



中国法学会后期资助项目文丛

BOOK SERIES FUNDED BY CHINA LAW SOCIETY

非典型劳动者权益 保护研究

Research on Protection for the Rights of Atypical Worker

班小辉◎著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA



中国法学会后期资助项目文丛

BOOK SERIES FUNDED BY CHINA LAW SOCIETY

非典型劳动者权益 保护研究

Research on Protection for the Rights of Atypical Worker

班小辉◎著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目 (CIP) 数据

非典型劳动者权益保护研究 / 班小辉著. —北京: 法律出版社, 2016.11
ISBN 978-7-5197-0217-5

I. ①非… II. ①班… III. ①劳动者—权益保护—劳动法—研究—中国 IV. ①D922.504

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2016) 第 257312 号

非典型劳动者权益保护研究

班小辉 著

责任编辑 黄倩倩 屈瑶
装帧设计 李 瞻

© 法律出版社·中国

开本 720 毫米 × 960 毫米 1/16

版本 2016 年 11 月第 1 版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

责任校对 郭艳萍

印刷 三河市龙大印装有限公司

印张 17.5 字数 222 千

印次 2016 年 11 月第 1 次印刷

编辑统筹 学术·对外出版分社

经销 新华书店

责任印制 陶 松

法律出版社 / 北京市丰台区莲花池西里 7 号 (100073)

电子邮件 /info@lawpress.com.cn

网址 /www.lawpress.com.cn

销售热线 /010-63939792/9779

咨询电话 /010-63939796

中国法律图书有限公司 / 北京市丰台区莲花池西里 7 号 (100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店 /010-63939781/9782

重庆公司 /023-65382816/2908

北京分公司 /010-62534456

西安分公司 /029-85388843

上海公司 /021-62071010/1636

深圳公司 /0755-83072995

书号: ISBN 978-7-5197-0217-5

定价: 48.00 元

(如有缺页或倒装, 中国法律图书有限公司负责退换)

编 辑 委 员 会

顾 问：王乐泉
主 任：陈冀平
副 主 任：鲍绍坤 张鸣起 张文显（常务） 王其江 张苏军
委 员：（按姓名拼音排序）
卞建林 蔡守秋 陈卫东 陈兴良 陈泽宪 付子堂
公丕祥 韩大元 何勤华 胡建森 黄 进 怀效锋
贾 宇 李 浩 李 林 李 龙 李明德 李仕春
梁慧星 林 嘉 刘春田 马怀德 莫纪宏 沈国明
沈四宝 孙宪忠 王利明 王振民 吴汉东 吴志攀
应松年 赵秉志 赵旭东 郑成良 张庆福 张守文
张卫平 张新宝 朱孝清 朱 勇

编辑部主任：李仕春

编辑部副主任：李存捧 彭 伶 张 涛

编 辑：孙立军

中国法学会后期资助项目文丛

出版说明

为进一步落实中央《关于加强中国特色新型智库建设的意见》，充分发挥中国法学会作为党和政府联系法学法律界桥梁和纽带的作用，着力实现中国法学会作为国家法治建设领域核心智库的发展目标，为专家学者开展法学研究和成果转化提供支持，不断丰富和发展中国特色社会主义法治理论体系，中国法学会特决定设立后期资助项目，对具有重要理论和实践价值的优秀法学研究成果予以后期资助，纳入“中国法学会后期资助项目文丛”出版。2015年下半年后期资助项目经由21人组成的评审委员会的评审，14项申报成果获得立项，现予以统一出版。今后每年我们将评选确定一定数量的后期资助项目并予以出版。

中国法学会

2016年9月

前 言

劳动关系的非典型化是全球劳动力市场发展的重要趋势，以非全日制就业、派遣就业、远程就业、临时性就业、自雇就业等为代表的非典型就业在用工市场逐渐兴起。不过，并不是所有的非典型就业都被纳入劳动法的调整范围之内，如自雇就业。与传统标准劳动者相比，非典型劳动者对于用人单位的从属性相对削弱。根据削弱程度的不同，非典型劳动者可被划分为一般的非典型劳动者和特殊的非典型劳动者。前者能够依法被认定为劳动者身份，受到劳动法的保护。后者则是处于劳动者与一般自雇就业者之间的具有经济依赖性的劳务提供者。该两类主体均属于本书的研究对象。

从世界范围来看，非典型劳动关系的存在与发展具有一定的经济与社会因素。第一，在 20 世纪中后期以后，工业化时代下的福特主义生产模式逐步向信息化时代下的后福特主义生产模式转变，后者强调更加弹性和灵活的生产方式，以满足不同类型消费者的需求。生产模式转型推动了工作组织方式亦朝向更加灵活化的方向发展。第二，在经济全球化的背景下，各国经济竞争日趋加剧，资本的逐利性驱使企业在全球寻找用工成本洼地进行生产布局，降低劳动力成本已经成为各国获得竞争优势的重要手段。与此同时，新自由主义的兴起也推动一些国家逐步放松在劳动力市场的管制，促进劳动力市场的弹性化。第三，在女性主义运动的推动下，女

性的劳动力市场参与率也逐步提高。一方面,出于平衡家庭与工作责任的需要,非全日制工作成为许多女性劳动者的就业选择,这使得许多发达国家的非全日制就业呈现明显的女性化特征;另一方面,在劳动力市场存在的分割情形下,由于性别歧视因素的存在,非典型就业往往成为女性劳动者就业的无奈选择。第四,出于促进就业的角度考虑,一些国家希望通过推动非典型就业的发展,降低劳动力市场的刚性,从而缓解失业的压力。部分劳动者也希望通过非典型就业,满足其对工作灵活性的追求,或者将非典型就业作为进入劳动力市场的垫脚石。第五,在互联网技术的推动下,以互联网专车平台为代表的分享经济模式在全球范围内迅速崛起,打破了部分行业的传统运营模式和用工模式,使得就业者工作方式更具自主性,进一步促进了雇佣的松散化。上述因素表明,非典型劳动关系在全球范围的存在与发展具有一定的必然性,立法应当肯定其存在的合理性,并积极引导其朝健康的方向发展。

然而,劳动关系的非典型化也为劳动者的权益保护带来诸多不利影响,这种保护困境是一种全球普遍的现象,欧洲一些工会甚至认为非典型就业就是不稳定就业(*precarious employment*)。非典型劳动者所面临的权益保护困境主要体现在以下几个方面:一是低质量就业的困境,主要表现为非典型劳动者在工资报酬、福利待遇、职业发展前景上普遍差于典型劳动者,常遭受到歧视性对待;二是非自愿性就业的困境,主要表现为许多非典型劳动者并非出于自身的愿望从事非典型就业,而是因为未寻找到典型稳定就业的机会,是迫于无奈做出的就业选择;三是非典型劳动者集体劳动权利保护的困境。由于不稳定性和灵活性的特点,非典型劳动关系的发展对于福特主义生产模式下发展壮大的工会组织带来了冲击。非典型劳动者不仅在工会参与率要相对低于传统的典型劳动者,而且在一些国家,这一群体在参与集体谈判方面也面临法律上的障碍;四是非典型劳动者面临劳动关系灰色地带的困境,这主要表现为一部分非典型劳动者由于就业

方式的灵活性被错误分类,一部分需要被保护的特殊的非典型劳动者由于自身就业的特性无法被纳入现行劳动法保护范围。

为了应对非典型劳动者所面临的权益保护困境,国际劳工组织、欧盟以及一些发达国家分别就主要的非典型用工制定了相关立法。通过推动非典型劳动者和典型劳动者的平等待遇,以解决非典型劳动者所面临的歧视性待遇问题。通过构建就业转换保障机制,以打破劳动力市场的分割,促进非自愿性的非典型劳动者向稳定的典型就业岗位转换,从而实现就业机会的发展。随着非典型劳动关系的迅速发展,许多发达国家工会也改变了最初的排斥态度,转而积极吸纳非典型劳动者加入工会之中。一些国家通过更高层级的集体谈判和相应的扩张机制,将分散的非典型劳动者纳入集体协议的保障范围之内。此外,为了应对劳动关系的灰色地带问题,一些国家已在传统劳动者与劳务提供者之间创设出中间类型的主体,为其提供适当的劳动法保护,以解决其面临的市场风险问题,这无疑为分享经济模式下就业主体提供了一条新的保护思路。

在我国,劳务派遣用工和非全日制用工是当前立法所调整的非典型用工模式。自《劳动合同法》实施以来,劳务派遣用工数量增长迅速,其企业在企业所占比例已远远超出主要发达国家劳务派遣用工的比例,引起社会各界的普遍关注。为此,《劳动合同法》在2012年进行了修订,人力资源和社会保障部也先后出台了相关规范,以加强对劳务派遣用工的管制,但是被派遣劳动者平等待遇权、低质量就业等问题等仍未能有效解决。由于现行立法对非全日制用工采取了相对灵活化的规制方式,使其在实践中也存在被滥用的现象。完善集体谈判机制亦是近些年来我国劳动法学界讨论的热点话题,在传统的典型劳动者集体劳动权利保障仍不健全的情形下,非典型劳动者的集体劳动权益应当如何得以实现更是值得思考的问题。此外,以滴滴专车、Uber专车为代表的分享经济近些年在我国发展迅速。由于分享经济下就业主体的工作方式具有较强的自主性,用工关系较为松散

化,如何对这类就业主体提供法律保障亦是我国当前立法与司法需要回应的问题。

本书围绕非典型劳动者所面临的四方面权益保护困境,提出了平等、发展、包容、扩张四条应对主线。“平等”是指保障非典型劳动者的平等待遇权;“发展”是指积极促进非自愿性的非典型劳动者的就业转换;“包容”是指工会应当对非典型劳动者采取积极接纳的态度,立法应当采取措施保障非典型劳动者的集体劳动权利得以实现,使其能够被纳入集体谈判的成果中来;“扩张”是指为应对非典型劳动者面临的劳动关系灰色地带困境,劳动法的保护范围应有所扩大,通过丰富劳动关系的认定标准,便于厘清就业关系的法律属性,并考虑增设中间类型主体,给予经济上具有依赖性的劳务提供者适当的劳动法保护。通过上述四种路径措施,以期为我国非典型劳动者的权益保护提供合理的立法建议。

目 录

Contents

绪 论	1
一、研究背景和意义	1
二、国内外研究现状与趋势	4
三、研究方法与研究思路	10
四、研究的主要创新点与局限性	13
第一章 非典型劳动者基本问题的厘定	16
第一节 非典型就业与非典型劳动关系	16
一、非典型就业的范围	16
二、非典型就业的类型	24
三、非典型劳动关系的界定	29
第二节 非典型劳动者的界定	32
一、非典型劳动者的概念	32
二、非典型劳动者从属性的特征	33
三、非典型劳动者的类型化——基于从属性的标准	38
本章小结	39

第二章 劳动关系的非典型化与劳动者保护的困境	41
第一节 非典型劳动关系的发展动因	41
一、生产模式的推动——从福特主义到后福特主义	41
二、经济全球化与新自由主义的驱动——劳动力市场的灵活化	47
三、女性主义运动的推动——就业市场性别图像的变迁	49
四、就业的需求——政府与劳动者的因素	51
五、分享经济的增长——雇佣的松散化	53
第二节 非典型劳动者权益保护的现实困境	56
一、非典型劳动者的低质量就业困境	56
二、非典型劳动者的非自愿性就业困境	59
三、非典型劳动者的集体劳动权利保护困境	66
四、非典型劳动者面临劳动关系灰色地带的困境	70
本章小结	73
第三章 非典型劳动者的平等待遇权	75
第一节 非典型劳动者平等保护的理论基础	75
一、关于非典型劳动者差别待遇的理论争议	75
二、非典型劳动者平等保护的正当性基础	79
第二节 非典型劳动者平等保护的立法考察	85
一、国际和区域立法规范	85
二、大陆法系——以德国、日本为例	88
三、英美法系——以英国、美国为例	93
第三节 非典型劳动者平等保护的可操作性问题	97

一、确定合适的可比较对象	97
二、相同类型工作的界定	102
三、限定可比较对象的单位范围	107
四、平等待遇的抗辩与豁免	108
本章小结	114
第四章 非典型劳动者的就业转换权	115
第一节 就业转换权的理论基础	115
一、基于劳动者发展权的需要	115
二、劳动法倾斜保护理念的体现	116
三、打击隐蔽性雇佣关系的需要	117
四、保障女性就业权利的平等	119
第二节 就业转换机会的保障	120
一、促进非典型劳动者与典型劳动者的相互转换	120
二、促进非典型劳动者向典型劳动者的单向转换	126
三、强制性的就业转换	129
第三节 就业转换能力的保障	131
一、明确非典型劳动者的职业培训权	131
二、注重非典型劳动者职业培训的特殊性	132
本章小结	134
第五章 非典型劳动者的集体劳动权	136
第一节 集体谈判内部利益的平衡	138
一、排他性代表工会模式——以美国为例	138

二、复数主义工会模式——以日本为例	142
第二节 集体谈判层级的回应	144
一、跨国层级集体谈判	145
二、企业层级以上的集体谈判	146
第三节 集体合同效力的扩张机制	147
一、自动扩张与申请扩张相结合的模式——以日本为例	147
二、申请扩张与强制扩张相结合的模式——以德国为例	148
本章小结	150
第六章 劳动关系灰色地带中非典型劳动者的保护	151
第一节 非典型劳动者保护主体范围扩张的理论基础	151
一、劳动法分层保护理论	152
二、中间类型主体理论	153
第二节 国际劳工组织对劳动关系灰色地带的回应	156
一、国际劳工组织公约适用主体的层次性	156
二、关于劳动承包者保护的立法尝试	159
三、丰富劳动关系的认定标准与方式	161
第三节 相关国家关于中间类型主体的立法实践	169
一、意大利法中“连续和协作的合同关系”工人	170
二、德国法中“类似雇员”主体	172
三、英国法中非雇员身份的“工人”	177
四、加拿大法中“依赖型承揽人”	185

本章小结	188
第七章 我国非典型劳动者立法保护之局限与完善	189
第一节 我国非典型劳动者立法保护之局限	189
一、我国非典型用工立法态度的矛盾	189
二、非典型劳动者平等保护的制度缺陷	193
三、非典型劳动者职业发展保障的不足	197
四、非典型劳动者集体权利保障的不足	201
五、我国立法对劳动关系灰色地带回应的不足	204
第二节 我国非典型劳动者立法保护之完善	210
一、修正我国非典型用工的立法态度	210
二、加强与细化非典型劳动者的平等待遇权	214
三、促进我国非典型劳动者的就业转换	222
四、注重非典型劳动者参与集体协商的特殊性	229
五、积极回应劳动关系的灰色地带	232
结 论	240
主要参考文献	244
后 记	262

绪 论

一、研究背景和意义

近几十年来,由于后福特主义生产模式的推动、全球化和新自由经济主义的影响、妇女劳动力市场参与率的提高、分享经济的崛起等因素,工业化时代下传统的八小时工作制、固定工作场所、单一雇主的劳动关系逐渐萎缩,弹性化与多元化成为全球劳动力市场发展的趋势,劳务派遣、非全日制用工、远程就业等多种形态的非典型就业迅速发展。

相对于传统的用工方式,非典型用工一方面能够为企业带来更为灵活的人事组织安排,有效降低企业用工成本,提高适应外部经济环境的能力。另一方面也为劳动者提供了更多的就业选择方式,有利于劳动者协调家庭与工作的关系,以及在工作之外实现自我价值的追求。然而,当前各国劳动法制度多以围绕传统劳动关系为核心而构建,难以为非典型劳动者提供充分的制度保障。该群体普遍面临低质量就业、非自愿性就业的困境,而且由于灵活化和短期化的工作方式,非典型劳动者的出现与增长对传统的工会组织方式也带来冲击。此外,随着外包与分包业务的发展、分享经济模式兴起,在雇佣关系与自雇就业关系之间的灰色地带不断扩大,模糊性与隐蔽性的雇佣关系大量存在,部分非典型劳动者面临丧失劳动法保护的困境。为此,近年来,如何应对非典型劳动者权益保护的困境,成

为各国立法重点关注的问题。

在我国,首先,非典型劳动者增长迅速,尤其以被派遣劳动者最为明显。据2010年全国总工会的调查数据,当前国内企业劳务派遣员工有3700多万人,占企业职工总数的13.1%,^①这一比例是相当高的。根据国际私营就业机构的统计数据,在2012年,德国劳务派遣在就业中所占比例为2.2%,美国、英国、法国的这一比例分别为2.0%、3.8%、2.0%。^②显然,我国劳务派遣的整体规模已经远远超出发达国家的平均水平,因而当前学界以“超常发展”来概括我国劳务派遣的发展现状。其次,在非全日制用工方面,全国总工会并未进行全国性的规模统计,只能查阅到一些地方性的数据。如原广东省劳动与社会保障局在2007年所做的调研,广东省的非全日制用工由2000年的50万人增长至2007年的300万人,并且具有进一步增长的趋势。^③

然而,非典型劳动者在我国整体的就业层次较低,被派遣劳动者和非全日制劳动者多由劳动力市场的弱势群体组成,非典型劳动者与典型劳动者之间普遍存在差别待遇的问题,其劳动权利保障状态堪忧。而且,非典型劳动者在我国普遍缺乏就业发展的机会,不完善的集体协商机制更是对这类群体关注较少。此外,我国当前僵化的劳动关系认定标准和劳动法调整方式,进一步造成劳动关系灰色地带的扩大,使得非典型劳动者容易丧失劳动法的保护。鉴于此,如何加强对非典型劳动者权益的保护,是我国劳动立法进一步完善的重要使命,也是促进非典型劳动关系在劳动力市场得以可持续发展的关键。

本书以非典型劳动者权益保护困境与立法回应措施为研究对象,旨在为完善我国非典型劳动关系立法提供理论指导和制度借鉴,具有重要的理

① 全总劳务派遣问题课题组:《当前我国劳务派遣用工现状调查》,载《中国劳动》2012年第5期。

② International Confederation of Private Employment Agencies, *Economic Report*, 2014, pp.18-19.

③ 李克俭:《广东省非全日制劳动者社会保险问题研究》,中山大学2007年硕士学位论文。

论意义和实践意义。

1. 理论意义

从社会与经济背景来看,非典型劳动关系的存在与发展具有一定的必然性,因而,应当以一种包容的视角去看待非典型劳动关系的生长,积极保障非典型劳动者的合法权益以回应劳动关系的非典型化。对于非典型劳动者平等待遇权的研究,有利于丰富我国劳动法平等保护的理论;对于非典型劳动者就业转换权的研究,有利于丰富非典型劳动者的权利体系;对于非典型劳动者集体劳动权保护的研究,有利于完善我国集体劳动关系立法;对于劳动关系灰色地带应对措施的研究,有利于丰富现有劳动关系认定标准,打破传统劳动关系下劳动者的主体理论,使劳动法的保护方式与劳动关系非典型化的发展趋势相适应。

2. 实践意义

通过完善非典型劳动者平等保护制度,细化平等待遇权的操作规则,有助于改善我国非典型劳动者的就业条件,降低用人单位滥用非典型用工的可能性;确立非典型劳动者就业的转换权,有助于打破首要劳动力市场与次级劳动力市场之间的分割,发挥非典型就业通向正规就业的跳板功能,以保障非典型劳动者的职业发展;通过提高集体协商层级,加强政府力量的介入,在集体协商中注重对非典型劳动者的特殊利益保护,有利于解决非典型劳动者由于流动性强、力量分散而在集体协商中发言权不足、自身权益受到忽视的困境;探讨劳动关系灰色地带的问题,有利于改善我国劳动立法较为僵化的保护方式,扩大立法与司法对于特殊非典型劳动者的保护。