

“让劳动法律之光照耀家政工人丛书”之三

"RANG LAODONG FALÜ ZHI GUANG
ZHAOYAO JIAZHENG GONGREN CONGSHU "ZHI SAN

主 编 胡大武
副主编 宓明君

比较与借鉴： 家政工人劳动权益法律保障研究

BIJIAO YU JIEJIAN

JIAZHENG GONGREN LAODONG QUANYI
FALÜ BAOZHANG YANJIU



中国政法大学出版社

『让劳动法律之光照耀家政工人丛书』之三

比较与借鉴：

家政工人劳动权益法律保障研究

主 编 胡大武
副主编 宓明君



中国政法大学出版社

2012·北京

图书在版编目(CIP)数据

比较与借鉴:家政工人劳动权益法律保障研究/胡大武主编.—北京:中国政法大学出版社,2012.8

ISBN 978-7-5620-4476-5

I.比… II.胡… III.家政服务-服务人员-权益保护-研究-中国 IV.D922.504

中国版本图书馆CIP数据核字(2012)第201578号

书 名 比较与借鉴:家政工人劳动权益法律保障研究
BUIAO YU JIEJIAN:JIAZHENG GONGREN LAODONGQUANYI FALÜ BAOZHANGYANJIU
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 zhengfadch@126.com
http://www.cuplpress.com (网络实名:中国政法大学出版社)
(010) 58908586(编辑室) 58908285(总编室) 58908334(邮购部)
承 印 固安华明印刷厂
规 格 650mm×960mm 16开本 26.375印张 365千字
版 本 2012年12月第1版 2012年12月第1次印刷
书 号 ISBN 978-7-5620-4476-5/D·4436
定 价 79.00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。

乐施会资助出版
内容并不代表乐施会立场

序言



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》一书中曾说：“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……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、津贴等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和平共处的条件和原则。”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具有重要意义。

家政工人的劳动不仅促进经济的发展，而且直接夯实了社会稳定的基础。中国有 2000 万家政工人，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，并且每一家政工人所服务对象为三口之家计算，那么 2000 万家政工人的生活是否幸福将直接影响到中国 1.2 亿人的物质和精神生活水平。若再将家政工人自身的双亲和其所服务家庭的双亲计算在内，那么整个中国家政行业是否和谐则直接或间接影响到中国 2.8 亿人的点点滴滴。家政工人的幸福生活需要以劳动法律为核心的相关法律制度体系加以保障。

家政工人权利保护方式、水平乃至家政产业是否兴旺不仅是社会经济发展状况的反映，而且也是一个民族历史文化的注释。然而，这种历史不仅是一个民族经济发展过程中社会矛盾自我消化和分解能力大小的记载，而且也是一个民族在诠释性别意识问题上进步与

否的说明。中国家政服务工作人员 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 10 年的时间，更多国人，特别是决策者们并未认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，能够持续投身于家政工人这一社会弱势群体研究的人并不多。

相比较于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相匹配。尽管这源于劳动社会保障法学关乎人权、体面劳动乃至工会等所谓重大敏感话题外，然而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，就家政工人劳动权益保护问题而言，无论是经济层面的考虑，还是研究的学术效应层面的考虑，都是学者不愿过多涉及的原因。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。

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问题。对于该问题的关注是在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，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这两年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、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“让劳动法律之光照耀家政工人丛书”系列的共识。

“让劳动法律之光照耀家政工人丛书”共分四册，即《比较与借鉴：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》；《探索与争鸣：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》。丛书之一——《比较与借鉴：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社会基金第47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，我组织了相关人员对参会文章进行了初步评审，提出部分修改意见，将其中符合出版要求的文章集节成书而成的（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——《探索与争鸣：家政工人劳动权益保护研讨会实录》是乐施会资助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的思考。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》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，该书的出版可以算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。公平正义从来都是没有国门的。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，自由地分享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某种天赋秩序。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，让她们活得更更有尊严些。这是我们作为一个善良民族，性格中应有的一部分。

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

内容摘要



本书分为四部分共计十一章，主要采取比较分析法，着重讨论家政工人作为劳动法上劳动者地位的理论基础、典型劳动权利保护和我国立法选择三大问题。家政工人典型劳动权利保护部分是基于在理论上将家政工人纳入劳动法律保护的前提而做的法律规则分析。

第一部分为绪论章，旨在解决全书讨论问题所涉及对象的范围。该部分指出：能否正确把握我国家政工人的内涵和外延将直接导致是否给予某些群体以劳动法律制度保护，或者是否会将某些劳动者排除在劳动法律制度保护之外的法律后果。采取列举方式无法穷尽所有家政服务活动范围，而高度概括性的家政工人概念不利于司法实践裁断。因此，采取概括列举相结合的综合定义模式是立法的优先选择。从保护童工以及家政工作场所特殊性所决定的法律问题出发，科学合理的家政工人定义应为：具有法定劳动资格，以从事诸如保洁、照护等家庭私人生活服务为内容而取得报酬的人员。

第二部分共分四章，分别从家政工人历史、家政工人易受伤害这一特殊性、家政工人同劳动关系判断标准和家政工人法律地位四个不同侧面阐明家政工人应该被纳入劳动法律保护的理论基础。

①家政服务关系从主从关系向现代雇主雇员关系的演化反映了在不同的政治法律秩序下以家庭为背景的外来人与家里人复杂情感和利益冲突的纠葛。工业革命成为压垮主从关系的一根稻草，为解开千年来主从之间的荣辱纠葛提供了自由的力量。忠诚与背叛的交替意味着市场化家政服务的必然，而中产阶级的出现则使家政服务职业化的持续成为可能。只有将家政工人纳入劳动法，有关家政服务关系的政治法律秩序解构才使得法律保障下两个阶级关系得以再次重建。

②家政工“易受伤害性”具有结构性特征，可以通过七个方面加以诠释，即家政服务群体劳动力主体构成上“女性”为主的结构，劳动力资源配置“移民”结构、从属性关系下“主人—仆从”的社

会认知结构、工作缺乏“普遍认同”的社会认知结构、人际交往的“孤岛”结构，就业结构的“非正规”结构，权利保障体系中的“劳动法外”结构特征。这些方面是家政工人处于整个社会弱势底层的必然原因。而法律对家政工人权益保护的制度性滞后，将家政工人排除在劳动法律之外维持甚至强化了家政工人群体“弱势”特性。因此，将家政工人纳入劳动法律制度体系中保护是改变家政工人权利现状的必要制度选择。③判断某一社会关系是否是劳动关系当以“从属性”或“控制性”为标准。欧美新近司法实践中所提出的新的判断标准只不过是对“从属性”或“控制性”的具体诠释。无论是“从属性”抑或“控制性”均影射出当事人之间之客观事实关系。“从属性”或“控制性”在劳动关系判断标准方面的功用不仅具有世界观层面的价值指引意义，而且更具有认知劳动关系之方法论意义。劳动（雇佣）关系判断标准之实践逻辑思路的开展应以从属性或控制性为世界观与方法论。事实上，无论从哪个方面看，家政工人都符合劳动法律上劳动关系所具有的所有特征。④家政工人法律地位取决于多方面的公共政策因素，孩子养育者和母亲消费者角色并不能否定其非家庭成员的客观事实。劳动法保护的缺位不仅使家政工人的劳动和社会保险权益得不到保护，也使家政劳动力市场透明化不可能并进，因而妨碍家政工作职业化进程。给予其劳动法上劳动者地位已成为世界性的趋势。将住家型家政工人和每周持续提供需家政服务三天以上的非住家型家政工人纳入劳动法，给予其劳动者地位符合雇佣劳动关系的“控制性”特征。

第三部分共四章，对家政工人迫切需要保护的工资报酬权利、休息权利、隐私权利和工伤保险权利集中给予了分析并提出了相应的规则、建议。①住家型家政工人的工资报酬不过是家庭主妇的替代劳动社会化的反映，而普遍偏低的工资报酬则深受历史观念、住家食宿费用扣除规则等的影响。按照是否与雇主的直接利益相关的准则，食宿在性质上为住家家政工人的工作条件。食宿费用扣除在程序上应由双方当事人事先通过合同约定，禁止雇主未事先约定而从家政工人工资中扣除食宿费用。即使双方事前有扣除约定，扣除比例和金额的合理与否仍应以最低工资水平为判断标准。②家政工

人休息权利保护需要从日工作时间及周工作时间和日休息时间及周休息时间两个层面规范。住家型家政工人因上班无在途时间的耗费特点决定了休息权利保护制度设计上同非住家型家政工人的差异性。我国家政工人休息权保护制度的具体内容应为：一方面，住家型家政工人日工作时间应确定为 10 小时，周工作时间应确定为 48 小时；非住家型家政工人日工作时间应确定 8 小时，周工作时间应确定为 40 小时。另一方面，住家型家政工人每日休息时间不少于 8 小时，非住家型家政工人不少于 10 小时；住家型和非住家型家政工人每周享有不少于 24 小时的持续休息时间。家庭雇主要求家政工人超过正常工作时间继续工作或者在休息时间要求家政工人工作的，要取得家政工人同意并支付加班工资。③家政工人工作场所和生活场所，雇主的营业场所与生活场所的同一性是家政工人隐私极易受伤害的客观原因。保护家政工人隐私权是其劳动目标实现的必然要求，其核心是需要确保家政工人享有对实现人格尊严所需要之物理空间的控制权。从逻辑上来讲，房主提供合理的隐私空间源自住家家政工人与雇主之间的雇佣合同所产生的附随义务。由于传统民法视野下的隐私期待理论并不蕴含家政工人隐私有效保护的逻辑，因此只有将家政工人隐私保护纳入劳动法视野，注入劳动权内涵，并纳入家政劳工保护标准，有效的家政工人隐私保护目的才能实现。④家政工作无风险不过是一个神话。通过集体协商或是采取国家指引的方式将家庭雇佣型家政工人排除在工伤保险之外，不仅对该群体不公平，而且无法有效化解家政工人同家庭雇主之间的矛盾。在考虑将哪些家政工人纳入工伤赔偿范畴时，工作时间应该成为核心标准。就家政工人工伤保险具体政策而言，我国法律至少应当将每周工作达到 3 天或者工作时间达到 24 小时的家政工人纳入工伤保险，并由家庭雇主缴纳保险费用。同时，许可每周工作时间不到 3 天或 24 小时的家政工人以自我雇佣者身份自行参与工伤保险。

第四部分为本书的最终归宿，共分两章。在前三部分分析基础上，本部分对我国家政工人劳动权益保护立法提出学理阐释并特别从法理角度阐释了劳动监察进入家庭的合理性。①户主转变为雇主，仆从转变为雇员，居家之所转变为工作场所表明家政由“私”变为

“公”，使得劳动监察进入家庭获得了法理基础，这种变化实质上是房主所有权神圣的败落与隐私权的限制和家政工人劳动权的兴盛与家政工人隐私权强化的结果。然而，在家政工人劳动权利优先保护的基础上，需要兼顾保护雇主财产及隐私权利。因此，劳动监察需要以必然性为前提，并遵循正当程序，将监察空间限制在家政工人劳动之处。②是否应该将家政工人纳入劳动法律保护范围，并给予家政工人劳动法之“工人”身份和待遇是各个国家和地区立法的重要难题。从比较法来看，世界范围内对家政工人劳动权益保护主要有民事法律保护、劳动法保护、专门法保护以及民事——劳动法律协同保护四种模式。然而，家政工人所具有的不同于一般工人的差异性决定了专门法保护模式的合理性和正当性。我国立法应该将家政工人纳入劳动法律体系，颁布《家政工人劳动权益保护法》，提升我国家政工人的地位和待遇，促进家政产业的发展。



序 言	I
内容摘要	VI
绪 论 家政工人的内涵与外延	1
一、家政工人的外延：在狭义与广义之间	2
二、家政工人内涵的表达：概括与列举	6
三、家政工人内涵、外延的限制	11
四、我国对家政工人涵义的法律界定	18
结论	24
第一章 家政服务关系历史：政治法律秩序之解与构	25
一、家政服务关系之历史层面：作为终点和起点的 工业革命	25
二、家政服务关系之经济层面：从非生产性劳动转变为 生产性劳动	36
三、家政服务关系之法律层面：由主从关系到雇佣关系 的演化	40
四、有关家政服务关系历史的几点结论	53
五、中国的家政工人：工业化初期的新生者	57
结语	64
第二章 家政工人“易受伤害”	65
一、家政工人“易受伤害性”理论缘起	65
二、家政工人“易受伤害”结构解析	77
三、“易受伤害性”结构对法律制度的诉求	100

四、多元维度下家政工人权益保护可行性方案	106
结语	117
第三章 家政工人与劳动关系判断标准	118
一、劳动关系与雇佣关系——异质还是同质	119
二、劳动（雇佣）关系标准的比较法考察 ——“从属性”抑或“控制性”	122
三、判断雇佣关系标准——世界观还是方法论	138
四、我国判断劳动关系标准——应然与实然之间	144
五、家政工人纳入劳动法保护之路的公共政策	150
第四章 家政工人法律地位探究	155
一、世界各国家政工人法律地位的比较法考察	156
二、否定家政工人劳动法上劳动者资格的理由分析	165
三、家政工人被排除于劳动法律之外的公共政策考量	176
四、劳动法律缺位的负面影响	181
五、我国家政工人劳动权益保护之路上的障碍	184
六、住家型家政工人和非住家型家政工人的两种策略	186
第五章 家政工人工资报酬权：以食宿费用为中心	189
一、家政工人工资报酬 ——家庭主妇的替代劳动之社会化	189
二、住家型家政工人低工资的原因	195
三、威尼斯共和国和英国现代社会初期的家政工人工资	199
四、食宿开支规制的比较法分析	204
五、住家食宿开支规制的法律建议	210
六、职业化——住家型家政工人消失的前提	219
第六章 家政工人休息权：工作时间与休息时间规制	221
一、家政工人休息权利保障制度立法类型化	223

二、我国目前家政工人休息时间制度现状	248
三、我国家政工人休息权利保护制度立法考量	253
四、家政工人休息权利保障制度问题的破解	257
第七章 家政工人隐私权：同雇主隐私权的平衡	259
一、引言：家政工人隐私侵害	
——世界范围内的普遍现象	259
二、家政工人隐私权的逻辑起点：人格尊严及体面劳动要求	261
三、家政工人隐私保护的核心条件：物理空间分析	264
四、家政工人隐私权利保护与雇主监督权的冲突衡平	271
五、家政工人隐私保护落实	286
第八章 家政工人工伤保险权：以家庭雇佣型为中心	293
一、引言：家政工作风险源头	293
二、现实样态：徘徊在工伤保险门外的中国家政工人	296
三、法理分析：工伤保险之门是否应向家政工人敞开	299
四、路径选择：家政工人工伤保险的指引与强制	303
五、成本分担：基于利益归属下风险分配的分析	308
六、标准确定：家政工人工伤保险的他山之石	314
七、政策选择：我国家政工人工伤保险之路	323
第九章 家政工人劳动保护：在私密与监察之间	332
一、引言：侵害家政工人劳动权利案件频发	333
二、家政工人劳动监察法律基础——家政工作“公”与	
“私”性质解读	334
三、家政劳动监察困境及权利保护的平衡	345
四、家政工人劳动权利监察困境之克服	351
第十章 理念与选择：劳动法如何照耀家政工人	359
一、问题的提出：错误的理念与错位的规则	359

二、历时与共时：家政工人劳动权益保护模式比较	
法考察	362
三、价值认知：家政工人劳动权益保护专门性立法的	
合理性诠释	373
四、现实选择：中国家政工人劳动权益保护的立法进路 ...	382
参考文献	389
致 谢	400