

应对灵活用工的劳动法制度重构

涂永前*

内容提要 经济发展与科技进步带来了生产组织方式和用工方式的变革,在工厂制下的全日制用工形式之外,出现了大量的“非全职、非全时、非典型”的灵活用工现象。灵活用工的各种形式对全日制用工形式的劳动法制产生了冲击和挑战,传统的劳动法体系应该进行制度重构:扩大劳动法的调整范围;对各类灵活用工形式分类规制;对劳动法中的强制性规范和自治性规范进行合理配置;进一步优化劳动法三层调整模式;重构劳动法与民法的功能分工。

关键词 灵活用工 非标准劳动关系 劳动法

一、灵活用工的现状及其内涵

20 世纪 70 年代以来,伴随着经济发展与科技进步,带来了用工方式的变革。为增强竞争优势,西方国家企业的劳动关系与用工制度处在深刻的变革之中,加之过去 30 年全球化发展持续加速,出现了大量的“非全职、非全时、非典型”的灵活用工现象。^① 据资料显示,2001 年至 2005 年期间,欧盟国家灵活用工(包括自雇)占就业总人数的比例从 36% 上升至 40%,尤其在新的就业机会中,灵活用工占据了 60%。^② 日本在 2014 年的临时工、社外工、期间工、兼职者、派遣员工等灵活就业者(non-regular workers/employees)占其总就业人口的 37.4%,达到 1962 万人,^③2015 年则上升到 37.5%,而在 1985 年,这个比例只有 16.5%。^④ 2000 年我国的非正规就业在城镇总就业规模中已经

* 中国人民大学劳动人事学院副教授,法学博士。

① 参见杨燕绥、赵建国编著:《灵活用工与弹性就业机制》,中国劳动社会保障出版社 2006 年版,前言,第 4 页。

② 参见李干:《弹性与安全:审视〈劳动合同法〉的修改》,载《探索与争鸣》2016 年第 8 期。欧盟劳动力调查(EULFS)显示,2012 年德国总就业人数(15-64 岁)为 3925 万人,其中非全日制就业人数为 1007 万人,占 25.65%,达到历史最高水平。孙秀明、李清海:《德国部分工时工作的现状及保障:基于平衡女性工作与家庭冲突视角的分析》,载《德国研究》2014 年第 10 期。

③ See The Japan Institute for Labour Policy and Training, Labor Situation in Japan and Its Analysis: General Overview, downable at 2015/2016 <http://www.jil.go.jp/english/lstj/general/2015-2016/2015-2016.pdf>;

④ 参见香川孝三:《他山之石:国外专家如何看待“灵活用工”》,载《人力资源》2016 年第 11 期。

超过正规就业^⑤尤其是最近五年来,随着我国社会整体进入移动互联网技术时代,“互联网+”、人工智能(AI)、大数据、云计算、共享经济、零工经济^⑥等新技术、新业态、新模式的产生,灵活就业的形式更加多样,在“大众创业、万众创新”的背景下,我国灵活就业、灵活用工的态势发展迅猛。^⑦据人社部统计公报,截至2014年底,全国16-59周岁的劳动适龄人口总数为9.1583亿,就业人口总计7.7253亿人,而其中能够进入正规部门就业的人员仅有2.9亿人,这说明剩下的劳动人口基本上是在非正规部门工作的灵活用工。

灵活用工也被称为灵活就业,它们分别是从事用人主体和劳动者角度来描述劳动力市场灵活性的两个名词。^⑧我国的灵活就业概念源于国际劳工组织(International Labour Organization, ILO)的“非正规部门(informal sector)就业”概念。国际劳工组织在1972年《就业、收入与平等:肯尼亚增加生产性就业的战略》(Employment, Incomes and Equality: A Strategy for Increasing Productive Employment in Kenya)^⑨的研究报告中,首次提出了“非正规部门就业”的概念;在《世界就业报告1998-1999年:经济全球化背景下的就业能力培训的重要作用》(World Employment Report 1998-99—Employability in the Global Economy: How Training Matters)^⑩中进一步明确了“非正规部门”的含义:“非正规部门”包括雇佣工人的小企业、主要利用家庭成员劳动的家庭企业和自谋职业者。在过去的40多年时间里,“非正规部门”的概念和内涵也在不断演进。^⑪总之,国际上“非正规部门就业”主要是指那些参与规模小、资金少、技术和技能要求不高、收入不稳定的生产经营服务机构的从业者以及自雇型就业等经济活动。

⑤ 参见姚宇:《中国非正规就业规模与现状研究》,载《中国劳动经济学》2006年第2期。

⑥ 通常认为共享经济(sharing economy)与零工经济(gig economy)异曲同工,二者都是依靠“互联网+”平台产生的新业态,但二者各有侧重,共享经济的核心是平台使用者通过彼此信任的平台匹配闲置资源需求,达到交易成本最小化,从经济理论上讲对于平台服务需求者来说可以理解为以“租赁合同”替代“买卖合同”,由“重所有权”向“重使用权”转移,而零工经济的精髓是平台就业者通过个人技能、特长和劳动来获取报酬,前者如国外的Uber、Airbnb、Yelp,国内的美团、小猪短租、大众点评等信息资源分享型网络平台,后者如58同城、e代驾、e兼职平台提供个人技能或劳动需求匹配服务的经济形态。

⑦ 最近几年来,我国劳动力市场呈现出不同以往的新型灵活就业特征,主要表现在:高学历、高技能自由职业者比重不断攀升;依托新业态如阿里巴巴、淘宝、京东、58到家等主流电商和分享经济平台产生的新型灵活就业者,以及依托众创空间、孵化器、类似海尔企业的创业平台等引导的新模式——创业孵化平台所产生的创业者群体不断扩大;灵活就业者与创业者之间的界限越来越模糊,并且存在相互转化。详见张成刚、祝慧琳:《我国劳动力市场新型灵活就业的现状和影响》,载《中国劳动》2017年第9期。

⑧ 从劳动者角度来讲的灵活就业,反过来从用人主体角度讲就是灵活用工,两者的外延大体一致,但并不完全相同,如灵活就业中的自雇者就没有用人主体。

⑨ International Labour Office, *Employment, Incomes and Equality: A Strategy for Increasing Productive Employment in Kenya*, Geneva: International Labour Office, 1972.

⑩ A. Tchaban (ed.), *Towards more flexibility in training: A review of some experiences in rationalizing*, EMPLOYMENT AND TRAINING PAPERS, at http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@ed_emp/documents/publication/wcms_120392.pdf (Last visited on June 24, 2018).

⑪ See Paul E. Bangasser, *The ILO and the informal sector: an institutional history*, the Working Paper of ILO 2000/9, at http://www.ilo.org/employment/Whatwedo/Publications/WCMS_142295/lang-en/index.htm (Last visited on June 24, 2018).

从字面上看,“非正规就业”有贬义之嫌,我国官方不主张使用“非正规就业”概念,而更倾向于用“灵活就业”概念。^⑫我国官方首次使用灵活就业的提法是在2001年的《国民经济和社会发展第十个五年计划纲要》中,在人口、就业与社会保障重点专项规划中提出了要引导劳动者转变就业观念,采取非全日制、临时性、阶段性和弹性工作时间等多种灵活的就业形式。^⑬2002年劳动和社会保障部劳动科学研究所发布了《我国灵活多样就业形式问题研究报告》,对灵活就业做了如下界定:在劳动时间、劳动报酬、工作场地、保险福利、劳动关系等某一方面或几个方面不同于建立在工业化和现代工厂制度基础上的、传统的主流就业方式的各种就业形式的总称。^⑭灵活用工(灵活就业)的方式非常广泛,根据不同标准可做不同的分类。国外通常将灵活就业分为11种形式:非全日制就业、短期就业、派遣就业、季节就业、待命就业、兼职就业、远程就业、承包就业、独立就业、自营就业和家庭就业。我国一般把灵活就业分为6大类,即:生存型的社会劳动组织、其他非正规部门就业、正规部门中的灵活就业、劳务派遣型工作、闲散劳动、自由职业者。^⑮2004年4月,国务院新闻办公室发布的《〈中国的就业状况和政策〉白皮书》中指出:“发展灵活多样的就业形式,增加就业途径。中国政府鼓励劳动者通过灵活多样的方式实现就业,积极发展劳务派遣组织和就业基地,为灵活就业提供服务和帮助。政府制定了非全日制用工、临时就业人员医疗保险等政策,在劳动关系、工资支付、社会保险等方面建立制度,促进和保障灵活就业人员的合法权益。”从该表述可见,我国政府对灵活就业给予高度评价并认为这是一种促进就业的重要形式。2016年3月,中共中央在“十三五规划纲要”第六十二章“实施就业优先战略”中明确提出“加强对灵活就业、新就业形态的扶持,促进劳动者自主就业”,再次对灵活就业加以强调,并明确提出要加强对灵活就业的扶持力度。近年来,作为劳动领域的全球性组织——国际劳工组织(ILO)2016年发布了有关非标准就业的报告《世界非标准就业:了解挑战,形塑未来》(Non-standard Employment Around the World: Understanding Challenges, Shaping Prospects),其中明确提出了非标准就业(non-standard employment, non-standard form of employment)的概念,“非标准就业”包括四种与“标准雇佣关系”(即全日制、无固定期限,并且构成雇主与雇员从属关系一部分的雇佣形式)不同的雇佣安排:1. 临时性就业,包括固定期限合同,包括基于项目或任务的合同;季节工作;零工,包括日结工资的工作等固定期限的雇佣;2. 非全日制和应召工作,其中包括正常工时少于相应的全日制工作;最低限度的非全日制工作(marginal part-time employment);随时待命工作

⑫ 参见劳动和社会保障部劳动科学研究所:《中国灵活就业基本问题研究》,载《经济研究参考》2005年第45期。由于受到传统计划经济和单位制就业模式影响,在过去人们对于非正规就业的印象多是负面的。在这种负面印象指导下,我国很多城市在管理对策上,对于农民工的非正规就业常常采取排斥的态度,造成不良社会影响,所以后来该概念在我国官方文件中逐渐消失。

⑬ 参见吕红:《转型期灵活就业可行性的理论分析》,载《当代经济》2007年第3期。

⑭ 参见劳动和社会保障部劳动科学研究所:《灵活多样就业形式问题研究报告》(2001)。

⑮ 参见劳动和社会保障部劳动科学研究所:《中国灵活就业基本问题研究》,载《经济研究参考》2005年第45期。

(on-call work), 包括零工时合同 (zero-hours contracts); 等等非全日制的雇佣; 3. 多方雇佣关系, 其中包括“劳务派遣 (dispatch)”、“经纪 (brokerage)”和“劳动雇佣 (labor hire)” ; 临时介绍所工作; 分包劳动; 等等与最终用工单位不存在直接或从属关系的雇佣。4. 隐蔽性雇佣/依赖性自雇就业, 其中包括隐蔽性雇佣、依赖性自雇就业、假性或错误分类的自雇就业 (disguised employment, dependent self-employment, sham or misclassified self-employment) 等等不构成雇佣关系的雇佣形式。^{①⑥} 对非标准劳动关系, 目前我国学界还没有较为一致的明确界定, 其主要特点通常被概括为“有劳动没关系和没关系有劳动”。这种新的分类方式看起来虽然简单, 但是仍旧很难完全概括不同国家广泛存在的灵活多样的雇佣形式。例如在我国广泛存在的学生工、业务外包、下岗、协保、停薪留职、内退、退休返聘等形式。总之, 我国官方机构的表述一直没有统一,^{①⑦} 但从目前来看实务界和学界最广泛接受的表述是灵活就业或灵活用工的表述。^{①⑧}

二、灵活用工对现有劳动法体系的冲击

(一) 传统的劳动法体系是伴随着工业化和现代工厂制度而发展起来的

劳动关系是由于劳动力与生产资料分属不同主体但又相互结合而产生的一种社会关系。在资本主义社会, 由于劳动力和生产资料分属不同的主体, 生产资料的拥有者通过工资支付, 购买劳动力与生产资料相结合以实现劳动过程, 从而出现了大量的劳动关系。在资本原始积累阶段, 资本主义国家制定了一系列“劳工法规”调整劳动关系, 这些“劳工法规”通过限定最高工资、最低工时等内容剥削劳动者、保障资本家利益。在自由竞争阶段, 资本主义国家转变规制方式, 通过民事规范来调整劳动关系。同时, 开始出现一些“工厂立法”, 如 1802 年英国制定的《学徒健康与道德法》(Health and Morals of Apprentices Act 1802)。由于该法是第一部旨在改善劳动条件、限制劳动时间、保障劳动者权益的法案, 因此被公认为是劳动法产生的标志。自此, 私法的平等协商理念与公法的国家干预理念相融合, 逐步形成了一个以保障劳动者权益为宗旨的独立的劳动法体系。^{①⑨}

^{①⑥} ILO, Non-standard employment around the world: Understanding challenges, shaping prospects, at http://www.ilo.org/global/publications/books/WCMS_534326/lang-ja/index.htm (Last visited on June 24, 2018).

^{①⑦} 近两年来, 政府部门也有开始使用“非标准就业”之类的表述, 如“在今日召开的‘劳动世界的未来高级别三方对话会’上, 人社部部长尹蔚民透露, 人社部正在研究新的生产组织方式、新的就业形式, 特别是“非标准”就业形式, 对社会保险制度、劳动合同和劳动者权益保护带来的挑战, 努力从顶层制度设计和法规政策实施的角度, 提出相应的解决方案。”参见张鑫《人社部研究“非标准”就业形式 拟出劳动者保护方案》, 载 http://www.legaldaily.com.cn/index/content/2016-09/06/content_6794333.htm?node=20908, 最后访问时间: 2018 年 4 月 20 日。

^{①⑧} 例如, 在各级社保机构及国家税务总局针对个人及企业推广适用的税收管理网络信息系统——“金税三期”针对灵活就业者已经设置了专门的公共服务安排。该系统围绕着“一个平台、两级处理、三个覆盖、四个系统”的总体目标建立, 其主要功能是基于更加强大的大数据评估及云计算。关于“灵活就业人员”保税服务, 可详细参见《金税三期社保系统用户手册》(标准版 2016.12) 中关于“灵活就业人员”设置的专门报税模块。

^{①⑨} 参见王全兴《劳动法》, 法律出版社 2004 年版, 第 3-5 页。

从19世纪末至20世纪,主要工业化国家的劳动法体系所依据的社会背景是:大量的成年男性劳动者在雇主的工厂中,以不定期的劳动合同形式,服从雇主的指示,提供特定的劳务,劳动场所集中,时间节奏单一,所需技能单纯等。^①随着工厂制的建立和工业化进程的加深与扩展,不仅产生了一个新的工人阶级,他们是社会财富的主要创造者,还产生了一种新的生产生活方式,他们与雇主所建立的雇佣关系具有重要的社会属性。^②与此相适应的,各国劳动法体系基本形成了一种三层调整模式。在宏观层次上,国家规定最高工时、最低工资、休息休假等劳动基准法,通过公法的强制力保障劳动者最基本的生存权益;在微观层次上,通过劳动合同法调整个别劳动关系,赋予劳动者与用人单位自治权,通过平等协商确定劳动合同内容来保障双方的权益;在中观层次上,通过集体谈判调整集体劳动关系,在国家限定的集体谈判框架下,劳资双方充分协商,化解彼此矛盾与分歧,体现了公私法融合的特点。^③

(二) 生产组织方式变革产生的灵活用工对劳动法制的新需求

1. 生产组织方式变革导致用工模式(劳动关系)的变化

科技的发展带来了生产组织方式的巨大变革,使传统的工业化社会向依靠科技进步为主的知识经济时代转变。从第一次工业革命到现在,人类社会从机械化,经历了电气化和信息化,走向了今天以工业4.0为标志的智能化社会。传统的高度组织化、大规模、标准化的“福特主义”生产模式已经让位于“丰田主义”的即时生产模式。除了传统产业的智能化改造外,知识密集型的新兴产业蓬勃兴起,整个社会的经济结构和社会结构发生了根本性变革。

生产力的提升使得人们不仅要获得足够多的产品,还需要产品的多样化和满足个性化需求。标准化的生产方式虽可生产丰富的产品,但无法满足个性化和多样化的消费需求。因此,企业为了生存自觉或不自觉地都在进行着生产组织方式的变革,并建立与即时生产方式相适应的用工体制。高度组织化的、大规模的、标准化的生产组织方式变成了松散的、小规模、非标准化的生产组织方式。大数据技术的发展,使得企业可以根据消费者的需求及时增减订单,并实现产品的升级换代,灵活地应对市场上的风吹草动。这种生产组织方式的变化客观上需要企业的雇佣方式发生相应的变化,也即企业需要更加灵活地雇佣劳动者。从劳动者的角度看,在知识经济时代,人们摆脱了体力上的束缚,知识的创造者、传播者和运用者成为就业的主力军,他们需要更多时间来陪伴家人、自我学习与娱乐,他们的劳动更加独立和自主,他们需要更加灵活化和个性化地安排工作与休息时间,使得工作与生活平衡的理念真正变成现实。用人单位与劳动者的共同需求促使除了建立传统的标准劳动关系外,劳务派遣、服务外包、非全日制合同、零工时合同(zero-hour contracts)、随时待命合同(on-call contracts)等多样化雇佣形

^① 参见黄越钦《劳动法新论》,中国政法大学出版社2003年版,第9页。

^② 参见周永平《当代劳动关系法律制度研究》,中国方正出版社2010年版,第21页。

^③ 参见董保华《劳动合同法立法的争鸣与思考》,上海人民出版社2011年版,第47页。

式不断涌现。

2. 劳动关系的变化对劳动法制的冲击和挑战

工业化和工厂制的雇佣制度所形成的传统劳动关系可称之为标准劳动关系。所谓标准劳动关系,是指以用人单位与劳动者之间建立一种劳动关系、8小时全日制劳动、遵守一个雇主的指挥、工作场所固定、获取全薪、签订劳动合同等为特征的劳动关系。^{②③}对于这种传统劳动关系,很多国家的劳动法基本都建立了三层调整模式进行规制。但生产组织方式的变革导致标准劳动关系出现了非标准的特征,为适应市场竞争的需要,各种灵活的就业方式或用工方式应运而生。正如日本学者马渡淳一郎所指出的:“雇佣的软化化,非典型雇佣的扩大,劳动力供需体制的多样化是世界各国雇佣体系变化的共同现象。”^{②④}我们可以把劳动过程进一步分解为许多劳动要素,这些劳动要素包括雇佣方式、工作时间、工作地点、付酬方式、岗位类别等。其中,雇佣方式可进一步分解为合同制、派遣制、承包制、劳务制、委任制、短期或临时制;工作时间可进一步分解为全日制、部分时间、不定工时、钟点工时、任务工时;工作地点可进一步分解为固定场所、非固定场所和居家工作;付酬方式可进一步分解为全薪、非全薪、劳务费、佣金、钟点费;岗位类别可进一步分解为策划人员、经理人员、技术人员和普通员工。不同类型的灵活用工方式不过就是各种劳动要素的不同组合而已。^{②⑤}

与标准劳动关系相比,灵活用工所形成的非标准劳动关系具有以下特征:第一,劳动关系多重化。在标准劳动关系中,劳动者只与一个雇主建立劳动关系;而在非标准劳动关系中,由于劳动时间和劳动地点的灵活性安排,劳动者可以同时建立两个以上的劳动关系。第二,劳动时间灵活化。在标准劳动关系中,实行全日制工时制度;而在非标准劳动关系中,劳动者的劳动时间由合同约定可以灵活安排,不受传统的工时制度的限制。第三,劳动场所灵活化。在标准劳动关系中,劳动者是在用人单位安排的劳动场所进行劳动;而在非标准劳动关系中,劳动者的工作地点不再固化,可以流动工作,也可以居家办公。第四,劳动关系的从属性减弱。在标准劳动关系中,劳动者对于用人单位来讲具有人格、经济和组织方面的从属性;而在非标准劳动关系中,由于雇佣方式的变化、劳动时间和劳动地点的灵活化、付酬方式的多样化等因素,使得劳动者对于用人单位的从属性变弱。劳动者个体的独立性,使得组织从属性变弱;雇佣方式的变化使得劳动者的人格从属性变弱;劳动者能力的提高使得劳动者经济从属性变弱。^{②⑥}

灵活用工的诸多特点给传统的劳动法制带来了冲击和挑战。从宏观层面来看,传统劳动法制定了许多劳动基准,但这些劳动基准一般适用于工厂制下的标准劳动关系。最低工资制度一般适用于全日制用工关系,但在灵活用工中,非全日制工、小时工、临时用工非常多,这就需要制定科学的最低小时工资。该小时工资的制定需要考量许多因

^{②③} 参见董保华《非标准劳动关系》,载《学术研究》2008年第7期。

^{②④} [日]马渡淳一郎《劳动市场法的改革》,田思路译,清华大学出版社2006年版,第3页。

^{②⑤} 参见杨燕绥等编著《灵活用工与弹性就业机制》,中国劳动社会保障出版社2006年版,第20页。

^{②⑥} 参见陈晓宁《论非标准劳动关系的法律规制》,载《时代法学》2010年第3期。

素,如当地城镇居民的最低收入、消费状况、社会保险费的分摊比例、其他福利待遇等。再从工时制度来看,灵活用工需要更加灵活多样的工时制度,我国除了标准工时外,还有不定时工时制、延长工时制、综合计算工时等制度,但这些工时制度限制性条件较多,已经不能满足我国企业和劳动者对用工时间灵活安排的需要了。从中观层面来看,劳动者拥有的集体谈判权是劳动三权的重要权利之一,法律上应该保证每一位劳动者的集体谈判权。对于灵活就业者来讲,其可能与几个用人单位都建立了劳动关系,但按现有的集体协商制度,这些灵活就业者参与集体协商还有很多障碍。再者,灵活用工需要签订更加个性化的劳动合同,这种个性化较强的劳动合同与集体合同如何协调等问题,都需要劳动法予以关注。从微观层面来看,我国劳动合同法对适格劳动者及其用人单位进行严格的限制,而现实中,灵活用工形式的主体广泛而多样,原有劳动合同法的覆盖范围过于狭窄,已经不能满足现实的法律需求。再者,劳动合同法对劳动合同的形式、订立、履行和解除等都规定了许多限制性条款,而这些带有强制性的法律规定对灵活用工中劳资双方产生了诸多限制,迫使现实中的许多灵活用工关系是在法律规制范围之外非规范化地运行。灵活用工关系也造成了原有劳动合同法调整的缺位现象,比如,一个劳动者可能建立多重劳动关系,这样的劳动者是否需要履行保密义务,是否可以在两个或以上具有竞争性的用人单位从业,用人单位是否应该享有对劳动者用工状态的知情权,不同的用人单位如何分担劳动者的社会保险费用等,我国劳动合同法对这些问题都没有作出明确的规定。

综上所述,灵活用工对现有劳动法制的冲击和挑战主要表现在两个方面:第一,我国现有劳动法制是与标准的全日制用工关系相契合的,但许多强制性规定并不符合灵活用工的实际情况,如果强行适用则会造成对企业和劳动者的限制;^{②7}第二,灵活用工表现出来的许多新特征还无法在现有的劳动法制中找到现成的规定,存在法律漏洞,传统劳动法制在调整灵活用工过程中出现的现实问题显得捉襟见肘。

三、劳动法对灵活用工冲击的回应

中共中央国务院《关于构建和谐劳动关系的意见》(10号文件)指出,要不断探究和把握社会主义市场经济条件下劳动关系的规律性,积极稳妥推进具有中国特色的劳动关系工作理论、体制、制度、机制和方法创新。2017年10月党的十九大报告中更进一步指出:就业是最大的民生。要坚持就业优先战略和积极就业政策,实现更高质量和更充分就业……破除妨碍劳动力、人才社会性流动的体制机制弊端,使人人都有通过辛勤劳动实现自身发展的机会。完善政府、工会、企业共同参与的协商协调机制,构建和谐劳

^{②7} 在一项与国内某最大移动出行平台的劳动关系状况合作调研项目当中,我们发现从全国范围来看,该平台上的司机75%都是兼职司机,他本身有一个全职工作,拥有四险一金或者五险一金。他们不愿意和移动出行平台签劳动合同。

动关系。“劳动法在社会主义国家处于更加突出的重要地位。社会主义以人为本,尤要以劳动者为本;认真对待权利,尤要认真对待劳动者权利;全心全意为人民服务,尤要全心全意为劳动者服务。”^{②⑧}鉴于灵活用工方式的蓬勃发展已经对我国现有劳动法制带来巨大的挑战,我国应对灵活用工的法律规制进行系统研究和顶层设计,立足我国的国情基础,借鉴国外有益经验,探索具有中国特色的灵活用工劳动法调整模式。

(一) 劳动法调整范围的重构

灵活用工的蓬勃发展客观上要求劳动法保护灵活就业者的权利,而我国现有劳动法对于劳动关系的认定标准过于严苛,如《劳动法》和《劳动合同法》通过严格限定的方式把其调整范围局限在一个狭小的范围,剥夺了许多本应纳入劳动法保护的灵活就业者的资格。灵活用工的许多新的雇佣形式颠覆了传统劳动关系的认定标准,我国应该重新确定劳动关系的内涵,并扩大其外延,把众多的灵活就业者纳入劳动法的覆盖范围之内。

1. 劳动关系认定标准的再探讨

劳动关系脱胎于雇佣关系,在现代劳动法产生之前,雇佣关系就已经存在。从历史上看,“雇佣”一词早在罗马法中就已经被使用,罗马法把雇佣契约定义为:“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向其提供一系列服务。”^{②⑨}《法国民法典》承袭了罗马法的传统,把雇佣关系也作为租赁关系进行调整,雇佣被视为劳动力的租赁,《法国民法典》第1711条规定:“雇佣,是指劳动与服务的租赁。”该法第1710条规定:“劳动力的租赁是指,一方当事人承担义务,为他方完成某种事务并由该他方向其支付经双方约定之报酬的契约。”^{③⑩}王泽鉴先生认为,雇佣合同“即受雇人于一定或不一定之期限内,为雇佣人服劳务,雇佣人负担给付报酬的契约”。^{③⑪}

劳动法学界一般认为,具有从属性或隶属性是劳动关系区别于雇佣关系等其他社会关系的本质属性。我国原劳动和社会保障部于2005年发布了《关于确立劳动关系有关事项的通知》(劳部发〔2005〕12号)中,也是依据从属性理论对劳动关系进行认定的。但实际上,既然劳动关系是由雇佣关系演变过来的,劳动关系与雇佣关系在某些属性上具有一致性,两者都兼有平等性与隶属性、财产性与人身性的特征。例如,一位打扫卫生的家庭钟点工与雇主之间是典型的雇佣关系,而一个在工厂中每天工作8小时的雇工与雇主之间是典型的劳动关系。钟点工与雇主、雇工与雇主之间都具有平等性和财产性,他们之间都是意志自由的、平等的主体,钟点工和雇工付出劳动获得财产性收入;钟点工与雇主、雇工与雇主之间也都具有隶属性和人身性,无论是钟点工还是雇工都要听从雇主的指挥、支配和安排从事相应的劳动,这表现为隶属性;同时,雇主之所以会聘请此雇工或此钟点工,是因为彼此建立了一种信任关系,这就表现为一定的人身性。

^{②⑧} 涂永前、邱本《关于劳动及劳动法的思考》,载《上海师范大学学报》(哲学社会科学版)2018年第2期。

^{②⑨} [意]彼得罗·彭梵得《罗马法教科书》,黄风译,中国政法大学出版社1996年版,第376页。

^{③⑩} 《法国民法典》,罗结珍译,中国法制出版社1999年版,第388页。

^{③⑪} 王泽鉴《债法原理》(第1册),中国政法大学出版社2001年版,第81页。

伴随着工业化和工厂制发展起来的传统劳动关系还有两个区别于雇佣关系的特征:其一,劳动关系具有更强的从属性或隶属性。在劳动关系中,劳动者的劳动“在于高度服从雇方之情形下行之”,其隶属性要比雇佣关系更强,而且劳动者“提供其职业上之劳动力”。^②换句话说,劳动者以其为职业,为生活的主要来源,因此,其人身依附性也就更强,这也是传统劳动法理论区分劳动关系与雇佣关系的一个重要标准。其二,与传统的雇佣关系相比,劳动关系具有一定的经营性或营利性。劳动关系的确立是资本使用劳动力,这种使用具有一定的生产性或经营性,雇佣关系因其经营才转变为劳动关系。^③

马克思的劳动价值理论深刻地揭示了普通的雇佣关系与已经演变为劳动关系的雇佣关系之间的本质区别。我们还以上文提到的钟点工和雇工为例进行简要分析:马克思科学地把劳动与劳动力区别开来,^④指出雇工(工人)获得的工资并不是劳动的对价,而是劳动力的对价。雇工(工人)将自己的劳动力出卖给雇主,雇主支付劳动力的对价后,就拥有了劳动力的支配权、使用权,劳动力与生产资料的结合使抽象劳动凝结或物化在商品上。雇工(工人)在劳动力的使用过程中,创造的价值大于劳动力本身的价值,剩余价值就变成了雇主的营利。对于钟点工来讲,雇主支付的报酬是劳动的对价,而不是劳动力的对价。这其中最关键的区别在于,资本雇佣劳动要获得剩余价值,而普通的雇佣劳动是为了自己或家庭生活之需,并不因此而营利,此时的报酬就是劳动的对价而不是劳动力的对价。因此,政治经济学上对劳动与劳动力的区分,帮助我们厘清了普通的雇佣关系与劳动关系的本质区别。

随着各种灵活用工形式的涌现,各种形式的弹性用工或者非标准劳动形式使得传统劳动法理论所说的人格从属性、经济从属性和组织从属性都处于不断的弱化过程中。因此,在新的用工形式不断涌现的情况下,以具有较强的隶属性来判定是否属于劳动关系已经不具有唯一性。但是,在无法以隶属性的强弱来准确判定某一灵活用工形式是雇佣关系还是劳动关系的情况下,却可以把“营利性”作为区分雇佣关系和劳动关系的一个标准,因为这种“营利性”意味着雇主可以通过他人的劳动获取收益,而劳动过程中的雇工则应该获得法律更多的关注,以保障其利益不受侵害。劳动法是调整劳动关系的法律部门,在不同的历史时期或者不同的国家,其调整劳动关系的范围是不同的。也即劳动关系的内涵与外延因受到历史发展过程中经济、政治、文化、国情等客观因素的影响而不断进行调整。一个国家在某一时期可以依据不同的标准把不同的社会关系作为劳动关系进行调整,问题的关键在于,以不同的灵活就业方式工作的劳动者是否需要

② 史尚宽《债法各论》,中国政法大学出版社2002年版,第294页。

③ 参见郑尚元《雇佣关系调整的法律分界》,载《中国法学》2005年第3期。

④ 恩格斯在1891年为马克思《雇佣劳动与资本》单行本所写导言中指出:我所作的全部修改,都归结为一点。在原稿上是,工人为取得工资向资本家出卖自己的劳动,在现在这一版中则是出卖自己的劳动力。关于这点修改,我应当做一个解释。向工人们解释,是为了使他们知道,这里并不是单纯的咬文嚼字,而是牵涉到全部政治经济学中一个极重要的问题。参见《马克思恩格斯文集》第1卷,人民出版社2009年版,第702页。

劳动法的特别保障。

2. 劳动关系范围的扩大

新技术革命使得生产资料出现了数字化、信息化、智能化、网络化的趋势,劳动者与生产资料的结合呈现出就业关系灵活化、工作碎片化、工作安排去组织化的特征。^⑤ 趋于稳定的新就业形态主要包括以下几种:第一种电商平台就业形态,以淘宝平台最具有代表性;第二种创业式就业模式,依托孵化器、企业创业平台的创业者就业模式;第三种分享经济就业模式,如美团、58 到家等平台最具代表性。^⑥ 电商平台是一个产品和服务的销售平台,一边是众多的消费者,一边是依托平台提供产品和服务的供应商。在淘宝类电商平台上的供应商(店主)多半是自雇劳动者。创业式就业由于创业者自筹资金,自主经营,依托创业平台提供的服务进行孵化,也属于自雇劳动者。而分享经济的就业模式模糊了自雇与雇佣的界限,给现行劳动法的适用带来了挑战。

分享经济平台依托互联网技术、大数据、云计算、在线支付、智能终端设备等现代科技的力量,把社会上的闲置资源通过平台数据进行高效配置,使自己变成了一个生产要素的组织平台。据国家信息中心分享经济研究中心的数据,截至 2016 年,我国参与分享经济活动人数超过 6 亿人,参与提供服务者人数约为 6000 万人,其中平台员工约为 585 万人,未来分享经济仍将以年均 40% 的速度高速增长,预计到 2020 年分享经济提供服务者人数有望超过 1 亿人,其中全职参与人员约 2000 万人。^⑦ 随着分享经济的迅速发展,平台服务的提供者与平台之间的关系引起了广泛的讨论,2013 年以来也出现了“e”代驾系列劳动争议案件。以某移动出行平台为例,对于加盟的私家车司机,该平台通过“四方协议”的形式进行运营。即移动打车平台先将私家车挂在租赁公司名下,再通过一家劳务派遣公司聘用私家车车主,从而签订一份由软件平台、汽车租赁公司、劳务派遣公司、私家车车主共同参与的“四方协议”。^⑧ 让我们抛开令人眼花缭乱的民事协议,分析下私家车司机与该出行平台出行之间所建立的社会关系性质。任何一种劳动形式都是劳动力与生产要素的结合,如果劳动者使用自己的生产要素进行生产,就是自雇者;如果劳动者使用别人的生产要素进行生产就是被雇者,这种生产方式就是雇佣劳动。^⑨ 从历史上看,具有经营性的雇佣劳动逐渐从传统雇佣关系中分离出来,变成了劳动法所调整的劳动关系。在移动出行平台运营过程中,私家车司机使用了自己的生产要素,且他也没有与平台签订劳动合同,表面看起来是自雇者,但同时,他也使用了平台提供的大数据,数据在当今社会已经变成了重要的生产要素之一。因此,对于私家车司机而言,他既是自雇者,也是被雇者。正因为他是自雇与被雇的融合,才导致其与

^⑤ 参见张成刚:《就业发展的未来趋势、新就业形态的概念及影响分析》,载《中国人力资源开发》2016 年第 19 期。

^⑥ 参见张成刚、祝慧琳:《中国劳动力市场新型灵活就业的现状与影响》,载《中国劳动》2017 年第 9 期。

^⑦ 参见国家信息中心分享经济研究中心、中国互联网协会分享经济工作委员会:《中国分享经济发展报告 2017》。

^⑧ 参见于晓东:《共享经济背景下的人力资源管理模式探索:以滴滴出行为例》,载《中国人力资源开发》2016 年第 6 期。

^⑨ 参见王全兴:《“互联网+”背景下劳动用工形式和劳动关系问题的初步思考》,载《中国劳动》2017 年第 8 期。

平台之间的关系具有复杂性。从从属性这个角度分析,因为他使用了别人的生产要素,必然要接受别人的管理,事实上该移动出行平台建立了从司机的选用、考核、激励与惩罚一整套比较完整的管理体制来保障平台的通畅运行,司机与平台之间存在部分的组织从属性。从经营性这个角度分析,私家车司机虽有接单自由,但其所获收益要与平台分享,而不是信息费的支付,两者之间的雇佣关系存在经济性。综上所述,共享平台与其服务的提供者之间的社会关系应该纳入劳动关系进行规制。在美国,由优步司机芭芭拉·博维克(Barbara Ann Berwick)诉优步科技公司(Uber Technologies Inc.)和雷瑟尔-卡有限公司(RASIER-CA LLC)公司提出的关于拖欠工资、依据劳动法报销费用和支付违约金及支付拖欠工资的罚金等索赔申请中,加利福尼亚州劳动委员会认定原告是被告的雇员,将双方之间的争议纳入了劳动法的调整范畴。^{④①}

由于我国劳动法对劳动关系标准的严苛限制,在我国受到劳动法保护的雇佣关系范围比较小。除了上述这类新型灵活用工方式应该被纳入劳动法进行规制外,我国还应该把一些传统的雇佣关系也纳入劳动法调整的范围。2006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(二)》中规定,家庭或者个人与家政服务人员之间的纠纷、个体工匠与帮工、农村承包经营户与受雇者之间的纠纷不属于劳动争议。家庭雇佣这种常见的雇佣形式一般由民法的雇佣规则进行调整,我国也把家庭保姆明确地排除在劳动法的适用范围之外。但全日制的家庭雇佣有自己的特点:受雇者的工作时间不能确定,工作与休息不易分清;受雇者的工作地点是家庭,具有“私人性”,使得他们的人身安全、隐私易受侵害;等等。这些特点导致全日制家庭雇佣具有更强的隶属性,如果完全适用民法的雇佣规则进行调整,这些全日制受雇者的权益不能获得足够的保障。在德国,家政工被视为“类似雇员”的群体,与劳动法上对雇员的保护类似,主要体现在工资、工作时间、安全、有限的解雇保护等方面。根据2004年《越南劳动法典》第2条规定,劳动法的全部规则适用于家庭雇佣。2011年国际劳工大会还通过了《家庭工人体面劳动公约》来保障家庭工人的劳动者权益。据此,我国可借鉴国际经验把家庭保姆纳入劳动法进行保护。^{④②}个体工匠与帮工之间的关系不是帮工无偿地为工匠提供服务,而是有报酬的,他们之间形成的是一种雇佣关系。而且,除了具备雇佣关系的从属性特点外,还具有一定的营利性特点。也就是说,此雇佣不仅仅是为了个人的需要,而且从雇佣中还能获得利益。因此,此时的帮工应该获得劳动者的权益保障,个体工匠与帮工之间的关系应该被界定为劳动关系。农业雇主是为了农业生产而雇佣劳动力,通过雇佣而获得经济利益,农业雇工与雇主之间具有隶属性和营利性特征,农业雇工的劳动者权益应该获得劳动法的保障。长期以来,农业雇佣在我国这样一个农业

^{④①} See Barbara Berwick v. Uber Technologies Inc. & Rasier-CA LLC (State case number: 11-46739 EK), 以及 Uber Technologies Inc. v. Barbara Berwick (Case number: CGC-15-546378), <https://cdn.arstechnica.net/wp-content/uploads/2015/06/04954780-Page0-20.pdf>. (Last visited on June 24, 2018)

^{④②} 参见谢增毅《超越雇佣合同与劳动合同规则——家政工保护的立法理念与制度建构》,载《清华法学》2012年第6期。

大国中一直存在,不同朝代、不同时期由于各种因素的影响,这些因素包括气候、季节、人文、社会形势等,各地在雇主群体与雇工群体博弈的基础上都形成了农业雇佣习惯法。^⑫ 这些农业雇佣习惯法维持了农业雇佣领域的秩序,促进了当地农业的发展。现代社会,我们应该吸收农业雇佣习惯法的精华,弃其糟粕,运用现代劳动法理念改造传统的农业雇佣习惯法,根据农业生产的特点,超越传统的雇佣合同和劳动合同的限制来制定农业雇佣规则。除此以外,像已经依法享受养老保险待遇或领取养老金的退休人员与新的用人单位之间形成的灵活用工形式,只要具有从属性和经营性的特征,也应该纳入劳动法范围进行规制。

新的技术革命和社会经济的发展重塑了人们的就业形式,除了传统的灵活就业方式外,还出现了许多新型的灵活就业形式。面对蓬勃发展的灵活就业,劳动关系的认定标准过于僵化。劳动法不应限制任何一种灵活就业形式,而应该保障每一位在不同灵活就业形式中工作的劳动者权益。由于劳动法特有的保障劳动者功能,我国应该扩大劳动关系的范围,确定新型灵活用工形式的法律属性、法律地位,将各类灵活就业方式纳入到劳动法的框架进行规制。

(二) 劳动关系类型化调整制度的重构

灵活用工的兴起,使劳动关系变得日趋复杂,出现了不同性质的劳动关系类型。首先,可以把劳动关系区分为标准劳动关系和非标准劳动关系。其次,非标准劳动关系还可以进一步分为非标准形式用工和弹性用工。所谓弹性用工,是指在工作时间、工作地点等方面与全日制、固定地点有区别的灵活用工形式,此形式只是在劳动要素方面出现多样性的变化,但劳动者与雇主(用人单位)依然要签订劳动合同,享有劳动者权益。所谓非标准形式用工,是指劳动者与劳动力的使用者不是订立劳动合同,而是采取其他契约的方式建立了劳动关系。此类区分的法律意义在于,弹性用工是在劳动合同制下的灵活用工形式,而非标准形式用工则是在一系列民事契约的表象下形成的实质劳动关系。在上述所列举的11类灵活就业形式中,非全日制就业、短期就业、季节就业、待命就业、远程就业属于非标准劳动关系中的弹性用工方式;兼职就业、派遣就业属于非标准劳动关系中的非标准形式用工;独立就业、自营就业等形式根据不同情况或属于雇佣关系,或属于劳务关系。以独立就业中的翻译人员为例,如果翻译别人交来的外文资料,一般与别人形成劳务关系,如果在对外交往中担任翻译工作,则形成雇佣关系。个体工商户在我国是典型的自营就业形式,其或为他人提供商品服务,一般与他人形成劳务关系,但有时根据合同性质也会形成雇佣关系。比较复杂的是承包就业和家庭就业形式。劳务外包作为一种分工方式,是用工企业整合外部资源而进行社会大分工的演进结果,是创新性的经营方式,一般形成的是劳务关系,但如建筑行业层层转包、分包后的农民工,应该归入非标准形式用工进行保护。家庭就业中,家庭成员之间不存在雇佣关系,其接受外部指令在家生产,表面上与任务的指派方形成劳务关系,但是,实际上

^⑫ 参见尚海涛、龚艳《农业雇佣习惯法的渊源探析》,载《甘肃政法学院学报》2010年第7期。

并没有摆脱对指派方(外包企业)的依附,也应该纳入非标准形式用工范畴进行规制。

灵活用工丰富了劳动关系的类型,但也给劳动关系的法律规制带来了新的挑战。除标准用工模式外,弹性用工和非标准形式用工虽然都属于劳动关系的一种形式,但其性质和特征有很多差别,如果全部适用全日制用工的调整规则,必然产生法律调整上的不适。我国劳动立法必须摒弃“一刀切式”的统一适用的调整模式,采取类型化的调整思路来调整不同类型的劳动关系,依据不同劳动关系类型的各自特征,制定特别的调整制度。如弹性用工关系中,劳动法应该放松在劳动时间、工作地点、工资支付、休息休假、解雇保护、经济补偿金等方面的限制,在劳动者基本权益不降低的情况下,赋予劳资双方充分的自治权,灵活地安排双方的用工关系。在非标准形式用工中,由于用工方是以契约的方式把劳动关系转换成了民事关系,劳动法此时的功能就是既要允许企业为了自身竞争力的提升而进行经营方式的创新,又要保护劳动者的合法权益不受非法损害。特别是外包、劳务派遣、网约车司机等新的用工管理模式、契约类型的出现,使得劳动关系的法律调整呈现出复杂化、多样化的特点,必须针对这些新的灵活用工形式特点进行特别的法律规制,只有这样才能恰当地保障劳动者权益。

在《劳动合同法》中,我们看到已经从法律层面对非全日制用工和劳务派遣用工进行了单独的规制,这是一个可喜的立法进步。今后,建议立法机构加紧对各类灵活用工形式的研究,并根据其特点,制定出既能保障劳动者权益又不制约其创新发展的规则。考虑到法律具有稳定性特征,可以先制定部门规章,这样可以及时进行修改、完善。而且,采用部门规章对灵活用工各类形式单独规制的方式,也不会破坏现有劳动法体系的完整性和体系性,实施起来还更加便捷、高效。

(三) 劳动法中强制性规范与自治性规范的重构

劳动法体现了公法与私法融合的特点,劳动法中的强制性规范体现了公法中的国家干预性质,其自治性规范则体现了私法的意思自治理念。所谓强制性规范与自治性规范的重构,是指劳动法中公法因素和私法因素的比重协调问题。劳动法不能完全由私法的规则主导,历史上,1804年的《法国民法典》把雇佣关系称为“劳动力租赁”,放在民法体系中进行规制具有历史的局限性。现今,我们已经很清楚地认识到了,劳动关系中的从属性特点必须通过公法的强力干预才能保障劳动关系双方主体的地位平等和权利平衡。从国外劳动立法的发展历史来看,其经历了从逐步强化规制又逐渐放松规制的发展路径。特别是20世纪70年代以来,欧洲一些国家严密的劳动保护制度束缚了劳动力市场的自我调节能力,僵化的劳动力市场给社会经济发展带来了危机,随后这些国家开启了增强劳动力市场灵活化的改革措施。这些灵活化的措施包括:雇用与解雇的灵活化、工作时间和加班的灵活化以及部分工时工作形态的灵活化、对劳动力的多功能使用或工作组织的弹性调整、工资灵活化等。欧洲国家在强调雇主与雇员自治协商以体现灵活性的同时,也注重通过强制性措施保障“安全性”。劳动力市场的安全性包括以下几个方面:长期受雇于同一个雇主所体现的工作安全;就业能力持续提升所体现

的就业安全;无论是就业或失业都能获得收入保障所体现的收入安全等。^⑬ 劳动力市场灵活—安全机制在于追求劳动力市场灵活性与安全性的平衡,不仅要促进灵活化用工,而且要保障就业安全,特别是弱势群体与边缘群体的就业安全,是双赢的战略选择。^⑭ 灵活性与安全性平衡是一种理念或机制,落实到立法上,就体现为强制性规范与自治性规范的平衡问题。我国的劳动法体系正处于逐步完善的进程中,面对灵活用工在我国的蓬勃发展,我国的劳动立法应该以国际的视野来规划灵活与安全、强制性规范与自治性规范的平衡问题。

但面对蓬勃发展的灵活用工趋势给传统劳动用工制度带来的冲击和挑战,我国的劳动立法并没有及时作出应对,现有的劳动法制并没有反映传统用工与灵活用工并存现状并为之相适应。例如,就在国际上许多国家放松对劳动力市场的管制,以劳动力市场的自身调节能力配置员工的数量、工作时间、薪酬水平、福利待遇等的时候,我国却反其道而行之,通过劳动合同立法的公法因素来强化规制。我国《劳动合同法》的许多强制性规范都试图使长期雇佣成为我国就业形式的常态,以此来增强劳动力市场的安全性。而根据2015年国际劳工组织《世界就业与社会展望》报告,全世界只有26.4%的就业者持有长期雇佣合同,13%有临时雇佣合同或定期雇佣合同,60.7%无雇佣合同。^⑮ 在全球化、社会转型、经济新常态的背景下,我国企业面临着巨大的竞争压力,这种只强调安全性而忽略劳动力市场灵活性的法律必然会损害企业的利益,进而对我国市场经济的健康发展产生不利的影响。因为劳动力是市场经济的核心要素,也是市场配置的最主要资源,没有劳动力市场的灵活性,就没有市场经济的灵活性,甚至就没有市场经济。

特别需要强调的是,多种多样的灵活用工形式所表现出来的去组织化现象、隶属性弱化现象、工作时间碎片化现象、工作地点非固定化现象等等,已经完全超出了传统劳动法对这些问题适用强制性规范的范围。虽然劳动还是谋生的手段,但劳动者越来越自由、自主,他们与雇主在劳动合同的内容、劳动条件等方面有着更大的协商空间。因此,为了应对灵活用工对劳动力市场灵活化的需求,我国的劳动立法应该在劳动关系的某些领域或某些方面减少强制性规范的数量或弱化其效力,并增强自治性规范的适用范围和效力。比如,“积极发挥非政府组织在和谐劳动关系构建中的作用”,^⑯以适应企

^⑬ See Ton Wilthagen & Frank Tros, *The concept of flexicurity: a new approach to regulate employment and labor markets*, 10 *European Review of Labor and Research*, 166, 166-186 (2004).

^⑭ See Wilthagen, T. & R. Rogowski, *Legal Regulation of transitional Labor Markets*, in Schmid & B. Gazier, eds. *The Dynamics of full employment: Social Integration through Transitional Labor Markets*, at 233-273, (Cheltenham: Edward Elgar, 2002).

^⑮ See ILO, *World Employment Social Outlook: The Changing Nature of Jobs*, at http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/-dgreports/-dcomm/-publ/documents/publication/wcms_368626.pdf (Last visited on June 24, 2018).

^⑯ 未来,随着灵活用工更普遍以及自雇佣群体的不断扩大,为服务其需求而不断孵化发展起来的、政府友好型的第三方社会组织是可以发挥一定积极引导作用空间的,相关阐述参见涂永前、李宜真:《我国社会组织在和谐劳动关系构建中的运行机理探析》,载《重庆理工大学学报》(社会科学版)2016年第12期。

业的灵活化用工需求,提升用人单位的竞争力,同时给予灵活就业者以正当保护,促进社会经济和谐发展。

(四) 劳动法从宏观到微观三层调整模式的重构

传统的劳动法体系经过长期的发展,形成了宏观、中观和微观的三层调整模式。劳动基准法、劳动合同法和集体谈判法形成了一个公私兼容的、完整的劳动法调整体系。这样的调整模式是伴随着工业化大生产、工厂制的用工制度发展起来的。其中,劳动基准法通过国家的强制性保障最基本的劳动者权益,偏公法性;劳动合同法保障双方在平等的基础上通过协商确立劳动权利与义务,偏私法性;而集体谈判法则是在国家意志的引领下劳资双方平等协商的规则,体现了公私兼顾的特点。可以说,这三类劳动法规范已经形成了一种对标准劳动关系予以调整的公私法平衡。

灵活用工打破了劳动法从宏观到微观三层调整模式的公私法平衡。劳动基准具有国家强制性,所有劳动者都应该普遍遵守和适用,但是,灵活用工的某些形式无法适用这些劳动基准,这就需要劳动基准法对其适用范围作出修改,由原来的全部适用转变为部分适用。劳动合同法虽然偏私法性,但其中也有一些强制性规定,如解雇保护、经济补偿金等内容。激烈的市场竞争使得企业与劳动者需要灵活地面对用工时间、用工地点、雇佣方式、薪酬支付方式等的变化,用人单位与劳动者在劳动合同的签订和履行过程中需要更多的自治空间,劳动合同法中所包含的一些保护劳动者的强制性规定已经成为灵活用工发展的障碍,放松对劳动关系的管制已经成为世界各国的普遍趋势。集体谈判在过去一直是保护劳动者权益的利器,但当今社会,出现了劳动关系非集体化的倾向,集体谈判的功能弱化了。其主要原因来自于两个方面,其一是整个社会福利制度的发展,使得普通劳动者能够获得基本的生活保障,其二是随着高科技产业的发展,出现了大批高素质劳动者,他们更加追求个人的工作自由,不再依靠集体合同保障自身权益,而是期望订立更加个性化的劳动合同。

从我国的实际情况看,我国的三层调整模式虽然已经初步建立,但是,劳动基准法还需完善,劳动合同法中增加的强制性规定广受诟病,集体协商制度推行多年还是停留在初级阶段。在新的历史时期,面对我国国内迅速发展的灵活用工态势,我国的劳动法体系应该从三层调整模式上进行重构。首先,在进一步完善劳动基准的基础上,对劳动基准的适用范围作出明确的规定,应根据不同灵活用工形式特点予以不同程度地适用。第二,为满足灵活用工的需要,需要修改《劳动合同法》,除了应该制定一些专门规制灵活用工的规范外,《劳动合同法》中的一些强制性规定应该对不同灵活用工形式在不同范围内免除适用。第三,改变过去那种强行推进集体协商的做法,把表面上的、形式化的集体协商落到实处,充分重视灵活用工背景下个性化劳动合同的基石作用,处理好集体协商与个性化劳动合同的关系。最后需要特别指出的是,无论是哪个层次的调整模式,最终目的都是为了促进充分就业,这是检验各层次调整模式是否合理、有无效益的唯一标准,而不必拘泥于各调整模式的字面化理解。

(五) 劳动法与民法关系的重构

各种灵活用工形式所形成的社会关系类型不仅包括劳动关系,还包括劳务关系和雇佣关系。劳动关系当然由劳动法调整,而劳务关系则应该由民法调整,其中,引起争议的是雇佣关系应该由哪部法律来调整,这涉及到民法与劳动法关系的协调问题。雇佣关系和劳动关系这两个概念,不同国家或地区对它们的界定有所不同。在法国,雇佣关系与劳动关系含义相似,都受《法国劳动法典》调整,法国将劳动法与社会保障法统称为社会法,从《法国劳动法典》的相关规定来看,法国是将整个雇佣关系作为劳动关系进行调整的。^{④7}在德国,雇佣合同强调的是劳务和报酬的给付,《德国民法典》第611条规定,雇佣合同是允诺劳务的一方有义务提供所约定的劳务,另一方有义务给予所约定的报酬。^{④8}而劳动合同强调的是在雇主领导和指挥下劳动者承担给付约定劳动的义务;雇主承担支付约定劳动报酬的义务。^{④9}因此,劳动合同与雇佣合同的本质区别就在于是否具有“从属性”。但也有学者对此持不同意见,如日本学者下井隆史就认为,雇佣契约也具有一定的从属性,“民法上的雇佣,是约定‘服从的劳务’和‘获取报酬’的契约关系,这无非是资本主义社会租赁劳动关系的法的表现。所以把劳动契约与作为契约类型的雇佣契约作同一理解是正确的。”^{⑤0}

雇佣关系概念及规则在我国的正式法律文本中并不可见,只是在司法解释中有一些零散的规定。如1988年最高人民法院《关于雇工合同应该严格执行劳动保护法规问题的批复》中,规定雇主对雇员应该按照劳动法中的规定进行保护。此批复从字面上看是对雇佣合同进行规制,但其实际内容是,在当时存在固定工和临时工的用工制度背景下,对临时工与用人单位之间的劳动关系予以确认。虽然最高人民法院批复的实质内容是正确的,但其用词是错误的,此规定很显然没有把雇佣关系和劳动关系区别开来,这样的司法解释具有历史的局限性。2003年最高人民法院《关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》中有几条对雇佣关系进行了规定。这是第一次从民事角度对雇主、雇员和第三人之间的损害赔偿责任进行了划分。这些规定弥补了我国民法体系关于雇佣合同的法律空白,对现实存在的雇佣行为具有重要的规范意义。

雇佣关系包括两个部分,一部分是个人或家庭生活而为的雇佣,另一部分是生产或经营而为的雇佣。第一部分一直都存在,而第二部分随着工业化大生产从普通的雇佣关系中分离出来,由于法律对两种雇佣关系的调整理念、手段和内容的不同,使具有营利性的雇佣关系逐步转变为劳动关系,并发展出了一个独立的法律部门。经济的发展、生产组织方式的变革,使各种灵活雇佣方式不断涌现,这些新的雇佣方式使得原来泾渭分明的由民法调整的普通雇佣关系和由劳动法调整的劳动关系模糊起来。普通雇佣关系之所以由民法调整的重要理论基础就是主体地位平等,而劳动关系之所以由劳动法调整的重要理论依据就是主体形式平等而实质不平等,由于劳动者对雇主而言具有较

④7 参见董保华《雇佣、劳动立法的历史考量与现实分析》,载《法学》2016年第5期。

④8 参见《德国民法典》,陈卫佐译注,法律出版社2006年版,第231页。

④9 参见[德]雷蒙德·瓦尔特曼:《德国劳动法》,沈建峰译,法律出版社2014年版,第43-44页。

⑤0 田思路、贾秀芬:《契约劳动的研究——日本的理论与实践》,法律出版社2007年版,第64页。

强的从属性,因而劳动法要通过国家干预来保障劳动者的基本权益。但在当今社会,许多新的灵活用工方式使这些区分普通雇佣关系和劳动关系的明显标志弱化了,主体之间的实质不平等已经很难辨别。由此产生的法律问题是,这些新的灵活雇佣方式是归属于普通雇佣关系由民法调整,还是归属于劳动关系由劳动法调整?

对于雇佣合同由哪个部门的法律调整问题,学界众说纷纭。有学者主张,把劳动合同纳入雇佣合同进行规制,“借口劳动法为独立的法部门而否定劳动合同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。将劳动法的一部分劳动合同法作为民法的特别法对待,有助于对劳动合同进行严密的法律调整,也有助于协调劳动法与民法的关系。”^①但也有学者主张,将雇佣合同纳入劳动合同进行调整,“社会法作为第三法域应当扩大适用范围,劳动合同的调整机制也应当涵盖雇佣合同”。^②本文秉持这样的观点:第一,民法还是应该构建调整普通雇佣关系的法律制度。个人或家庭的雇佣行为普遍存在,需要法律来调整,而雇佣契约的平等性从本质上决定了应该由民法调整。我国1999年在制定统一《合同法》时,对于是否将雇佣合同作为有名合同纳入合同法中曾引起过广泛的讨论,最后,由于劳动部门的阻挠而作罢,成为《合同法》制定的一大憾事。目前我国正在编纂民法典,将来在债法中可以把这个遗憾弥补上。第二,那些具有营利性的雇佣行为都应该放在劳动法体系中进行规制。劳动法是一个公力干预和私人自治相融合的法律部门,公力干预的结果就是雇主除了要给付劳动者表面的工资外,还要承担经济补偿金、带薪休假、社会保险费等额外的劳动力成本,这是国家或社会强制雇主让出由雇佣行为所获取的一部分利益,而这一部分劳动力成本是劳动者个人发展和社会正常运转所必要的补充。许多新的灵活雇佣形式以名目繁多的民事契约形式转变了标准劳动关系的形式,把标准劳动关系转化为非标准劳动关系,甚至转化为非劳动关系。其中劳动者表面上获得公平的报酬,但上述所说的“必要补充”却被转化没了,实际上还是转化为雇主利益了。因此,这些新的灵活雇佣形式应由劳动法进行规制,这是由劳动法主要是保障劳动者权益的本质所决定的。鉴于我国已在《劳动法》和《劳动合同法》中对劳动关系做了比较封闭的规定,在《劳动合同法》中只有非全日制用工和劳务派遣两种非标准劳动关系的规定,今后,我国可以采取单行劳动法规的形式来规制其他灵活雇佣形式,以此逐步完善我国的劳动法体系。第三,民法中调整雇佣关系的规则与劳动法中调整劳动关系的规则应功能互补。雇佣关系一直被认为是私法关系,由民法所调整。工业化的进程使工厂制下的雇佣关系向劳动关系转变,民法对雇佣关系的调整,如同其他财产性合同一样,更多的是关注劳务及报酬的给付,而没有关注雇工的健康、安全、休息权利、自由和人格尊严等内容,作为劳动法肇源的《学徒健康与道德法》就是从关注雇工的健康开始的,劳动契约是“以提供劳务的劳动者其‘人’为中

^① 冯彦君:《解释与适用——对我国〈劳动法〉第31条规定之检讨》,载《吉林大学社会科学学报》1999年第2期。

^② 前引^①,董保华文。

心,以此中心所展开的法律体系”。^{⑤③}从雇佣关系到劳动关系的从属性是由轻到重,由小到大,其法律调整也是由宽到严。“从雇佣契约到劳动契约的转变,主要不是因为雇佣关系内容本身的变化,而主要是法律的调整模式、价值追求和规则内容的变化。”^{⑤④}

四、结论与展望

当今世界正在经历过去世代所未有之大变局。自18世纪中叶以来,人类从农耕文明进入了工业文明阶段,几次工业革命,使人类的生产方式经历了机械化、自动化、信息化,再到现在的智能化阶段。信息通讯技术、人工智能、互联网技术等快速发展和深度融合颠覆了传统的生产方式。智能化生产使产品生产实现个性化、多样化,同时也减弱了对员工工作时间、工作地点的限制,可以实现更加灵活的弹性工作时间或分散的工作地点办公;分享经济平台发展迅速,创造了大量的灵活就业机会;自由职业者越来越多,他们是独立的经济个体,不再被雇佣,而是自我雇佣或与他人成为事业上的合伙人……。马克思曾说:“法律应该以社会为基础,法律应该是社会共同的、由一定的物质生产方式所产生的利益需要的表现”。^{⑤⑤}技术进步所引起的生产方式的变革必然导致生产组织方式、用工形式的变化,而这些变化必然在法律上有所反映。灵活化用工趋势颠覆了传统的用工体系。20世纪70年代,欧洲国家率先对此作出了反映,许多欧洲国家都对本国僵化的劳动保护制度进行了趋向劳动力市场灵活化的改革。欧盟委员会在《应对21世纪挑战的劳动法现代化》绿皮书中将“劳动力市场灵活安全”列为欧盟社会政策议程的重要议题之一。^{⑤⑥}

改革开放40年后的中国,在经济迅速发展的同时,也已经与世界融为一体。中国一直在追赶着西方工业文明的脚步,信息通讯技术、人工智能、互联网技术也正深刻地改变着中国人的生产方式、行为方式和生活方式,并引起社会各方面的深层次变革。与西方不同的是,中国地域辽阔,各地方发展不均衡,可能有些地区的企业已经实现了智能化生产,而有些地区才实现工业自动化或信息化,甚至有些地方尚处在农业社会,离工业文明甚远。这种高、中、低的生产方式并存的国情致使我国的用工方式也存在着多样性和复杂性。与此相对应的是,我国的劳动法制由于发展历史较短,仅20余年,还有很多不完善的地方,较之工业化高度发达国家相适应的完善的劳动者保障制度而言,还存在很多制度缺失。加之灵活用工在我国迅速兴起,使得我国现有的劳动法规范在调整现存的各类复杂多样的用工形式时更加显得捉襟见肘。因此,当今中国劳动法学界面临的历史任务既包括要进一步完善劳动者权益保障制度的重任,又要应对灵活用工

^{⑤③} 黄越钦《劳动法新论》(修订3版),台湾翰芦图书出版有限公司2006年版,第37页。

^{⑤④} 谢增毅《民法典编纂与雇佣(劳动)合同规则》,载《中国法学》2016年第4期。

^{⑤⑤} 《马克思恩格斯全集》第6卷,人民出版社1952年版,第291页。

^{⑤⑥} See European Commission, Modernizing Labor Law to Meet the Challenges of the 21st Century, at http://ec.europa.eu/employment_social/news/2006/nov/green_paper_en.Pdf (Last visited on June 24, 2018).

颠覆传统用工体系所带来的挑战。

党的十九大报告明确提出了我国“两个一百年”奋斗目标,不仅要全面建成小康社会,到 2050 年要建成中国特色社会主义现代化强国。劳动法制的完善应该与整个国家的战略目标相契合,劳动立法也应该具有前瞻性,不仅反映当代社会对劳动法的需求,还要有预见性地应对未来社会对劳动法制的需求。因此,劳动法对灵活用工的制度回应不应该是“头痛医头、脚痛医脚”的应急对策,而应肩负起时代变革需求的顶层设计。

在劳动法制度重构的顶层设计中,要明确劳动法的“变”与“不变”,即哪些需要变化、重构,哪些必须保持不变。首先劳动法的宗旨不需要重构。当我们把英国的《学徒健康与道德法》视为现代劳动法的起源时,就已经明确了劳动法的宗旨就是以保障劳动者权益为己任。如果这一宗旨变了,劳动法作为一个法律部门也就没有存在的必要了。其次,随着时代的变迁,劳动法的调整范围、调整模式、调整手段需要重构。在保障劳动者权益宗旨不变的前提下,其调整范围可以适度扩大;为使法律调整精细化可以从统一调整变为分类调整;调整手段可以从强制调整变为法律认同下的自治调整。最后,劳动法需要与其他法律部门功能互补调整用工关系。现代社会,劳动者越来越成为独立、自主的个体,除了传统的用工关系外,出现了许多新模式、新业态下的就业形式,彼此之间的社会关系可能是劳动关系、雇佣关系、劳务关系或合作关系。对于这些社会关系的法律调整,劳动法需要与民法实现功能上的整合,既应该保障人的主体性权利,实现当事人的充分自治,又应该保护作为劳动者的权益免受不正当的损害。

Abstract: The development of economy and the progress of science and technology have brought tremendous change of production organization approaches, and besides the full-time employment form under the factory system, a large number of “not full-time, part-time, atypical” phenomena of flexible employment has emerged simultaneously. The various forms of flexible employment have great impacts and challenges to the labor law system which is always adapted to the full-time employment form, and thus the traditional labor and employment law system must be restructured as follows: the judicial scope of labor and employment law shall be expanded; various types of flexible employment shall be classified and regulated accordingly; the compulsory and self-governing norms in labor and employment law shall be rationally allocated; the three-layer adjustment mode of the labor and employment law shall be optimized; and the functional division of labor and employment law and civil law shall be reconstructed.

(责任编辑:王莉萍)