

“让劳动法律之光照耀家政工人丛书”之二

“RANG LAODONG FALÜ ZHI GUANG
ZHAQYAO JIAZHENG GONGREN CONGSHU “ZHI ER

主 编 胡大武
副主编 宓明君

理性与选择

家政工人研讨会论文集

LIXING YU XUANZE JIAZHENG GONGREN
YANTAOHUI LUNWENJI



中国政法大学出版社

『让劳动法律之光照耀家政工人丛书』之二

理性与选择： 家政工人研讨会论文集

主 编 胡大武
副主编 宓明君



中国政法大学出版社

2011·北京

图书在版编目 (CIP) 数据

理性与选择: 家政工人研讨会论文集 / 胡大武主编. — 北京: 中国政法大学出版社, 2011. 7

ISBN 978-7-5620-3966-2

I. 理… II. 胡… III. 家政服务-工人-劳动权-权益保护-中国-学术会议-文集
IV. D922.504-53

中国版本图书馆CIP数据核字 (2011) 第115408号

- | | |
|------|---|
| 书 名 | 理性与选择: 家政工人研讨会论文集 |
| 出版发行 | 中国政法大学出版社 (北京市海淀区西土城路 25 号)
北京 100088 信箱 8034 分箱 邮政编码 100088
邮箱 dongleig@cupl.edu.cn
http://www.cuplpress.com (网络实名: 中国政法大学出版社)
(010) 58908332 (编辑室) 58908285 (总编室) 58908334 (邮购部) |
| 承 印 | 固安华明印刷厂 |
| 规 格 | 650mm × 980mm 16 开本 28 印张 400 千字 |
| 版 本 | 2011 年 10 月第 1 版 2011 年 10 月第 1 次印刷 |
| 书 号 | ISBN 978-7-5620-3966-2/D · 3926 |
| 定 价 | 56.00 元 |

- 声 明
1. 版权所有, 侵权必究。
 2. 如有缺页、倒装问题, 由印刷厂负责退换。

序



家政服务已经存在于人类社会的各个不同历史阶段并表现为不同的社会关系。当下的家政服务工人权利的保护所凸显的社会问题不过是我们这个时代有关家政工人社会地位乃至相当的经济发展水平、政治抱负和法律理念在该时代背景下的反应。英国学者理查森在其《近代英国早期的家政仆从》一书曾说：“研究家政工人毫无疑问可以帮助历史学家在更广泛的意义上理解劳动力市场：劳动交换最初主要来自于家政服务领域。家政服务仅仅是职业分类中普遍而重要的一个索引……显然，对家政工人的研究可以促使我们了解劳动关系、合同法、工资、津贴的伦理经济的相关问题，可以促使我们了解雇佣者与被雇佣者的和平共处的条件和原则。近代社会初期的道德家或许赞同以家长主义和忠诚为基础的陈旧服务理念。但是那些观念却与家政服务的紧迫现实完全不同”。尽管理查森的研究对象是英国近代早期的家政工人，但是这一论断对中国当下的家政工人问题研究毫无疑问也具有启示意义。

中国有 2000 万家政工人。从家政工人角度看，如果按照每个家政工人都是具有相互血缘关系的三口之家中的一员，加上三口之家的双亲在内，那么每个家政工人的生活状况将直接影响到 7 人生活中的点点滴滴。2000 万家政工人的生活是否幸福直接影响到中国 1.4 亿人。从家政工人所服务的家庭来看，按照每个家庭为三口之家计算，2000 万家政工人服务直接关涉到 6000 万人的幸福生计。由此，中国家政行业是否和谐直接影响到 2 亿人生活质量的高低。因此，对中国家政工人劳动权益法律保障问题的关注意义的重大性毋庸置疑。家政工人直接夯实社会稳定而不仅仅是促进经济的发展。家政工人乃至家政产业不仅是经济发展状况的反应，而且也是一个民族历史文化的注释。这种民族历史不仅是检验经济发展过程中社会矛盾自我消化和分解的民族能力，而且也是一个民族在诠释性别

意识问题上进步与否的标志。

在中国，从事家政服务工作的80%是女性。家政服务业为我们分析性别关系打开了一扇窗，也为我们如何化解家政工人所处社会关系中的各种矛盾和平衡利益提供了平台。然而，中国学者对家政工人相关问题的研究，在国内不到十年的时间，并且真正通过家政工人的研究中揭示出我们时代的问题并找寻出解决这些问题的药方还没有出现。事实上，更多国人特别是决策者们并未意识到家政工人作为人存在所需要的“体面劳动”问题本身，往往被市场自由主义下的家庭消费观念所左右。非常遗憾的是，在中国的学术环境和范式中，能够投身于家政工人这一社会弱势群体研究的人不多。相比民商法学庞大的研究队伍而言，劳动法学的学术队伍既弱又小。这似乎与民生之法的桂冠不匹配。除了劳动社会保障法律学科关涉人权、体面劳动乃至工会等所谓重大敏感话题外，学科的经济性也是当下其不繁荣的因素之一。在这种内外忧患的劳动社会保障法治学术环境中，无论是经济层面的考虑，还是研究的学术效应，都是学者不愿过多涉及这一问题的。没有经济上的支撑，学者对问题的选择可能将更加现实。基于经济考虑，政府诉求往往可能成为学术迎合的出发点。毕竟，在重大问题上要同迎面走过来的强势政府及观点相左甚至对立的学术研究是学者们通常要考虑的一个生存因素。

家政工人劳动权益法律保障是我近几年来全力以赴关注的领域。对于该领域的关注是在香港乐施会林虹女士的直接推动下持续进行的。2009年7月，我偶然从网络上获得香港乐施会“家政工人劳动权益法律保障”项目招标的信息，就尝试将自己所准备的项目书电邮给了林虹女士。此后，林女士光临重庆并同西南政法大学刘俊教授的劳动社会保障法制研究中心团队成员见面并对家政工人的相关问题进行了交流。一周之后，我接到了林女士关于西南政法大学劳动社会保障法制研究中心中标的通知。该通知成为刘俊教授和我在这两年里关注家政工人并投入大量时间和精力原动力的影响一直持续到今天。通过对中国目前家政工人劳动权益现状的调查（谢琼丽同学全程参与并做出了巨大贡献）、对国际资料的收集等，促使我认真思考诸如劳动法是什么、劳动法律关系判断标准

如何确立、劳动法是否死亡、工伤保险是否以劳动关系的存在为基础、劳动法的实质理性和形式理性的内涵是什么、劳动力商品观和非商品观对劳动法律制度设计有何影响等重大深层次的理论问题。通过与王英瑜先生、林虹女士的多次交流,最后我们达成了召开“家政工人劳动权益法律保障”研讨会和出版香港乐施会“中国家政工人劳动权益法律保障研究”丛书系列的共识。

香港乐施会资助出版的“中国家政工人劳动权益法律保障研究”丛书共分四册,即《家政工人劳动权益法律保障研究》、《理性与选择:家政工人研讨会论文集》、《让劳动法律之光照耀家政工人——家政工人劳动权益保护研讨会实录》和《立法与使命:中国家政工人劳动权益保护立法建议稿》。丛书之一——《家政工人劳动权益法律保障研究》是我主持的2009年和2010年两期香港乐施会资助项目的主要研究成果之一,也是中国博士后科学基金第四十七批面上资助项目(资助编号:20100471133)、湖北省2009年社会科学基金资助项目(项目名称:《湖北省家政工人权益保护研究》,批准号:[2010]143)的最终研究成果。该书从家政工人劳动权益保护的理论层面探讨将家政工人纳入劳动法律制度体系保护的必要性和逻辑要求,主要涉及家政工人易受伤害性、劳动关系的判断标准、家政工人法律地位和性质、住家家政工人特别保护和隐私权利、家政工人工伤保险制度等内容。丛书之二——《理性与选择:家政工人研讨会论文集》是香港乐施会资助2010年12月在重庆西南政法大学召开的“家政工人劳动权益法律保障”研讨会上学者们集体成果的展示。会后,我组织了丛书委员会的相关人员对参会文章进行初步评审,提出部分修改意见,将其中符合出版要求的文章集结成书(没有纳入本书的文章并不表示论文质量不好,我们根据学科特点做了选择),该论文集是许多多年来研究家政工人劳动权益保护学者的劳动成果之一,反映了十多年来中国学者对家政工人问题研究的最新成果和学者们对立法的期待。丛书之三——《让劳动法律之光照耀家政工人——“家政工人劳动权益法律保障”研讨会实录》是香港乐施会资助的2010年在重庆西南政法大学召开的“家政工人劳动权益法律保障”研讨会上学者们精彩的即席发言记录。在这次会议

上学者们带着对家政工人这一弱势群体的情感，理性地探讨了中国家政工人的现在和未来。这次会议因有不同的声音而碰撞出思想火花，因有激情而产生出共鸣，因有责任而催生理性，因有理性而促使进一步地思考。丛书之四——《立法与使命：中国家政工人劳动权益保护立法建议稿》是十多年来中国学术界关于家政工人立法问题的最终研讨结晶，也是学术同仁对自己多年研究心血的总结，它彰显了立志于研究中国家政工人问题的学者对于家政工人劳动权益保护的立法期待。尽管这种殷切的期待并不必然导致一种理想法律制度的诞生，但是这至少是学者学术良知的一种表现，也是学者使命的外在诠释。该书主要包括《家政工人劳动权益保护法》（学者建议稿）的具体条文，每个条文的立法理由，国外相关立法例以及学者在条款上的分歧等。

研究他人就是研究自己。无论是为人妻子，还是为人母亲，她们都是提供家政服务的人。尽管时代不同，但是女性为主体的家政服务从来都没有脱离过家庭的传统内涵。我们每个人都可能是家政服务的受益者。无论是过去、还是现在乃至将来都离不开家政服务。因此，对家政工人的保护就是保护我们自身的未来，就是保护这个社会的为人之妻，为人之母。为了这个使命，2011年6月国际劳工组织有关家政工人劳动保护标准会议将再次在日内瓦召开。因此，从这个意义上说，该书的出版可以算是为本次会议的胜利召开呈上的一份献礼，也是中国学者参与国际上劳工保护问题的一种积极姿态的体现，也是作为一个秉承社会良知、倡导社会公平正义的法律人应尽之责。公平正义从来是没有国门的。我国家政工人的正义追求早就开始了，我们将继续前行。

当久违的阳光洒遍诺丁汉居步里校园的时候，推开窗门看到池塘中游弋的野鸭，自由地游弋于这片属于他们的领土，没有行人去干扰，甚至我从没有看到过任何小孩去故意追逐它们。于是，在这片池塘里，甚至整个校园里都充满了和谐，彼此的尊重和爱戴成为这片池塘甚至整个校园的人与环境的主旋律。在这里，无论是野鸭、天鹅还是那些在水中觅食小虫的红嘴小鸟，都为这份和谐在遵守着某种天赋的秩序。我想，作为地球上最具破坏性的人类，无论是人

与人之间，还是人与自然之间，彼此尊重和对法律规则 and 自然规律的推崇是我们这个社会和谐发展的前提。对于家政工人而言，社会需要给她们一个属于她们的池塘，尊重她们的体面劳动，让她们活得更尊严些。这是我们作为一个善良民族性格应有的一部分。

胡大武

2011年3月5日

于英国诺丁汉大学居步里

校园默尔顿楼

致 谢



2010年12月，在西南政法大学召开的“家政工人劳动权益法律保障研讨会”是国内专题研讨家政工人劳动权益法律保护规模最大、理论性最强的一次。本次会议由乐施会、西南政法大学经济法学院、中国农村经济法制创新研究中心共同主办，由西南政法大学经济法研究中心、西南政法大学劳动社会保障法制研究中心承办，由中国社会法学研究会、重庆金牧律师事务所协办。这次会议是在乐施会的大力资助下得以顺利召开的。乐施会王英瑜先生和林虹女士对于本次会议的组织、召开等相关工作给予了多方面的支持。

西南政法大学副校长刘俊教授，经济法学院院长岳彩申教授，副院长叶明副教授，副院长黄茂钦副教授，盛学军教授、邓纲教授、徐以祥教授，国家重点学科经济法学科学术带头人卢代富教授，《现代法学》主编许明月教授，科研处徐泉教授、廖海峰教授，外事处廖志刚教授，对于本次会议召开给予了大力支持。西南政法大学民商法学院的韦忠语副教授、赵磊副教授，四川师范大学吴芳博士，浙江工业大学宓明君副教授，以巫云德为主任的重庆金牧律师事务所亦为本次会议的举办尽力。中国法学会社会法学会秘书长、副会长叶静漪教授为本次会议征文提供了诸多便利。西南政法大学劳动社会保障法制研究中心的唐烈英教授、熊晖副教授、白庆兰副教授、李雄副教授、李满奎博士参与了本次会议的相关管理、协调工作。西南政法大学民商法学院和法律硕士学院的研究生谢琼丽、高卓静、张文波、徐志强、张先贵、李克、杨燕、吴苑、韩锐、刁晨航、朱美美、李放、王艳等同学参与了本次会议的会务工作，并付出了艰辛的劳动。感谢前辈、恩师和兄长的指教帮助，感谢学弟学妹以及我所带的研究生的齐心协力。因为你们的贡献是本次研讨会成功举办的重要因素。

本书稿主要由浙江工业大学副教授宓明君博士负责统稿。宓明

前言



总有一个角落容易被人们遗忘，总有一束阳光要照耀到那个角落，总有一群人的心中充满着爱的阳光和爱的理想。受到乐施会、西南政法大学经济法学科、西南政法大学经济法学院赞助，西南政法大学经济法研究中心、西南政法大学劳动社会保障法制研究中心承办了“家政工人劳动权益法律保障研讨会”。会议吸引了一大群充满了爱的阳光和爱的理想的学者，他们既激情奔放又沉着理性，对家政工人劳动权益的法律保障问题进行了热烈、深入而理性的探讨。这种探讨既在会议现场，也在字里行间。我们将这些文字择优而成集，并承蒙乐施会赞助，在中国政法大学出版社出版。

我们将整个论文集分为上中下三篇，分别是“理论探索”、“制度建构”、“他山之石”。上篇主要涉及家政工人立法保护的理论问题，既包括立法的理论探索，也包括一些家政服务法律关系理论，还包括家政工人某些具体权利的理论。中篇收集的是一些关于保护家政工人的具体制度的设计，主要解决怎样保护家政工人的问题。下篇主要是对其他国家和地区关于家政工人立法的内容和制度的介绍，以期通过这种介绍，能够对于推进我国家政工人保护立法有所裨益。

尽管我们的作为可能是微不足道的，但是我们深信，正是这样微不足道的工作，推进了我国的各项事业的繁荣与昌盛。因此，我们也深信，我们这个微不足道的工作一定会对家政工人的保护及其立法产生应有的影响。我们不敢自称是呵护家政工人的春风、雨露与阳光，但这确实是我们对家政工人的一番心意。

宓明君

2011年3月10日

君副教授对参会论文提出了相关的修改意见并与我讨论后由杨燕、张文波反馈给作者进行了修改。此后，杨燕、张文波、吴苑对文稿进行了初步校对，宓明君副教授对全书进行了逻辑上的再安排。

本书的出版得益于中国政法大学出版社和郭栋磊先生的大力支持。感谢你们为本书出版给予的大力支持。没有你们的支持，本书或许将难以按照我所希望的风格和时间出版。

胡大武

2011年3月5日

于英国诺丁汉大学居布利

校园默尔顿楼

目 录

序	I
致 谢	VI
前 言	VIII

上篇 理论探索

推动家政工权益保障立法的经历和感悟	刘明辉 / 2
论家政服务员劳动安全权的社会法保障	汤黎虹 / 14
家事劳工工作时间之研究	郑津津 / 29
台湾家事劳动者之运用状况及其劳动权益探讨	黄良志 / 49
家政劳动法律关系评介	魏 倩 叶静漪 / 68
整体主义制度观的家政工劳动权益保护立法	贺 玲 / 86
家政服务工作的劳动属性探析	孙晓萍 黄颖怡 / 99
家政服务工作范围与待遇法律规范的功能属性	赵红梅 / 114
家政工人劳动权益保护之监察	徐纯先 方桂荣 / 126
家政工人劳动权益保护之监察研究	薛长礼 / 139
家政服务关系法律调整模式初探	杨 毅 / 147

中篇 制度建构

中国家政工人工伤保险法律问题研究	李坤刚 / 162
家政服务员权益的体系化设计研究	王建平 / 179

家政服务员人身损害民事责任研究	王立明 / 193
家政工人社会保险权益法律保护研究	岳宗福 / 207
家政服务机构的法律规制研究	刘继华 / 222
论我国家政工人劳动权益立法保护模式之选择	魏 静 / 252
家政服务员权益的合同保障	梁勇祥 / 269
家政工人权利保护的法律制度构想	宓明君 / 294

下篇 他山之石

家政工在美国的法律保护	曹艳春 程相慧 / 318
德国家政服务法律制度综述	胡川宁 / 332
美国家政工人工伤保险法律制度研究	胡大武 / 353
从跨国照顾人力市场的私有代理模式看外籍家事 劳工聘雇机制的公共化	刘黄丽娟 / 368
制定家事服务专法应考虑之因素	刘士豪 / 400

上篇 理论探索

推动家政工权益保障立法的 经历和感悟*

刘明辉**

自2004年以来，笔者参与了6个与家政工权益保障相关的项目，分别由联合国教科文组织、联合国社会性别主题工作组、妇女发展基金、北京市商业委员会、国际劳工组织、教育部资助。有数千份问卷统计分析资料、8个座谈会纪要、数十个案例和深入访谈记录。发现家政工劳动保障权利失落，家政市场混乱，家政工、雇主和家政服务机构对现状均不满意；合格的家政工供不应求、供不适求，无法满足由于人口老龄化和独生子女等因素引发的日益增长的家政服务需求。调查对象均表示有专门立法的必要性。

于是，课题组通过人大代表、政协委员以及全国妇联等机构，提出多项立法建议。回顾推动家政工权益保障立法的历程，有如下感悟：

一、选择立法模式时注重可行性考量

（一）第一种立法模式——制定《家政工权利保障法》

据调查统计，家政工的人身权受到侵害，绝大多数没有劳动和社会保险权，超时工作、吃不饱、低工资、被视为小偷、受虐待、遭遇性骚扰甚至强暴等。目前，只有家政服务派遣机构与员工之间，

* 本文为2009年度教育部人文社会科学研究一般项目“家政服务行业管理立法研究”阶段性成果，由教育部人文社会科学研究规划基金项目资助。课题组负责人：刘明辉；成员：林建军、唐芳、周应江、刘春玲、齐小玉、张健、朱晓飞。

** 中华女子学院法律系教授。

才属于劳动关系。通过其他方式从事家政服务的,不在劳动法调整范围之内。仅凭民法保护,其基本人权缺失。

因此,家政工急需法律赋予劳动和社会保险权。要想让所有家政工享受到劳动和社会保险权利,就必须由全国人大常委会制定《家政工权利保障法》,作为《劳动法》的特别法。因为二者是同一位阶的法律,《家政工权利保障法》可以突破《劳动法》的调整范围,将家政工与其服务的家庭雇主之间的劳务关系变为劳动关系,直接赋权给所有的家政工。在适用中,根据《立法法》的规定,同一位阶的法律,新法优于旧法。这样,才能使家政工得到劳动法的阳光普照,才能使家政工的权利真正得到保障,才能使家政服务职业化,使家政工不再受到歧视,具有职业稳定感和自豪感,不再有后顾之忧。

此立法模式具有政治基础。2003年10月14日,中国共产党第十六届中央委员会第三次全体会议提出坚持以人为本,树立全面、协调、可持续的发展观,促进经济社会和人的全面发展,制定了“按照统筹城乡发展”的方针。2004年3月14日,由中华人民共和国第十届全国人民代表大会第二次会议通过的《中华人民共和国宪法修正案》增加了“国家尊重和保障人权”的规定。2005年,中国政府致力于创建和谐社会,而不再片面强调经济指标。

2005年11月4日,国务院发布了《关于进一步加强就业再就业工作的通知》,提出“促进城乡统筹就业”的方针,“改善农民进城就业环境,取消农村劳动力进城和跨地区就业的限制,完善农村劳动者进城务工和跨地区就业合法权益保障的政策措施。在有条件的地区开展城乡一体化劳动力市场的试点工作”。把培训补贴的对象从原来的下岗、失业人员扩大到所有失业人员,包括农村进城务工人员。

这些变化在向世人昭示,中国政府比以往任何时代都更重视保障人权,这是制定《家政工权利保障法》的政治基础。

基于此指导思想,课题组根据项目资助方的要求,起草了位阶较低的家政工权利(益)保障立法建议稿。

2005年,由联合国教科文组织资助的“北京打工妹之家”项目

组提出了《北京家政工权利保障政策建议》，其中包括《北京家政工权利保障条例（专家建议稿）》。2007年，由联合国社会性别主题工作组和妇女发展基金资助的原北京大学法学院妇女法律研究与服务中心项目组发布《家政工劳动权益保护立法必要性研究》成果，其中包括《家政工劳动权益保护条例（学术建议稿）》。

对此，专家有不同看法。例如，北京外国语大学吴青教授曾从宏观角度提出，仅就家政服务人员的合法权益保障进行立法是比较狭隘的。明智的做法是针对全部非正规工作的人群进行立法，将保障面扩展到最大，即所谓的“非正规就业法”。

北京市家政服务协会会长李大经表示，因为等待全国人大进行立法的过程相当漫长，甚至会长达5年到10年，而协会制定的规章制度想要在社会上普及很难，因此仍需要政府强制性政策的出台。

此类建议稿通过全国妇联和人大代表分别向国务院和北京市法制办提交，但均未得到采纳。实践证明：此种立法模式过于理想化，不具有现实可行性，可以作为长远目标。因此，2008年，原北京市商务局与原北京大学法学院妇女法律研究与服务中心等单位合作的“《北京市家政服务业管理条例》立法调研”课题组开始研究家政服务行业管理立法模式。

（二）第二种立法模式——制定《家政服务业管理条例》

我们在调研中发现，在家政行业存在的问题涉及多方主体，需要明确各方的权利义务。分析调研结果得出结论：“家政服务业的出路在于职业化管理”。调查对象均表示有必要专门立法明确各方主体之间的权利义务关系，规范混乱的家政市场以满足日益增长的需求。目前，对家政行业的管理存在诸多问题。

首先，对家政业的定性存在问题。国家将家政服务双方当事人之间的法律关系定性为消费者服务法律关系，由商务部主管。质量技术监督部门出台了服务标准，地方工商局制定《家政服务合同》示范文本；劳动保障部门负责审批职介许可证和监管派遣行为等。多头管理职责不清。

对此，妇女组织曾提出异议。“北京打工妹之家”于2008年3月15日专门召开研讨会，讨论家庭雇主与家政工之间是否属于消费