于履行义务之时可以借劳动仲裁和诉讼而实现该权利,此种权利可以定性为私法请求权;其二是劳动法主体要求劳动行政部门作为或不作为(如请求劳动监察)的权利,并在对方疏于履行义务时借助于行政诉讼或者复议来救济,此为公法请求权。鉴于劳动法主要调整的是劳动者与用人单位之间的权益关系,其私法请求权较之公法请求权无疑更具基础性地位,因此本文仅讨论私法请求权体系。笔者尝试通过对以《劳动合同法》为核心的相关劳动法规范的解释来完成这种体系化的作业,期望以此弥补传统学术研究在该问题上的缺漏和推动相关法学理论及司法实践的进步。<sup>〔4〕</sup>

## 一 构建劳动法上请求权体系的必要性与可行性

### (一) 构建劳动法上请求权体系的必要性

“请求权”这一术语尽管在劳动法规范中极少出现,但无论是理论界还是实务界均不排斥对它的使用。在学术研究中,诸如双倍工资请求权、工资请求权、退休金请求权等提法并不少见,<sup>〔5〕</sup>但这种做法并未成为主流,与“请求权”在功能上类似的“法律责任”之类术语的使用频率明显更高。在实务操作中,各地法院在裁判文书中也会使用“劳动合同被违法解除的损害赔偿请求权”“劳动报酬请求权”“工伤赔偿请求权”“基于用人单位不履行义务(签订劳动合同)的违约赔偿请求权”<sup>〔6〕</sup>等概念,尤其对确认劳动关系案件中诉讼时效问题的处理,有的法院会采用“确认劳动关系并非请求权的行使,因而不发生诉讼时效问题”这样的表达进行说理。<sup>〔7〕</sup>但总体而言,在劳动争议的司法实务中,“请求权”

〔3〕 郑尚元著:《劳动法学》(第二版),中国政法大学出版社2007年版,第31页。

〔4〕 质疑者可能会认为,《劳动合同法》具有强烈的公权力干预色彩而难以用源于民法的请求权概念予以分析。但正如有郑尚元所言,劳动合同依然需要遵循合同的一般规律和价值取向(参见郑尚元著:《劳动合同法的制度与理念》,中国政法大学出版社2008年版,第12-14页),因此对劳动法上请求权的体系性分析,依然可以在尊重劳动合同的特殊性的前提下借助于民法学上的相关教义和制度来完成。

〔5〕 参见程小勇、王保林:《双倍工资请求权案件中事实劳动关系的认定》,《人民法院报》2011年1月26日第7版;高战胜:《未签订书面劳动合同时劳动者二倍工资请求权的适用条件研究》,《法学杂志》2012年第12期,第154-158页;郑尚元:《企业职工退休金请求权及权利塑造》,《清华法学》2009年第6期,第28-44页。“工资请求权”概念的使用,参见郑尚元著:《劳动合同法的制度与理念》,中国政法大学出版社2008年版,第141页。“劳动报酬请求权”概念的使用,参见胡玉浪著:《劳动报酬权研究》,知识产权出版社2009年版,第138页。

〔6〕 参见(2016)粤13民终3701号判决书,(2015)浙民申字第462号裁定书,(2014)松民一(民)初字第2922号判决书。上述裁判文书均来源于“无讼案例网”(https://www.itslaw.com/bj),以下案例若无特别说明也均来源于该网站。

〔7〕 参见(2014)穗荔法民一初字第1894号判决书;(2019)粤03民终457号判决书。但也有相反案例认为确认劳动关系也适用诉讼时效,如(2018)琼02民终1728号判决书。

术语的使用频率还是非常低。<sup>[8]</sup>而在劳动法的法学教育中,“请求权”更是几乎“不在场”。传统劳动法教材往往仅将《劳动合同法》的相关内容作为一个章节予以论述,而且这种论述往往是按照劳动合同的“订立—效力—履行—变更—终止—解除”等顺序予以体系化,而非以请求权为体系化工具。简言之,请求权并未成为一种大家所共同认可的“范式”,所谓请求权体系自然更是付之阙如。

劳动法上到底存在哪些请求权,这些请求权之间的关系如何?这些本身是学理上需要给出确定答案的问题,而理论界对此的“缄默”自然容易引发司法实务中产生诸多问题。对此笔者仅列举几种较为典型的情形。首先是某些请求权是否存在并不明确而产生的纠纷可诉性问题。例如劳动者违反合同约定造成用人单位损失的情形,用人单位是否享有相应的损害赔偿请求权?其次是某些请求权之间关系不明确所引发的司法裁判的矛盾冲突问题。例如原告前诉要求支付未休年假的工资报酬,后诉又要求支付带薪年假赔偿金,后诉是否违反“一事不再理”原则,不同法院的判断往往并不一致。<sup>[9]</sup>与之类似的是要求解雇补偿金和赔偿金的问题。再次,由于请求权基础思维的缺乏导致大量证明责任问题难以厘清。许多当事人和法官都在使用“劳动争议领域证明责任倒置”或“谁主张,谁举证”等错误原理甚至是朴素的法感情,去试图解决证明责任问题,而一旦遇到“原告主张对方口头解雇但被告主张对方不辞而别”等情形就难以应对。<sup>[10]</sup>最后,由于某些请求权的性质或者要件不够明确,从而导致一些“疑难案件”的发生。例如,用人单位未支付未休年假的三倍工资,劳动者是否可以此为由单方解除劳动合同?诸如此类案件都需要厘清相关基础性概念。

学界对于劳动法上请求权的这种“缄默”,固然是由于劳动法的法教义学体系尚未完善,但更为根本的原因则在于劳动法学自身的定位出现了一定的偏差。劳动法的主流观点认为,劳动法乃公法与私法之外的独立的社会法。<sup>[11]</sup>这一舶来理念本身存在诸多模糊晦涩之处而难以自圆其说,而且在比较法上也很难得到充分的支持。<sup>[12]</sup>最新的研究表明,法国法上的“社会法”指的是作为对工业化产生的“社会问题”进行回应的法律规范总称,它并未改变法律分类上的公民法二分法。<sup>[13]</sup>而德国法上,实证的“社会法”仅仅指独立于劳动法之外的德国社会法典,而经常被我国学者援用的“第三法域”思想其实并非主流。<sup>[14]</sup>而在日本法上,引领劳动法发展的“法的社会化”思想也并未否认市民法(民法)

[8] 以“请求权”为关键词在无讼进行检索(检索日期为2019年7月24日),得到的结果是相关的劳动争议、人事争议的裁判文书为2933份。而以“劳动合同”为关键词进行检索,得到的结果是劳动争议、人事争议的裁判文书为343208份。

[9] 参见《蔡学平与大连鸿友汽车零部件有限公司劳动合同纠纷二审民事判决书》,北大法宝:法宝引证码 CLI. C. 15776343。该案中两级法院的判断是完全不同的。

[10] 参见袁中华:《劳动合同解除争议之证明责任分配——基于法教义学的分析》,《法商研究》2019年第1期,第131页。

[11] 国内学者对该问题的具体阐释,参见吴文芳:《我国社会法理论演进与研究路径之反思》,《华东政法大学学报》2019年第4期,第75-89页。

[12] 参见余少祥:《社会法“法域”定位的偏失与理性回归》,《政法论坛》2015年第11期,第30-41页。

[13] 参见郑爱青:《法国“社会法”概念的历史缘起和含义》,《华东政法大学学报》2019年第4期,第53-61页。

[14] 参见沈建峰:《社会法、第三法域与现代社会法——从基尔克、辛茨海默、拉德布鲁赫到〈社会法典〉》,《华东政法大学学报》2019年第4期,第37-52页。

与社会法的统一性。<sup>[15]</sup>片面强调这种所谓的独立性,导致劳动法的学理与制度与民法渐行渐远,但劳动法(尤其是劳动合同)领域中的诸多问题本身与民法又密不可分,由此引发的后果就是劳动法上的大量实务问题无法解决,大量理论问题无法厘清。<sup>[16]</sup>与其争论所谓社会法的独立性,倒不如推开劳动法与民法之间的藩篱,聚焦于劳动法的适用等现实问题。

## (二) 构建劳动法上请求权体系的可行性

劳动法上请求权体系的构建,一方面有赖于将法解释方法运用于劳动法上的具体法律规则,另一方面则有赖于相关的法教义的应用。具体而言,前者包括了文义解释、体系解释、历史解释、目的解释等多种解释方法,而后者则包括了民法上关于请求权的基本理论,以及对于民法(尤其是合同编部分)以及劳动法上权利义务群的宏观构架的认识。唯此,这种体系的构建才是可能的。

依据标准的不同,请求权有多种分类方法,比如主次之分、独立和依附之分、作为和不作为之分等等。本文主要采取主(原)次请求权之分,原请求权对应于伴随债之关系产生的原给付义务,而次请求权对应于次给付义务,指原给付义务履行过程中,因特定事由演变而生的义务。<sup>[17]</sup>两者的关系是:后者往往是前者无法实现后所引发的第二顺位的请求权,如因无法实际履行而产生的损害赔偿请求权。<sup>[18]</sup>这种区分的一个重要意义在于:相较于次请求权,主(原)请求权更容易实现当事人的目的,在考察顺序上一般优先于次请求权。<sup>[19]</sup>

合同法上的义务,可以区分为给付义务和附随义务两类。前者是债务人所负担的与债权相应的义务,其目的是为了履行债权;而后者则是随着债务关系的发展,于个别情况下要求对方作为相对人维护固有利益的义务,<sup>[20]</sup>这种义务在德国法上一般也称之为保护义务。<sup>[21]</sup>在劳动法上,给付义务主要指雇主(用人单位)的报酬给付义务和劳动者的工作义务;而对于附随义务,传统观点认为雇主应承担照顾义务而雇员承担忠诚义务,这种观点直到现在还有不小的影响力。<sup>[22]</sup>但现在较普遍的观点认为,忠诚义务和照顾义务已经被债务关系主体之间的保护义务所替代。<sup>[23]</sup>区分给付义务与保护义务的意义,一般认为,前者具有独立可诉性而后者并不具有独立可诉性,也即:对于给付义务,债权人享有相应的请求权可诉请法院进行救济;而对于保护义务,债权人原则上不能要求对方给付,即

[15] 参见田思路:《日本“社会法”:概念·范畴·演进》,《华东政法大学学报》2019年第4期,第62-74页。

[16] 对此有学者指出:“劳动法的体系和规则残缺也非常明显。梳理现行《劳动合同法》会发现:该法没有劳动合同的缔约规则;没有完整的缔约过失规则,恶意磋商、泄露商业秘密的行为无法得到规范……而从实践来看,这些问题却时常发生。”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1516页。

[17] 参见王洪亮著:《债法总论》,北京大学出版社2016年版,第21页。

[18] 参见朱岩:《论请求权》,《判解研究》2003年第4辑,第80页。

[19] [德]迪特尔·梅迪库斯著:《请求权基础》,陈卫佐等译,法律出版社2012年版,第30页。

[20] 参见王洪亮著:《债法总论》,北京大学出版社2016年版,第23页。

[21] 参见[德]迪尔克·罗歇尔德斯著:《德国债法总论》,沈小军、张金海译,中国人民大学出版社2014年版,第8页。

[22] 参见潘峰著:《劳动合同附随义务研究》,中国法制出版社2010年版,第61页以下;黄越钦著:《劳动法新论》,中国政法大学出版2003年版,第175页以下。

[23] 这种变化主要源于2002年德国《债法现代化法》的实施。基于该法案,《德国民法典》第241条第2款规定:“债务关系,依其内容的不同,可以使任何一方当事人负有顾及另外一方当事人权利、法益和利益的义务。”参见杜景林、卢湛著:《德国民法典——全条文注释》,中国政法大学2015年版,第159页。

并不享有基于该义务而直接产生的请求权,而只能借助于违反该义务的损害赔偿请求权(次请求权)来救济。

劳动法上的两种义务与两种请求权相联系,就可以产生四种请求权(参见图 1):第一,基于给付义务的原请求权,也即给付请求权;第二,基于给付义务违反等原因而生的次请求权,如损害赔偿请求权;第三,基于保护义务的原请求权,也即保护请求权;第四,基于保护义务违反等原因而生的次请求权,如损害赔偿请求权。此外,理论上还存在第五种请求权即类合同请求权,指不以合同的成立生效为前提但又与合同有关的法定请求权。<sup>[24]</sup>它在劳动合同法上主要体现为劳动合同磋商阶段的请求权及合同无效时所产生的请求权,它们往往也与扩大化的保护义务密切相关。上述五种请求权中的第三种较为特殊,因为在传统民法观念看来,基于保护义务并不发生所谓保护请求权。<sup>[25]</sup>但在 2002 年《德国债法现代化法》施行之后,《德国民法典》中规定的保护义务(如第 535 条第 1 款第 2 句、第 541 条、第 618 条)已经可直接诉请,<sup>[26]</sup>而我国《劳动合同法》上某些条文也是如此,这也就使得在一些特殊情形下使用“保护请求权”概念成为必要。以上述学理为基础,下文分别对劳动者和用人单位所享有的各类请求权进行分析。

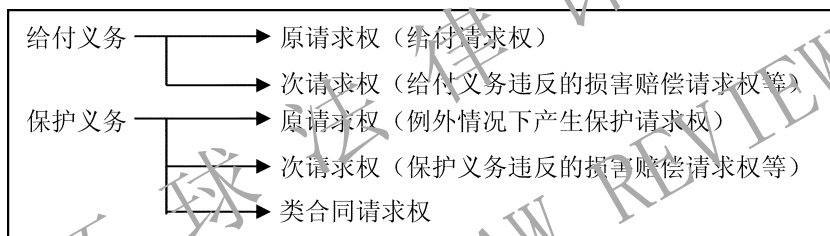


图 1 劳动法上请求权的基本框架

## 二 劳动者享有的请求权

### (一) 给付请求权

#### 1. 劳动报酬给付请求权

《劳动合同法》第 30 条第 1 款规定,“用人单位应当按照劳动合同约定和国家规定,向劳动者及时足额支付劳动报酬”。该款确定了用人单位的劳动报酬给付义务,因此可以视为劳动者所享有的劳动报酬请求权的基础规范(即产生或取得权利的规范)。从法教义的角度观察,给付请求权的产生原则上仅仅需要合同成立这一个要件,<sup>[27]</sup>因此劳动

[24] 参见朱晓喆:《请求权基础实例研习教学方法论》,《法治研究》2018 年第 1 期,第 30 页;[德]迪特尔·梅迪库斯著:《请求权基础》,陈卫佐等译,法律出版社 2012 年版,第 109 页以下。

[25] 而从实践来看,保护义务的可诉性一般也无必要。如合同缔结前卖方未就标的物的缺陷履行告知义务,但当买方知晓这一点时损害却已经发生,买方此时再要求对方履行告知义务已于事无补,直接提起损害赔偿之诉更为恰当。

[26] 参见李昊:《德国新债法中附随义务的构造》,《环球法律评论》2009 年第 5 期,第 117 页。

[27] 例如《德国民法典》第 241 条第 1 款就规定“依债务关系,债权人有权向债务人请求给付”,杜景林、卢湛著:《德国民法典——全条文注释》,中国政法大学 2015 年版,第 159 页。

合同成立就构成了相应的给付请求权(包括劳动者的劳动报酬请求权及用人单位的劳动请求权)的前提要件。这种成立与否的判断需要结合相关的辅助规范(对请求权规范或者对立规范的事实构成以及法律后果进行细化或解释的规范)而综合考察。劳动合同的本质为合意而非书面形式,<sup>[28]</sup>其成立的要件即“双方当事人的意思表示一致”。与之相关的规范主要体现在《劳动合同法》第二章“劳动合同的订立”中,例如第10条(合同形式)、第12条(合同种类)、第13-15条(合同期限)、第17条(合同内容)、第25条(违约金)等条文,实际上均是对此作出解释的规范。<sup>[29]</sup>此外,尽管劳动合同为要式合同,但对于未签订书面劳动合同的情形并不否认合同成立,依据第82条实际上确认了所谓事实劳动关系(更准确地说是瑕疵劳动关系)的存在。这种请求权所对应的给付义务的范围(也即劳动报酬的范围)包含基本工资、绩效工资、奖金、津贴、提成等成分,也包括加班费。<sup>[30]</sup>

此外,就这种给付请求权,《劳动合同法》上也存在大量对其进行否定的规范,也即所谓对立规范。主要包括:第一,权利妨碍规范(抑制请求权产生的规范),包括第26条(合同无效),第27条(合同部分无效);第二,权利消灭规范(消灭请求权的规范),包括第四章“劳动合同的解除和终止”中的大部分规范,具体有第36条(双方协商解除)、第37条(劳动者提前通知解除)、第38条(劳动者单方解除)、第39条(用人单位单方解除)、第40条(无过失性辞退)、第41条(经济性裁员)、第44条(劳动合同的终止);第三,权利受制规范(即阻碍请求权行使),即抗辩权规范,主要指《劳动争议调解仲裁法》第27条的仲裁时效规范,<sup>[31]</sup>另外合同法上的三大抗辩权其实在劳动法领域也存在适用空间。<sup>[32]</sup>

## 2. 加班费给付请求权

《劳动合同法》第31条规定了加班费的给付请求权,而加班费本是劳动报酬(工资)的组成部分,由此在解释论上带来的问题是如何理解这两个请求权之间的关系。笔者认为,两个请求权的构成要件均包含“劳动合同成立”,但加班费给付请求权的要件相较劳动报酬请求权多了“用人单位安排加班”,因此第30条和第31条为一般规范和特殊规范的关系。鉴于在法理上特殊规范的适用优先于一般规范,因此加班费给付请求权在适用逻辑上也优先于劳动报酬请求权,厘清这一点有助于对二者相关的请求权竞合和部分请求问题进行判断。

### (二)基于违约等原因而发生的请求权

#### 1. 基于未履行给付义务的赔偿金请求权

如果用人单位未依法支付劳动报酬(包括未足额支付劳动报酬、未支付加班费、工资

[28] 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84页。

[29] 为避免重复,以下凡只列明“(第)X条”而未指涉具体法律名称的条文或情形,均指《劳动合同法》上的条文。

[30] 参见贾俊玲主编:《劳动法学》,北京大学出版社2009年版,第135页以下。

[31] 时效抗辩权在传统民法中体现为诉讼时效规则,但在我国劳动法的“一裁两审”的特殊语境中,当事人启动司法救济程序几乎都是在申请劳动仲裁而非启动诉讼之时,因此劳动法上的时效抗辩权体现在劳动仲裁时效的相关条款中。

[32] 这些抗辩权在司法实践中被应用的情形并非罕见,例如由于劳动者不辞而别所以用人单位停发工资,其性质是基于劳动者未履行给付义务而拒绝履行自己的给付义务,用人单位行使的正是同时履行抗辩权。而在德国法上,雇员拒绝工作时雇主也可以依法拒绝支付工资。参见[德]沃尔夫冈·多伊普勒著:《德国劳动法》,王倩译,上海人民出版社2016年版,第172页。

低于最低工资标准),《劳动合同法》第 85 条给予了劳动者向劳动行政机关寻求救济的权利,在劳动行政部门责令限期支付且用人单位在限期内未支付的情况下,“责令用人单位按应付金额百分之五十以上百分之一百以下的标准向劳动者加付赔偿金”。尽管严格按照该条应当是由劳动行政部门责令用人单位支付赔偿金,但 2010 年《最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释(三)》(下称“《劳动争议解释三》”)第 3 条明确规定这类案件法院可以受理,也就意味着劳动者享有给付义务违反所产生的赔偿金请求权。<sup>[33]</sup>

## 2. 基于违法解除或者终止劳动合同的赔偿金请求权和继续履行请求权

基于《劳动合同法》第 48 条,用人单位违法解除劳动合同时,劳动者可以要求继续履行劳动合同,但劳动者不要求继续履行或者劳动合同已经不能继续履行的,劳动者可以要求给付(相当于经济补偿金的双倍的)赔偿金(第 87 条)。该条规定实际上是以继续履行为原则,而以损害赔偿为例外。而实务中常常发生的情况是,劳动者与用人单位之间已经势同水火,用人单位坚决拒绝劳动者继续工作但劳动者依然要求继续履行合同,对此法院限于法律的规定往往也只能是判决合同继续履行。对此笔者认为,与一般的债务关系有所区别,劳动合同关系是持续性债务关系,其以双方的特别信赖为前提。<sup>[34]</sup>而解雇的一般情形是双方已经丧失了这种信赖关系,这种情形下仅仅考虑劳动者的意愿而不考虑用人单位的意志而要求双方继续履行,无论对于用人单位还是劳动者而言都并非是一种恰当的选择。<sup>[35]</sup>在比较法上,违法解雇的保护机制往往也是以“轻修复而重补偿”为原则。<sup>[36]</sup>对此笔者认为,应当在解释论上对第 48 条的“劳动合同已经不能继续履行”要件进行重新限定,将主观不能纳入这种“履行不能”的范畴。<sup>[37]</sup>

### (三) 保护义务及其可能对应的请求权

正如德国学者梅迪库斯所言,一方当事人对另一方当事人的领域所施与的影响越大,这种照顾义务的程度就越高。<sup>[38]</sup>因此我国劳动法对用人单位所设定的保护义务的范围明显较之于民法领域更宽,而且在许多情形下直接借助于成文法确定而无需诚信原则之协助。这种保护义务,可以分为以下几类:

#### 1. 安全保障义务

即对于劳动者的人身和财产的安全保障义务。就此义务,用人单位在招聘时不得扣

[33] 除此之外,用人单位未及时足额支付劳动报酬(包括加班费)的,劳动者可以依据《劳动合同法》第 38 条单方解除劳动合同。这是法律基于用人单位违反主给付义务而赋予劳动者的形成权。

[34] 参见王洪亮著:《债法总论》,北京大学出版社 2016 年版,第 14 页。

[35] 在比较法上,裁判继续履行劳动合同在解雇案中也并不常见,如英国不公平解雇中,复职或者重新雇佣在最终判决的案件中,其比例只占到 1%;在德国法中,司法实践中大部分解雇诉讼也都是以雇主向雇员支付赔偿金的方式终结。参见李国庆:《论违法解雇的法律救济》,《中国人力资源开发》2011 年第 10 期,第 86-87 页。

[36] [德]曼弗雷德·魏斯著:《德国劳动法与劳资关系》,倪斐译,商务印书馆 2012 年版,第 143 页。

[37] 也有学者主张,继续履行应当限于患职业病、孕期、产期等特殊群体的劳动者被违法解除和普通劳动者被实质性违法解除的情形。参见程立武:《困境与重构:劳动合同的继续履行——以实质性解决纠纷为视角》,《法律适用》2016 年第 2 期,第 103 页。

[38] Vgl. Dieter Medicus, § 3. Leistungsstörungenrecht, S. 110. 转引自李昊:《德国新债法中附随义务的构造》,《环球法律评论》2009 年第 5 期,第 116 页。

押劳动者的证件和不得要求提供担保(第9条);应当尊重劳动者人格尊严,此即精神性人格权的保护义务的规定(第88条);此外《劳动法》第52-65条规定了用人单位对劳动者人身保护的具体义务,而《安全生产法》《职业病防治法》则更进一步细化了这些义务。

## 2. 促进义务

促进义务指促进劳动者职业发展的义务,主要体现为用人单位提供工作、职业培训和出具劳动关系证明的义务。<sup>[39]</sup>《劳动合同法》第17条第1款将工作内容和工作地点作为合同的必备条款,由此可以解释为用人单位应当承担提供工作的义务。就职业培训义务,《劳动法》第68条要求用人单位应对劳动者进行职业和上岗培训。为便于劳动者继续就业或进行劳动仲裁诉讼,《劳动合同法》第50条规定了用人单位在解除或者终止劳动合同时出具相关证明,办理档案和社会保险关系转移手续,以及保存解除或终止劳动关系的文本的义务。<sup>[40]</sup>此外,依据《劳动合同法》第46条,在劳动合同解除或终止时,除劳动者主动提出辞职或者过失解雇的情形外,用人单位承担向劳动者支付经济补偿金的义务,也是促进义务的体现。<sup>[41]</sup>

## 3. 告知义务

告知义务指用人单位应当以合理和恰当的方式,将与劳动合同订立、履行和解除的相关信息如实告知劳动者。<sup>[42]</sup>《劳动合同法》第4条规定了用人单位对劳动规章制度的告知义务,第8条规定了招聘时对于工作内容、条件、地点、报酬等情况的告知义务,第21条规定了试用期解除劳动合同理由的告知义务。而尽管《劳动合同法》就解除劳动合同承担理由告知义务未作规定,但借助于“举轻以明重”的体系解释方法,我们也可以从第21条推论出这种义务的存在。此外,《职业病防治法》第33条规定了用人单位的职业病危险告知义务。

## 4. 书面要约或书面合同提供义务

依据《劳动合同法》,用人单位与劳动者之间建立劳动关系应当订立书面劳动合同(第10条)。而鉴于合同的订立是双方行为而非单方行为,因此用人单位此处承担的义务应当理解为在缔约阶段的要约义务。<sup>[43]</sup>但即使用人单位违背该义务,用人单位还有一个月的宽限期,即依照该法第82条在用工之日起一个月内必须签订劳动合同。而用工即意味着劳动关系的建立(第7条),那么在劳动关系(或者说劳动合同关系)已经成立之后提供书面合同的义务,称之为要约义务已不恰当,笔者称之为书面合同提供义务。此外,

[39] 参见潘峰著:《劳动合同附随义务研究》,中国法制出版社2010年版,第77页。德国法类似的概念是“使工作的义务”,性质上归属于保护义务,参见[德]雷蒙德·瓦尔特曼著:《德国劳动法》,沈建峰译,法律出版社2014年版,第170页。

[40] 也有学者将这种义务归类于协助义务,参见吴文芳、韦玮:《论劳动合同中的附随义务——兼评〈中华人民共和国劳动合同法(草案)〉的相关条款》,《法商研究》2006年第4期,第131页。

[41] 关于这种义务的性质,劳动法学界有劳动贡献补偿说、法定违约金说、社会保障说和帮助义务说等学说。参见董保华著:《劳动合同法立法的争鸣与思考》,上海人民出版社2011年版,第642-644页。但鉴于这种补偿金的主要目的在于“有效缓解失业者的焦虑情绪和生活实际困难,维护社会稳定”,参见信春鹰主编:《中华人民共和国劳动合同法释义》,法律出版社2007年版,第174页。可见,支付补偿金的义务也应当视为促进义务的一种。

[42] 参见潘峰著:《劳动合同附随义务研究》,中国法制出版社2010年版,第86页。

[43] 参见李凌云:《对我国事实劳动关系立法的反思》,《华东政法大学学报》2008年第8期,第85-92页。



在劳动者在用人单位连续工作满十年等情形下,用人单位也有书面要约义务,即签订无固定期限劳动合同的义务(第 14 条)。而鉴于合同的签订取决于双方的要约、承诺而非一方即可为之,因此对法条上用人单位的这种签约义务,更恰当的理解是发出续签合同要约的义务。

### 5. 平等对待和照顾义务

平等对待义务要求用人单位不得因性别、民族、残疾、疾病、宗教信仰、(农村)身份而产生就业歧视,其法律根据在于《劳动法》第 12、13 条和《就业促进法》第 26 - 31 条。而我国劳动法上的照顾义务(区别于本文所说的保护义务)则主要指用人单位在招聘时应当对残疾人、退役军人等承担特别照顾的义务,其法律根据在于《劳动法》第 14 条,其具体内容需结合其他相关法律规范而确定。

### 6. 安排休假与缴纳社保义务

基于劳动法上的强制规定,用人单位需要严格遵守工作时间的规定并承担安排劳动者休假(法定节假日休假及年假)的义务(《劳动法》第 40、45 条)。用人单位还承担为劳动者缴纳社会保险的义务,具体包括养老、医疗、工伤、失业、生育这五种保险,其法律根据分别在于《社会保险法》第 12、23、33、44、53 条。

就上述保护义务,劳动者一般可要求对方履行但却无法向仲裁机构和法院诉请,因此不应当承认一般意义的保护请求权的存在。但基于法律的明确规定,某些特殊情形存在例外,典型的是《劳动合同法》第 50 条所规定的用人单位办理档案和社保关系转移手续的义务。劳动者基于该条理应当享有转档和转社保的给付请求权,司法实践中已经有大量案件中劳动者主张该项请求权并得到支持。<sup>[44]</sup> 另外还有经济补偿金请求权,法律依据在于《劳动合同法》第 46 条,其性质为上文所述促进义务的体现,是一种原请求权而非次请求权。

#### (四) 基于保护义务违反的损害赔偿请求权

##### 1. 基于违反安全保障义务的损害赔偿请求权

对于强迫劳动、违章指挥或者强令冒险作业、侵权人身权利,或未提供足够安全的劳动环境致使劳动者身心健康受到严重损害,劳动者可行使损害赔偿请求权(第 88 条)。<sup>[45]</sup> 此外,第 84 条也规定了扣押劳动者身份证等证件所产生的损害赔偿请求权。

##### 2. 基于违反促进义务的损害赔偿请求权

在用人单位“未向劳动者出具解除或者终止劳动合同的书面证明”且造成损害时,劳动者可以享有损害赔偿请求权(第 89 条)。

##### 3. 基于违反安排休假与缴纳社保义务的请求权

基于用人单位违反劳动基准法未给予职工带薪年假,法律规定了未休年假的三倍工资的补偿金请求权,其请求权基础在于《职工带薪年休假条例》第 5 条。基于未缴纳社会

[44] 区别于本文所界定的私法请求权,劳动者在用人单位违反照顾义务时,许多情形下享有要求劳动监察部门予以纠正(如《劳动合同法》第 32 条)的权利,其性质为公法请求权。

[45] 这种情形下往往产生请求权竞合问题,即劳动者此时往往还可以依侵权法而享有侵权损害赔偿请求权,对此具体的分析,参见吕琳著:《劳工损害赔偿法律制度研究》,中国政法大学出版社 2005 年版,第 179 - 196 页。

保险且无法补办而导致劳动者损失的情形,《劳动争议解释三》第1条明确了应当给予司法保护,也即肯定了缴纳社保义务的损害赔偿请求权。此外,基于工伤的发生且用人单位(包括非法用人单位)违反规定未为劳动者缴纳工伤保险费用,工伤职工、工亡职工亲属享有损害赔偿请求权,其请求权基础在于《工伤保险条例》第62条。

### (五)类合同请求权

#### 1. 基于违反告知义务的损害赔偿请求权

用人单位未履行告知义务,如果构成欺诈从而使合同无效的,劳动者可以请求损害赔偿(第86条)。另外,解雇时违反告知义务未进行书面通知,则构成违法解雇,对此劳动者可主张赔偿金请求权或者继续履行请求权(第48条)。

#### 2. 基于违反书面要约义务的二倍工资(差额)请求权

基于用人单位违反法律规定而未与劳动者订立无固定期限劳动合同,劳动者可以要求给付自应当订立无固定期限劳动合同之日起每月的双倍工资;如果用工超过1个月未满足1年且违反书面要约义务,则劳动者可以享有二倍工资差额请求权(第82条)。

#### 3. 基于违反平等对待义务的损害赔偿请求权

如用人单位违反招聘时的平等对待义务,《就业促进法》第62条规定了劳动者在对方就业歧视时可以提起诉讼从而保障了劳动者的诉权,而第68条则规定了这种歧视如果侵害劳动者合法权益造成财产损失或者其他损害的依法应承担民事责任。但法条并未明确界定这种损害的界限,司法实践中求职者一般仅主张精神损害抚慰金。但从法解释的角度观察,第68条“财产损失”还应当包括求职成本及失去就业机会的损失。

#### 4. 基于合同无效、解除、终止等情形的请求权

在缔约阶段,由于用人单位的原因(如主体不适格、欺诈等情形)导致合同无效的,劳动者可以主张因劳动合同无效而产生的损害赔偿请求权(第86条);如果付出劳动的依然可以主张劳动报酬请求权(第28条);另外可以因用工主体不合法而产生向用工单位或者出资人主张劳动报酬、经济补偿金请求权和损害赔偿请求权(第93条);以及基于违法约定试用期而主张相应的赔偿请求权(第83条)。但前述请求权中的所谓劳动报酬请求权,其法律基础并不在于劳动关系发生的履行请求权,应当解释为是基于不当得利的返还请求权。

但就合同的解除,劳动合同法与合同法有着明显差别。劳动合同是继续性合同,因此其所谓的“解除”并无溯及力仅仅向将来发生效力,其性质其实是终止(Kündigung)。<sup>[46]</sup>因此,民法上合同解除产生恢复原状请求权(性质为次合同请求权)的原理,<sup>[47]</sup>对劳动合同并不适用。我国劳动法上的合同解除或终止,所产生的原请求权即前述基于促进义务的补偿金请求权,而作为对该请求权进行救济的次请求权则为赔偿金请求权(第85条第4款),笔者称之为基于促进义务违反的损害赔偿请求权。在用人单位未支付经济补偿金时,劳动者可要求劳动行政部门责令限期支付,在依然未支付的情况下劳动行政部门

[46] 参见[德]迪特尔·梅迪库斯著:《德国债法总论》,杜景林、卢湛译,法律出版社2004年版,第408页。

[47] 参见王泽鉴著:《民法思维:请求权基础理论体系》,北京大学出版社2009年版,第69页。

可责令单位支付相当于经济补偿金 50% - 100% 的赔偿金。该请求权本为公法请求权,但《劳动争议解释三》第 3 条对其赋予了诉权,使其也成为一种可以向劳动仲裁机构或者法院请求救济的私法请求权。一个请求权却具有两种性质,这种制度安排无疑是令人困惑的。不过在司法操作层面还不算复杂,一般的处理模式是:只要其中一个请求权被满足也就意味着丧失另外的请求权。

### 三 用人单位享有的请求权

#### (一) 给付请求权

合同的成立为合同给付请求权的基本要件,<sup>[48]</sup> 这种原则在劳动法上也同样适用。《劳动合同法》第 29 条规定,“用人单位与劳动者应当按照劳动合同的约定,全面履行各自的义务。”该条可以视为劳动关系主体所享有的给付请求权的基础规范。在劳动合同成立之后,劳动者主要承担的义务即为劳动(工作)义务,即“受雇人有依约遵照指示提供劳务之义务,提供劳务本身即是契约之目的。换言之,受雇人为履行契约在一定时间之内提供劳务受雇主支配”。<sup>[49]</sup> 而用人单位的主给付请求权所对应的义务就是劳动者的劳动。尽管我国劳动法上并无明确条文规范此种权利,但我们可以根据《劳动合同法》第 29 条关于双方应当依约履行义务的规定而作当然解释,从而在逻辑上推导出这种权利的存在。

但必须注意的是,劳动给付义务具有高度的个人性,不管是在诉讼内或者诉讼外均不能强制其实现,此即所谓“劳动给付义务不得强制原则”。<sup>[50]</sup> 因此尽管我们认可用人单位享有(劳动)给付请求权,但必须注意的是它又是一种不完整的请求权。请求权本身包含两层含义,其一是可以向对方提出请求的权利,其二是可以借助于司法而要求对方履行义务并强制实现的权利。而用人单位的(劳动)给付请求权仅仅包含第一层含义,即劳动者不为劳动给付之时,仅可以请求对方履行义务,而不能以仲裁或者诉讼的方式去强制对方履行义务。而作为救济,用人单位可以选择行使抗辩权(不履行劳动报酬给付义务)、形成权(解除劳动合同)或损害赔偿请求权(在因不履行而导致损害发生时要求对方赔偿)。就此种损害赔偿请求权,现行法上并无规定。但在劳动合同履行过程中,当然也会出现劳动者无正当理由不为劳动给付或者瑕疵履行劳动给付义务给用人单位造成损失,或者因其不适当履行造成用人单位履行利益以外的其他损失(加害给付)的情形。就上述劳动者违反劳动义务的情形,用人单位自然可以根据《劳动合同法》第 39 条解除劳动合同。但问题是,用人单位是否可以就此提起损害赔偿,即是否享有基于劳动者违反主给付义务而产生损害赔偿请求权? 对此我国劳动法上并无明确规定,而学术界似乎也更关注如何保护处于弱势地位的劳动者,对用人单位是否给予这种权利保护几乎未置一词。笔者认

[48] 参见[德]莱奥·罗森贝格著:《证明责任论》,庄敬华译,中国法制出版社 2002 版,第 260 - 268 页。

[49] 黄越钦著:《劳动法新论》,中国政法大学出版 2003 年版,第 173 页。

[50] 参见黄越钦著:《劳动法新论》,中国政法大学出版 2003 年版,第 92 页。

为,鉴于这种情形普遍存在并需要法律予以规制,因此这种立法上的缺失可被视为法律漏洞,并需要借法律修订或者法律解释予以完善。

## (二) 保护义务及对应的请求权

### 1. 告知义务

与用人单位的知情权相对应,劳动者应当承担告知义务。在缔约阶段,劳动者应当在应聘时就自己的基本情况承担如实告知的义务(第8条)。此外,学理上往往认为在合同存续阶段,劳动者也有将与合同履行相关的个人情况告知用人单位的义务,<sup>[51]</sup>法律上对此规定有工作障碍及危害报告义务(《安全生产法》第56条)。劳动者在劳动合同解除时的告知义务并未明文规定,但根据劳动者提前通知用人单位可解除的规定(第37条),以及在违法解除时应当承担赔偿责任的规定(第90条),可以推定这种义务的存在。

### 2. 保密与竞业限制义务

保密与竞业限制义务均为不作为义务。基于《劳动法》第22条及《劳动合同法》第23条,劳动合同当事人可以在劳动合同中约定保守用人单位商业秘密的有关事项。因此,保密的附随义务可以因约定而直接转化为合同义务。此外,用人单位也可以与劳动者约定竞业限制条款,但需要在合同解除或终止后给予经济补偿(第23条)。

除上述类型外,劳动者所承担的法定保护义务还有协助义务,主要体现为合同解除或者终止后的工作交接义务(第50条)。而在学理上,还有劳动者的服从义务,即在劳动给付上有服从雇主指示的义务。<sup>[52]</sup>就上述各种义务,因其性质为保护义务,故用人单位原则上不得诉请履行,例外的是就工作交接义务的不可替代性,用人单位可以提起劳动仲裁和诉讼要求劳动者履行。

## (三) 基于保护义务违反的损害赔偿请求权

就劳动者违反保护义务的情形,现行法上并未一般性地赋予用人单位以相应的损害赔偿请求权。但就合同解除中劳动者违反告知义务,用人单位基于《劳动合同法》第90条可行使损害赔偿请求权。此外,就劳动者违反约定的保密义务、竞业禁止义务而给用人单位造成损失时,用人单位基于《劳动合同法》第90条享有损害赔偿请求权。

## 四 劳动法上请求权体系之完善

基于法教义学的分析,笔者构建了一个劳动法上私法请求权体系的大致框架。但这个框架在一定程度上是不完整的,某些重要请求权在体系中是缺失的。具体而言,基于对请求权体系的整体理解,目前现行法上尚未明确且需要从解释论的角度进行漏洞填补的请求权大致有以下几种。

### (一) 劳动者享有的基于促进义务违反的损害赔偿请求权

尽管依据《劳动合同法》第50条,用人单位承担办理档案和社会保险关系转移手续

[51] 参见吴文芳:《我国社会法理论演进与研究路径之反思》,《华东政法大学学报》2019年4期,第130页。就德国劳动法上的通知义务,可参见[德]W.杜茨著:《劳动法》,张国文译,法律出版社2003年版,第63页。

[52] 参见潘峰著:《劳动合同附随义务研究》,中国法制出版社2010年版,第112页。

的义务,但法律却未规定在用人单位违反该义务且对劳动者造成损失时是否承担赔偿责任等问题,即未规定劳动者是否享有损害赔偿请求权。而在司法实务中,常常发生的情形是劳动者在离职后用人单位未及时办理相关手续(甚至还有丢失档案的情形)而致使劳动者无法进入人才市场求职或者到新单位上班,劳动者因此起诉原用人单位要求赔偿经济损失而且往往能得到支持。<sup>[53]</sup> 对此笔者认为,应肯定这种损害赔偿请求权的存在,其请求权基础可以通过类推适用《劳动合同法》第 88 条基于侵害劳动者人身权益而发生的损害赔偿请求权而解决。

## (二) 用人单位享有的基于劳动义务违反的损害赔偿请求权

在我国的劳动法实践中,与该请求权相关联的约定赔偿请求权实际上已经普遍被认可。大量的劳动合同或者工作规章中都约定了在发生诸如劳动者迟到、旷工、未完成工作任务等违反给付义务的行为时,用人单位可以给予罚款或者扣除工资的条款。这种约定赔偿请求权,在我国的一些部门规章和地方性法规中也可以找到合法性依据,如 1994 年《工资支付暂行规定》第 16 条就明确肯定了用人单位可以根据合同约定而要求赔偿损失的权利,2003 年《北京市工资支付规定》第 11 条也规定,用人单位可在有劳动合同或者规章制度规定的前提下扣除劳动者工资。但如果用人单位与劳动者未约定此项赔偿请求权,而法律上又不明确承认法定的赔偿请求权的存在,在我国法官普遍怯于使用实质性解释方法(如目的论解释)更遑论对法律进行漏洞填补的现实背景下,用人单位的利益可能遭受劳动者的非法戕害而无法救济。因此,在学理上可以考虑类推适用《民法典》第 577 条违约责任条款而承认这种法定的损害赔偿请求权的存在。当然,这仅仅是权宜之计,更恰当的做法是在未来劳动法修法时予以明确规定。<sup>[54]</sup>

比较法上的雇主损害赔偿请求权可以在修法时作为借鉴。如《瑞士债法典》第 321e 条规定,劳动者因故意或者过失所加于雇主之损害,应负赔偿责任;劳动者注意义务之标准,依个别之劳动系确定之,应斟酌职业危险、教育程度、劳务所需之专业知识、以及雇主对劳动者能力与个性之认识或应有之认识。<sup>[55]</sup> 在德国法上,当雇员因其过错而不提供劳动时,雇主除了要求取消工资支付请求权之外,还可以依据《德国民法典》第 325 条第 1 款第 1 项要求雇员赔偿其所造成的损失;而在雇员履行劳动给付不适当且有过错的情形,雇主可以基于积极违约要求赔偿,但在雇员轻微过失的情形下不负赔偿责任。<sup>[56]</sup> 借鉴上述制度,笔者认为:鉴于用人单位对劳动者所付出的劳动并无瑕疵担保请求权,因此在劳动者无正当理由不为劳动给付时用人单位仅可以免除给付义务;而在劳动者因故意或者重大过失侵害债权并造成用人单位的损害时,用人单位方能主张损害赔偿。<sup>[57]</sup>

[53] 参见(2017)鲁 06 民终 2023 号判决书。

[54] 目前司法实践其实已经走在了立法的前面,例如四川省高级人民法院民事审判第一庭出台的《关于审理劳动争议案件若干疑难问题的解答》第 9 条规定:“劳动者在履行、解除劳动合同过程中因故意或重大过失给用人单位造成经济损失,用人单位起诉要求劳动者承担赔偿责任的,人民法院应予支持。”

[55] 参见黄越钦著:《劳动法新论》,中国政法大学出版 2003 年版,第 93 页。

[56] 参见[德]W. 杜茨著:《劳动法》,张国文译,法律出版社 2003 年版,第 78-81 页。

[57] 除前种请求权之外,劳动者与用人单位也可以在用人单位提供专项培训费用的前提下约定服务期,在劳动者违反服务期约定时,用人单位基于《劳动合同法》第 22 条可以享有违约金的给付请求权。

### (三) 用人单位享有的基于保护义务违反的损害赔偿请求权

就劳动者违反一般性的保护义务(有时也构成学理上的服从义务)的情形,应当赋予用人单位以相应的请求权。例如劳动者恶意磋商、消极怠工、对用人单位的指挥阳奉阴违、违反车间内禁止吸烟规定等。就这些问题,我国法上用人单位除可以解除合同(《劳动合同法》第39条)外并无明确的请求权可以救济,司法实践中的常见做法是制定劳动纪律或者劳动规章制度进行约束并对相关行为人进行罚款(扣工资),但这种做法其实并无法律根据。<sup>[58]</sup>而德国法上则允许雇主借助于《德国民法典》第280条的损害赔偿请求权进行救济。相较而言,德国法的法定损害赔偿请求权模式因其对用人单位的合法权益的保护更为有效,也更值得我们借鉴。在这种一般性的规定之外,还应就其下具体的请求权予以恰当规范。例如,应当就劳动者违反协助义务赋予用人单位以相应的请求权。如果这种协助义务已不可合理期待,如劳动者毁弃自己所掌握但本应交接的资料、物品给用人单位造成损失,法律上如不赋予用人单位损害赔偿请求权则难以公正地保护用人单位的合法权益。对此可以考虑的途径是借助《侵权责任法》第6条(《民法典》第1165条)过错责任原则对用人单位进行保护。

### (四) 用人单位享有的类合同请求权

就劳动者违反告知义务,也应当赋予用人单位相应的损害赔偿请求权。就劳动者违反告知义务(第8条),如劳动者虚构学位、学历、工作经验、伪造学历、资格证书等文件,用人单位可以请求确认合同无效并要求对方赔偿损失(第36条)。但就合同履行过程中的告知义务违反(包括违反工作障碍及危害报告义务),法律上并未明确用人单位是否享有损害赔偿请求权。司法实践中往往是双方在劳动合同或规章中对此进行约定或规定,但一旦缺乏约定或规定,则往往容易导致裁判困难。对此应当在立法上直接明确该种请求权。此外,就保密义务的违反,即便不存在就此义务的约定,也应当一般性地赋予用人单位以相应的损害赔偿请求权,从而避免合法权益被侵害之时无法救济。

## 五 劳动法上请求权体系的价值

限于学识、篇幅以及所针对问题的复杂性,上述劳动法上请求权体系必然是不完整的甚至也不乏错漏之处,它在某种程度上解决的是请求权体系有无的问题。但即便如此,它也能劳动争议案例的解题提供基本的方法论支撑,和为后续的学术研究提供可讨论的基础。同时,笔者也期待这种请求权体系在以下两个方面能有所贡献。

### (一) 实体与程序的衔接

正如拉伦茨所指出,请求权“这个概念不仅表明一种客观(实体法)上的权利,而且也表明一个特定人针对他人的特定请求权可以通过诉讼来主张和执行……它首先说明一种

[58] 1982年《企业职工奖惩条例》授予了企业罚款的权利,但该条例已被国务院2008年《关于废止部分行政法规的决定》(国务院令516号)废止。

实体法地位,同时也表明了“程序上的功能”<sup>[59]</sup> 这种功能主要体现在诉权、诉讼标的、证明责任等程序法与实体法的交叉性问题。

### 1. 诉权判断之简化

在当下以德国法为母本的法律世界中,脱胎于罗马法上訴权(Actio)的实体请求权与程序诉权已经分离,但二者之间的联系依然存在。尽管主流诉权理论已经抛弃了以实体权利作为诉权标准的观念(私法诉权说),但如果法律明确规定了某种请求权的存在,则一般而言主张该权利的起诉就应当被法院所允许。在常常以实体请求权的有无来决定是否立案的中国语境中,对于请求权的研究就更具实践意义。正如“全国性别就业歧视第一案”的遭遇所显示,当实体法上缺乏相应的请求权,即使规定了“可以提起诉讼”,法院也依然缺乏足够的勇气去进行处理。<sup>[60]</sup> 而本文揭示出来的在立法上有所缺失的“劳动者享有的基于促进义务违反的损害赔偿请求权”“用人单位享有的一般性的基于保护义务违反的损害赔偿请求权”等请求权,如果能在法教义学的层面得以明确,无疑将大大减少相关司法实务的犹豫和困惑,相关案件也能得到及时的处理。

### 2. 诉讼标的问题之厘清

而就诉讼标的(民事诉讼裁判的对象)问题,传统理论(旧实体法说)将诉讼标的视为实体法上的请求权,这一学说尽管受到了新诉讼标的论的挑战,但在我国和日本等国依然占据主流地位。就诉的类型中最为核心的给付之诉的诉讼标的,旧实体法说即以实体法上的请求权作为判断基准。<sup>[61]</sup> 劳动法上的请求权体系的建构无疑将对诉讼标的相关司法实务问题的处理产生积极意义。由此在劳动争议中,法官对于诸如诉的合并、分离、一事不再理等问题的处理,就可以借助于清晰的请求权体系去进行判断。例如,司法实践中较为常见的一种情形是,前诉中原告要求用人单位支付工资报酬,后诉中原告要求用人单位支付加班费。对此往往有法官认为这种情况应当构成“一事不再理”因而倾向于驳回后诉。但以本文的分析结论观察,劳动者享有的劳动报酬给付请求权和加班费给付请求权尽管都属于劳动者享有的给付请求权,但二者的构成要件并不一致,因此绝非属于同一请求权。由此前后两诉的诉讼标的并不一致,自然不应当以“一事不再理”为由驳回后诉。与之类似的还有劳动者前诉请求用人单位支付基于劳动合同解除的经济补偿金,后诉请求支付基于违法解除劳动合同的赔偿金,以及劳动者同时提出两种请求的情形。对此本文的分析框架中已经明晰这属于不同的两个请求权,同时主张二者或者分前诉后诉予以主张均不构成重复诉讼。<sup>[62]</sup>

### 3. 证明责任问题之解决

证明责任问题也以请求权体系为其前提和基础。目前证明责任分配的主流理论为规

[59] [德]卡尔·拉伦兹著:《德国民法通论》(上册),王晓晔等译,法律出版社2003年版,322页。

[60] 在曹菊(化名)诉北京巨人环球公司性别歧视案中,就原告提起的5万元的精神抚慰金请求,法院最终采取了调解结案的方式。参见《北京巨人教育公司被指性别歧视 遭女大学生控告》,http://www.china.com.cn/info/2013-12/19/content\_30939524.htm,最近访问时间[2019-06-05]。

[61] 参见江伟主编:《民事诉讼法》(第4版),中国人民大学出版社2008年版,第30页。

[62] 但基于法律的明确规定,劳动者最多只能拿到二倍于经济补偿金的赔偿金。因此如果前诉主张基于违法解雇的赔偿金并且得到满足的条件下,后诉主张基于劳动合同解除的经济补偿金并无“诉的利益”。

范说,规范说的核心原则在于,主张法规范上的相应法律效果的当事人,就该法律效果的前提性要件承担证明责任。<sup>[63]</sup> 而法律效果,在实体法上主要体现为对于请求权的否定或者肯定。因此在规范说之下,原告应当对肯定请求权存在的规范(权利形成规范)的要件进行证明,被告应当对否定请求权存在的规范(相对规范)的要件进行证明。<sup>[64]</sup> 由此,欲明晰劳动法上的证明责任分配问题,需要采取以下三个步骤:确定是何种请求权——明确请求权的基础规范、相对规范和辅助规范——对规范的要件进行解释。<sup>[65]</sup> 而这三个环节的工作,都与劳动法上的请求权体系密不可分。例如,就司法实务中较为常见的解雇补偿金争议,其证明责任问题的解决可以采取以下步骤:首先应在请求权体系中定位到劳动者所享有的基于保护义务违反的请求权,更具体地说是基于劳动合同解除的经济补偿金请求权;其次应明确其请求权基础在于《劳动合同法》第46条;进而通过对第46条及相关法条的解释,确定该请求权的请求原因(请求权基础规范的要件)为“劳动合同解除”而其抗辩(对立规范的要件)为“劳动者主动解除劳动关系或者劳动者有过失而被解除”;最后得出最终的证明责任分配方案:劳动者应当就上述请求原因承担证明责任,而用人单位应当就上述抗辩承担证明责任。正是基于对于请求权体系的理解,就劳动法上的证明责任问题我们可以抛弃传统上笼统的“倒置说”,而是像庖丁解牛一样将该问题细分为不同的请求权之下的证明责任问题,并逐个采取解释论的方法去解决。

## (二) 学理、实务与教育的提升与融合

### 1. 法学理论的深化

在学术研究中,请求权体系的价值首先体现为其能够加深对于劳动法本身的理解。通过对请求权及其相关规范的识别和梳理,法律人可以更好地理解看似杂乱的劳动实体法上各种规范之间的内在联系,也即所谓的“法律的意义脉络”(拉伦茨语)。由此,请求权体系能够将劳动法上的多部法律、多条规范和多种权利有机整合,成为一个统一整体。例如,《安全生产法》《职业病防治法》与《劳动合同法》都是并行的单行法,那么其意义关联何在?借助于法教义学上对于劳动法上请求权体系的建构,我们得以明确前两部法律是对于劳动法上的保护义务中的安全保障义务的规定,违反该义务能够产生相应的损害赔偿请求权。此外,这种法教义学的整理,也可以敦促我们对于法条中模糊混乱甚至是不当的地方予以重新解释和完善。例如根据《劳动合同法》第10条,用人单位与劳动者之间建立劳动关系应当订立书面劳动合同,而如果不订立书面劳动合同则用人单位需要支付二倍工资差额(第82条)。但法条并未考虑用人单位提出订立书面合同的要约而被劳动者拒绝的情形下,是否也应当支付二倍工资,这给司法实务造成了不少困扰。对于这种立法技术明显存在缺陷的法条,需要在解释论上明确该请求权的发生应当是基于相应的保护义务的违反而非基于不订立合同这一法律事实,在未违反保护义务之时不应该承认劳动者也享有请求权。最后,这种体系化的梳理,也可以用来发现劳动法中所存在的微观

[63] 参见[德]莱奥·罗森贝克著:《证明责任论》,庄敬华译,中国法制出版社2002版,第104页。

[64] 参见[德]莱奥·罗森贝克著:《证明责任论》,庄敬华译,中国法制出版社2002年版,第105-107页。

[65] 就劳动法上证明责任问题,传统学说认为应当采用倒置论,但实际上回归罗森贝克规范说反而更有助于该问题的恰当解决。参见袁中华:《劳动争议证明责任倒置说之批判》,《环球法律评论》2017年第3期,第121-136页。



的法律漏洞及宏观的体系性问题。正如后世的科学家根据门捷列夫的元素周期表来尝试发现新的元素,我们根据请求权体系对法条进行识别和整理,同样可以发现规范中所遗漏的请求权并考虑从教义学上予以补充和完善,并以此来促进立法的进步。而这种遗漏几乎都发生在用人单位一方的“一边倒”局面,也敦促我们去反思:我国劳动法在倾斜保护劳动者这条道路上是否已经走得太远。<sup>[66]</sup>

## 2. 法律适用的简化

在法律适用上,主要包括请求权基础的寻找和适用。与传统民事权利争议类似的是,在处理劳动争议时,无论劳动者、用人单位还是律师、法官、仲裁员,其所面临的最核心的问题在于:“谁得以向谁,依何种规范,主张何种权利?”这是法律适用中的核心问题,这种思维模式也被称之为请求权基础思维。<sup>[67]</sup> 法律人可在争议发生之后依次检索劳动法上的各种请求权,并将案件事实与请求权的构成要件事实之间互相比照,从而最终形成恰当的法律判断。这种判断过程逻辑严密,迥异于直觉或者经验式的处理,也因此可以减少后者可能带来的疏漏或者误判。鉴于劳动关系本身存在存续时间长、法律事实众多、法律关系复杂的特点,当事人遗漏诉讼请求从而再次起诉的情形不胜枚举。而劳动法上请求权体系的存在,将大大方便当事人及其代理人的“找法”过程,从而尽可能地在一次诉讼中主张所有可能的请求权,如此不仅可以减少诉讼成本的支出而且可以降低对司法资源的耗费。

此外,这种清晰的请求权体系也有助于减少法律适用的困惑,因为体系的存在使各种请求权的位置和类型被固定了,适用时“按图索骥”即可,无需进行复杂的论证。例如,司法实践中劳动者常常以用人单位未支付未休年假报酬而要求解除合同,由此产生的法适用问题有:未休年假报酬是否属于劳动法上的工资报酬?该争议是否适用请求劳动报酬的仲裁时效?劳动者是否享有单方解除权?<sup>[68]</sup> 以请求权体系的视角观察,上述问题其实不难解决。正如前文所论证,安排休假属于用人单位的保护义务而非基于合同成立而发生的劳动报酬的给付义务。因此未休年假报酬自然不能算作劳动法上的工资报酬,自然也不能适用相应的诉讼时效,由此劳动者也无法依《劳动合同法》第 38 条享有单方解除权。退一步讲,即便没有第 38 条,鉴于这种保护义务的违反并未导致合同目的无法实现(《民法典》第 563 条第 1 款第 4 项),因此也不宜认定单方解除权的存在。与上述问题类似的还有基于未签订书面劳动合同的二倍工资差额请求权,是否适用请求劳动报酬的仲裁时效的问题。<sup>[69]</sup> 基于该请求权在体系中的位置(类合同请求权),自然应当予以否定性的回答。

## 3. 法学教育质量的提高

长期以来,我国法学教育更侧重于法学概念、法律规则和法学理论的学习,对此可作

[66] 参见董保华著:《劳动合同法立法的争鸣与思考》,上海人民出版社 2011 年版,第 149-174 页。

[67] 参见王泽鉴著:《民法思维:请求权基础理论体系》,北京大学出版社 2009 年版,第 41 页。

[68] 参见高战胜:《劳动者不能以用人单位未付未休年假报酬为由解除劳动合同》,《法学杂志》2015 年第 11 期,第 57-59 页。

[69] 参见董文军:《劳动合同法中的意思自治与国家强制——源自劳动合同书面形式强化的思考》,《社会科学战线》2016 年第 9 期,第 228 页。

为例证的是几乎所有法学教科书都采取“概念—学说—要素—分类”这种思路或类似的编排体系,而且极少有实务案例的分析。案例教学法尽管已在不少法学院推广,但在整个法学教育体系中并非主流。由此法学教育与法学实践存在严重的脱节,学生在走上工作岗位之后,常常难以很快适应工作角色而恰当处理司法实务问题。如何扭转这种局面?请求权体系和请求权思维方法的培养以及相关的案例研习训练的展开无疑是可行之道。

尽管劳动法上请求权体系出自于学理的建构,但它本身也应当是法学教育和法律实务所共享的专业知识和思维范式。易言之,法学理论、法律实务和法学教育三者本就应该是互相融合互相促进的。借助于请求权体系,这种融合和促进将变得更为可能。而劳动法上请求权体系的进一步完善和深化,一方面有赖于劳动法教义学自身的发展及创新,另一方面则有赖于《劳动合同法》等法律及司法解释的修订。唯此,才能平衡用人单位和劳动者的合法权益,构建和谐劳动关系。

[本文为作者主持的2019年度国家社会科学基金项目“请求权视角下民事诉讼法与民法典问题对接研究”(19BFX082)的研究成果。]

---

---

[**Abstract**] The absence of the system of claim rights in labor law, both in theory and practice, has caused many problems in judicial practice. Therefore, the construction of this system is urgently needed. The basic framework of this system should be based on the distinction between the primary and the secondary rights of claim, and between the payment obligation and the protective obligation. Therefore, both laborers and employers have the following rights: 1. the primary rights of claim based on the payment obligation; 2. the secondary rights of claim based on the violation of the payment obligation or other causes; 3. the primary rights of claim based on the protective obligation under some special circumstances; 4. the secondary rights of claim based on the violation of the protective obligation; and; 5. the similar rights of claim in contract. On this basis, China should further examine and interpret the Labor Contract Law and other relevant laws, so as to not only distinguish and classify the relevant claim rights and realize their systematization, but also indentify many claim rights that have been missing in the law, and improve them in terms of hermeneutics and legislation. The construction of the system of claim rights in labor law is of great significance to the connection between substantive laws and procedure laws, as well as to the improvement and integration of legal theory, legal practice and legislation.

---

---

(责任编辑:姚佳)