

RESEARCH ON

THE CORE MECHANISM OF LEGAL REGULATION OF LABOR RELATIONS

肖
竹
◎
著

劳动关系

法律调整的核心机制研究

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

RESEARCH ON

THE CORE MECHANISM OF LEGAL REGULATION OF LABOR RELATIONS

劳动关系 法律调整的核心机制研究

肖
竹
◎
著

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

图书在版编目 (CIP) 数据

劳动关系法律调整的核心机制研究 / 肖竹著.

—北京: 中国法制出版社, 2019. 7

ISBN 978 - 7 - 5216 - 0345 - 3

I. ①劳… II. ①肖… III. ①劳动法 - 研究 - 中国 IV. ①D922. 504

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2019) 第 140487 号

策划编辑 戴蕊

责任编辑 程思

封面设计 杨鑫宇

劳动关系法律调整的核心机制研究

LAODONG GUANXI FALÜ TIAOZHENG DE HEXIN JIZHI YANJIU

著者/肖竹

经销/新华书店

印刷/北京京华虎彩印刷有限公司

开本/710 毫米×1000 毫米 16 开

版次/2019 年 7 月第 1 版

印张/14 字数/207 千

2019 年 7 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978 - 7 - 5216 - 0345 - 3

定价: 48.00 元

北京西单横二条 2 号

邮政编码 100031

网址: <http://www.zgfzs.com>

市场营销部电话: 010 - 66033393

传真: 010 - 66031119

编辑部电话: 010 - 66066620

邮购部电话: 010 - 66033288

(如有印装质量问题, 请与本社印务部联系调换。电话: 010 - 66032926)

劳动关系法律调整面临的挑战与变革

传统劳动关系的建构是以雇佣身份的确认来定义劳资双方的权利和义务，这种身份关系的认知适用于典型工业时代阶层化的组织与规训式的管理模式。在旧的制造业经济中，工作被细分化，职业的提升通过纵向的等级阶梯和职业层级完成，忠诚度和长久度对工作场所的管理非常重要，工人也因稳定性而受益，工会被认为是雇员利益稳定而长期的代表。传统劳动法也是建立在工业时代的泰勒式管理且强调纪律为生产力之本的组织文化之中，传统工厂的组织就如同一座金字塔，而雇主也被赋予一种好家长的照顾责任。规范雇佣关系的法律规则不是根据经济需求而自动产生的，也不是对工人或雇主需求的直接回应，而是随着经济发展而出现并演变的。英国工业革命塑造了“等级体系”的服务模式，起源于《主仆法》，而后影响到普通法。^① 工作中的等级权力（Hierarchical Power）在传统上无论是在成文法还是判例法国家，都被作为雇佣关系与自雇佣相区分的显著要素，以及为雇员设定保护规范的基本要求，并成为标准雇佣（劳动）关系规则的核心认定机制。

全球化、经济的发展和科技的进步给劳动世界带来巨大的变化。在过去的几十年中，发达国家和发展中国家都经历了从标准就业到非标准就业的巨大转变，后者主要包括临时性就业、非全日制工作、临时介绍所工作和其他多方雇佣关系，及隐蔽性雇佣和依赖性自雇就业。^② 非标准就业的增长是多种因素共同作用的结果，首先从全球范围来看，全球化和技术的发展使得世界

① Deakin and Wilkinson, *The Law of the Labour Market: Industrialization, Employment and Legal Evolution*, Oxford: Oxford University Press, 2005, p. 1.

② ILO, *Non-standard Employment around the World: Understanding Challenges, Shaping Prospects*, International Labour Office - Geneva: ILO, 2016, pp. 2 - 3.

各地的企业通过价值链的联系愈发紧密，制造业向发展中国家转移以及全球服务业的增长，使得劳动力供给市场早已突破国界，企业的选择和用工方式在追逐效率的过程中更趋多元。企业采取非标准就业有时是为应对季节性因素、商业周期变化、市场竞争所导致的商品和服务需求波动的合理反应。经济学家彼得·多林格尔和迈克尔·皮奥里早在1971年就对企业实际存在的“二元”劳动力市场——一个由高薪、稳定、有升迁机会的岗位构成的初级或内部市场，和一个由低薪、低技能、培训及升迁机会少的岗位构成的次级或外部市场——进行了论述，^① 经济学理论进一步说明企业会自然趋向于雇佣两部分劳动力，其中一种为“固定”或“核心”劳动者，另一种则为签订临时合同、通过临时介绍所租赁或作为非全日制或工时不定的待命劳动者雇佣的次级劳动者。^② 外部市场压力和内部组织需求催生了对次级劳动力的各种非标准用工形式，而社会的变化，包括女性在全球劳动力中作用的提高、不断出现的国际移民，以及劳动者本身希望通过更灵活的工作形式来平衡工作和生活，也在事实上助推了非标准就业的繁荣。

其次，也应当看到非标准就业因其成本优势而被企业滥用，并因此对标准雇佣形式产生了极强的破坏力。后福特机制下大量的生产环节被外包，这一方面可能是由于企业以更精细化、高技能的第三方来完成部分生产从而获得更具专业性及效率性的竞争优势，但更多的情况是外包从根本上是被降低劳动力成本的商业战略所驱动，企业会选择整体而言劳动成本比自己雇佣工人更低的供应商，特别是外包给那些能接受较低的工资、较差的劳动条件和福利保障，以及缺少工会组织的工人。而这一替代性商业战略的成形往往离不开法律规范的推波助澜，有时，法律会因其制度设计而为企业使用非标准就业提供激励，例如将非全日制劳动者排除在社会保障的门槛之外，或者固定期限劳动者不在获得遣散费或经济补偿的范围内等。一项针对美国、日本和欧洲的非标准就业比较研究指出，各类非标准就业之所以以当前形式存在，

① Aronson, Robert L, Internal Labor Markets and Manpower Analysis. by Peter B. Doeringer; Michael J. Piore, Journal of Human Resources, Vol. 7, 1972, pp. 401 - 403.

② Saint-Paul G, Dual Labour Markets; A Macroeconomic Perspective, Cambridge: MIT Press, 1996.

是由于监管环境相对缺失或是监管环境为非标准就业的采用搭建了框架。^① 在其他情况下,法律存在的空白或灰色地带也为非标准就业的产生和发展提供了肥沃的生存土壤,例如雇佣(劳动)关系的判断规则,与时代和实践发展的时滞性所带来的隐蔽雇佣与依赖性自雇问题。此外,传统劳动关系调整中发挥重要作用的集体谈判,近年来随着工会组建率的下降,其角色感逐渐减弱,并与工作场所内民主管理与职工参与法规的强烈缺失,互相作用与推动了包括非标准就业在内的替代性就业实践的出现。

与非标准就业繁荣相互呼应的是雇佣(劳动)关系边界的模糊。在传统的劳动法框架下,全球范围内对工人的保护都聚焦于雇佣关系的概念,从而在从属性和独立性工作中划出界线,雇佣关系也是劳动法律中雇主和雇员权利与责任划分的关键点。然而,随着商业中信息技术的使用和服务业中新的工作形态的扩展,工作中等级管理的减少实质上改变了工作行为的履行方式。这些发展对传统的、以在层级垂直整合的大工厂流水线工作的蓝领雇员模式为基础的工作分类提出了挑战,特别是当越来越多的工作行为发生在指挥权和科层制组织日益松散的情况下,原有的分类会导致严重的问题,会同时产生将本应在雇佣关系范围内通过立法被赋予雇员法律保护的工人排除出工作关系的风险,以及将本不应接受这类保护的工人纳入保护范围的风险。为了解决这一问题,许多国家的立法和司法在处理这些显示出与传统等级权力特征不同的工作活动时,将基于严格等级“控制”的法律检验和“从属性”定义予以放松,这一变化使得普通法系国家的法院开始建立比原有控制检验更丰富的新的“多因素”检验,例如美国《公平劳动标准法》之下的“多重因素经济现实检验标准”(Multi-Factor Economic Realities Test),^② 也使大陆法系国家开始采用从属关系的“扩展”概念。^③ 同时,对雇佣关系判断标准的个案适用也趋于灵活。然而,新的工作活动仍在不断挑战法律分类,在很多国

① Gleason, S. E., *The Shadow Workforce: Perspectives on Contingent Work in the United States, Japan, and Europe*, Books from Upjohn Press, Vol. 39, Iss. 3, 2006, pp. 523 - 526.

② Valerio DeStefano, *The Rise of the “Just-In-Time Workforce”: On-Demand Work, Crowd work, And Labor Protection In The “Gig Economy”*, *Comparative Labor Law and Policy Journal*, Vol. 37, Iss. 3, 2016, p. 11.

③ Nicola Countouris, *The employment relationship: A comparative analysis of national judicial approaches*, in Giuseppe Casale ed., *The Employment Relationship: A Comparative Overview*, International Labour Office, 2011, pp. 35 - 68.

家，处于雇佣和自雇佣灰色地带的工人在不断地增长，由于工作形态只部分满足法律对雇佣关系的判定要求，这些工人往往被排除雇员身份而导致其工作权益不受基本的保护。

千禧年之后历史进入了以知识、信息和互联网为基础的知识经济和数字经济时代，劳动法面临的挑战被推向另一个高峰。随着计算机和互联网成为全球生产链的中枢神经，流动性工作场所和工厂间的界限日渐模糊，工作场所不再局限于实体办公室，取而代之的是私人的家庭场所或者任何公共空间。随着数字经济中组织的扁平化以及中间管理层的减少，对工人的雇佣常常基于其知识和专业以“项目”的形式开展，并对其人力资本赋予较高价值；与传统雇佣关系相匹配的科层管理制日渐远去，工人的工作任期较短、工作的不断变化和流动在数字工作模式下愈发普遍。^①更为突出的是，平台用工方式随着技术的发展不断创新，目前主要呈现出“众包工作”（Crowd Work）和“通过 APP 按需工作”（Work-On-Demand Via App）两种形态，并统合在“零工经济”（Gig Economy）的范畴之下。^②两种形态之下平台工作者的身份认定及权益保障问题，是目前全球劳动法理论界和实务界持续争论与力求解决的问题，各个互联网大国也根据本国国情尝试选择不同的应对路径。数字科技普及速度之快以及对人类工作与私人生活的影响之深刻，为过去人类社会前所未有的体验，且其转变不可逆转，无法适应者势必被排除出局。当前，数字科技下的新工作形态不仅进一步挑战传统雇佣关系的定义，也对该形态下工人所拥有的基本工作权利基础及涵盖范围提出要求，而未来数字经济是否会从根本上颠覆传统用工模式及劳动法展开的基本逻辑，尚待持续的观察与讨论。

然而，无论全球劳动市场目前正在发生怎样的变化，仍然有强烈的证据表明雇佣（劳动）关系在许多国家仍是占有主导地位的工作形式，法律对雇佣关系的调整仍然是应对这些变化的重要组成。^③但是，劳动法的适应性如果

① Katherine V. W. Stone, *From Widgets to Digits*, Cambridge: Cambridge University Press, 2004, pp. 34–37.

② Valerio DeStefano, *The Rise of the “Just-In-Time Workforce”: On-Demand Work, Crowd work, And Labor Protection in the “Gig Economy”*, *Comparative Labor Law and Policy Journal*, Vol. 37, Iss. 3, 2016, pp. 461–471.

③ Giuseppe Casale, *Employment Relationship: A Comparative Overview*, International Labour Office, 2011, p. 4.

失败，就会导致其对当前全球劳动市场出现的新现象无法适应的局面。在对劳动法适应性问题的讨论与制度变革的努力中，国际劳工组织（International Labour Organization, ILO）在国际层面始终担当着顶层设计者的责任而处于争论的最前沿。如在对“雇佣关系”（Employment Relationship）的讨论上，国际劳工大会在这十几年来中以不同的形式，通过检验不同类型的工作关系将其作为议题予以持续讨论。在1997年第85届大会上，ILO提议就契约劳动（Contract Labour）制定专门的公约，^① 希望就此确定规则来调整那些涉及在不同形式的合同和分包安排之下的劳动者。然而“契约劳动”这一概念引发了长时间的争论，并因其并未形成清晰的定义和被普遍认可的内涵而使得公约无法成行。但在1997-1998年的争论中，各方代表多次提及雇佣关系，并在2003年第91届国际劳工大会上将雇佣关系范围纳入讨论议程，并主要关注具有从属性的工人的劳动保护。三方机构一致认为，劳动法应当适用于那些处于雇佣关系之中的人，同时工人从事劳动的各种安排也应该被置于适当的法律框架内。^② 2004年3月，雇佣关系被列入2006年第95届国际劳工大会唯一的标准制定讨论议程，并最终由大会通过了《雇佣关系建议书》（第198号）。该建议书在很大程度上建立在国际劳工大会对“契约劳动”以及雇佣关系范围讨论的基础之上，ILO进行的比较研究和一系列商议表明，主要劳动力市场参与者认识到有必要在国际层面处理雇佣关系问题，而第198号建议及其所附决议的通过是国际层面认真努力的结果。

而在区域和国家层面，在全球化与国际竞争的压力下，各国劳动法总体呈现放松管制的态势，甚至导致不发达国家在劳动标准上的“逐底竞争”。^③ 以欧盟为例，放松规制的需求与趋势在2008年世界金融危机时被凸显出来，其基本逻辑主要基于两点：严格的就业保障不利于经济发展；以及降低对核心员工的保障会改善边缘化工作人员的处境。然而，欧洲工会研究院（Euro-

① Report V (2B) Contract labour (Fifth item on the agenda), International Labour Office, <http://www.ilo.org/public/english/standards/relm/ilc/ilc86/rep-v2b.htm>.

② ILO, Conclusions concerning the employment relationship, in International Labour Conference (95th Session), The employment relationship, Report V (1), Geneva, 2006, www.ilo.org/public/english/standards/relm/ilc/ilc95/pdf/rep-v-1.pdf, pp. 72-77.

③ Richard B. Bilder, Review Essay: The Emergence of Transnational Labor Law, The American Journal of International Law, Vol. 100, 2006, p. 728.

pean Trade Union Institute, ETUI) 针对丹麦、德国、波兰、爱沙尼亚、英国、法国、斯洛文尼亚、西班牙、意大利等九国的劳动市场放松管制的案例研究表明, 其一, 对就业的管制没有阻碍就业的创造, 解雇的法律规制对就业的影响被高估了。其二, 减少就业保障不会缓解劳动市场分割问题, 因为随着经济从危机中复苏, 非标准就业却被越来越多的使用, 这与法律对长期劳动合同的保护会导致劳动力市场分割的认识相反, 因为雇主在任何可能的情况下都热衷于使用非正式的就业形式, 而越来越多的临时工可能带来巨大的社会和经济成本。^① 在经济和金融危机的掩护下, 劳动法改革对工人权利和基本社会权利产生了重大负面影响, 在大多数相关国家, 不平等和不安全现象呈爆炸式增长。以“高质量的就业与竞争力不相容”为指导思想的欧盟劳动法改革, 以牺牲欧洲民主传统为代价, 强调经济自由。^② 但随着对欧洲需要进行劳动法改革才能摆脱危机这一假设的不断质疑, 改革趋势在 2015 年开始发生了些许转变, 社会保障权益和劳动法被再次提上日程。2017 年, 欧盟提出了“欧洲社会权利支柱”(The European Pillar of Social Rights),^③ 以及诸多为劳动者提供保障的立法及非立法倡议。但这一对放松劳动保障管制的略微转变是否会随着欧盟议会选举而发生变化, 以及未来可期的走向, 在欧盟内部也还未有统一的共识。

中国劳动法的历史进路与从产业革命和大工业化中进化与发展的西方劳动法不同。1986 年国务院颁布《国营企业实行劳动合同暂行规定》, 正式启动劳动制度的市场化改革。1994 年我国劳动法体系第一部基本法——《劳动法》的颁布, 则是劳动法律政策由计划经济转向市场经济的根本标志。2007 年为我国的劳动立法年, 先后出台《就业促进法》《劳动合同法》《劳动争议调解仲裁法》, 劳动法律体系被逐步构建起来。其中,《劳动合同法》为社会各界关注和争论, 极大地提升了全社会的劳动法制意识和认知。2010 年颁布

① Agnieszka Piasna, Martin Myant, Myths of Employment Deregulation: How It Neither Creates Jobs nor Reduces Labour Market Segmentation, <https://www.etui.org/Publications2/Books/Myths-of-employment-deregulation-how-it-neither-creates-jobs-nor-reduces-labour-market-segmentation>, p. 19.

② Isabelle Sch? mann, Stefan Clauwaert, Zane Rasna? a, The Crisis and National Labour Law Reforms: A Mapping Exercise, <https://www.etui.org/Publications2/Working-Papers/The-crisis-and-national-labour-law-reforms-a-mapping-exercise>, pp. 16 - 17.

③ Leyre Maiso Fontecha, The European Pillar of Social Rights, ERA Forum, Vol. 18, Iss. 2, pp. 149 - 153.

的《社会保险法》是我国第一部社会保险综合性法律，对建立覆盖城乡居民的社会保障体系，更好地维护公民参加社会保险和享受社会保险待遇的合法权益，具有十分重要的意义。应当说，我国劳动法制体系正处于日臻完整与完善的进程中，但距2007年劳动立法的集中出台已十年有余，经济、社会、科技的巨大变化和发展对劳动法提出了诸多挑战。中国在全球化的裹挟与数字经济浪潮的拍打下，与其他国家一道需要面对和解决全球性的劳动力市场规制难题。

首先，在个体劳动关系和劳动基准法上，法律的适用往往以劳动关系的存在为前提，然而我国无论是《劳动法》还是《劳动合同法》都并未对“劳动关系”作出明确定义，实践中的主要依据仍为《关于确立劳动关系有关事项的通知》。而与国外（地区）相比，我国无论是学理上还是实践标准上对“劳动关系”的认定问题都亟待更有质量的讨论和结论性的建议。在劳动关系界定尚存在理论和制度缺陷的情况下，现有劳动法体系却又呈现出“非此即彼”的“二元格局”，与西方“雇佣”与“自雇”二元调整模式类似，被纳入“劳动关系”的法律关系被适用大量特殊规定的强制性实体权利义务，“劳动关系”内外企业用工成本的迥异进一步导致劳动关系认定问题的紧张化态势，特别是劳动关系与社会保险关系的捆绑更进一步加剧了认定张力，导致实践中劳动关系认定整体从严。而这种“一刀切”的劳动法保护模式在新经济、新业态中更趋于灵活的用工方式面前，显得日益捉襟见肘，“去劳动关系”成为各类平台用工企业的基本操作，劳动者保护盲区不断扩大，学界和实务界不断提出“劳动法是否已经过时和需要变革”的追问。

其次，在集体劳动关系法上，与微观之个体劳动关系和宏观之劳动基准法律调整相比，我国中观之集体劳动关系法制更显势微。这与我国一直以来“强资本、弱劳动”的劳资力量对比，以及“大政府、小社会”的社会治理结构相关，突出体现为在劳动基准法尚未成体系的情况下，政府通过强制立法的方式直接对个体劳动关系予以干预，使劳资矛盾集中于《劳动合同法》，而以“团结权、集体谈判权和集体行动权”为内容的“劳动三权”这一集体劳动关系法律调整机制并未真正发挥作用，对实践中多发的劳动者维权的群体性事件缺乏体系化的制度规范与疏导，劳资集体谈判（协商）机制尚待实效性完善，劳动者“群体化”向“集体化”的组织与行为转变仍需有利的制

度支持与保障。

最后,是劳动争议处理法律制度的问题。目前,我国劳动人事争议案件总量持续高位运行,处理难度不断加大。争议多发存在多方面原因,包括经济下行压力加大、新技术新业态经济迅猛发展,以及争议主体多元化、诉求多样化的趋势进一步明显等。而从法律机制本身来说,首先是劳动争议处理组织结构尚待进一步完善。企业中的调解组织角色不明,定位不清;社会化调解存在产业结构与调解组织模式不匹配、调解组织设置缺乏物质保障、调解制度设计不专业,以及调解组织公信力不强等问题。劳动争议仲裁委员会虚化,仲裁机构分散化、行政化,而专业化程度及公信力不够。其次,劳动争议处理体制亟待进一步理顺。目前我国《劳动争议调解仲裁法》只涉及权利争议的处理,利益争议处理程序整体缺失;强制前置的仲裁程序和其后的两审程序,将最需要得到及时、公正解决的劳动争议置于事实上的“三审终审”境地,劳动争议处理环节多、周期长,裁审关系及其体制设计需要全面反思。

国际劳工组织在《关于劳动世界的未来百年宣言》中提出,在该组织纪念其成立百年之际,劳动世界面临着由技术创新、人口结构转变、环境与气候变化和全球化所驱动的根本性变革,以及持续存在的不平等现象,这对劳动世界的性质和未来,以及对身在其中的人民的地位和尊严具有深刻影响。^①因应劳动世界的根本性变革,劳动关系的法律调整同样面临着严峻挑战,是否需要以及如何变革成为各国学界、产业界、政府以及以 ILO 为代表的国际组织需要共同思考、研讨与探索的主题。本书的写作即是在这一背景下,就劳动关系法律调整的核心机制进行研究,选择个体劳动关系、集体劳动关系以及劳动争议处理法律调整机制中的关键问题,在国际之全球观下,以国别(地区)之比较研究为基本路径,侧重研究理论与实践中的困惑点、争论点与亟待解决的难点问题,以期有针对性地为我国劳动法学研究和劳动法制发展贡献绵薄之力。

是为序。

^① 国际劳工组织,国际劳工组织关于劳动世界的未来百年宣言(2019年),https://www.ilo.org/ilc/ReportsavailableinChinese/WCMS_711284/lang-en/index.htm,第4页。

第一章 劳动关系法律调整的研究起点：雇佣合同之辨	1
一、“雇佣关系”法律调整的历史发展脉络	2
二、“雇佣关系（合同）”演变的国别路径	4
三、雇佣合同与劳动合同：异质、同质还是上下位概念？	11
四、雇佣合同的界定与立法体例安排	20
第二章 劳动关系法律调整的时代难点：分享经济背景下的劳动关系认定	34
一、我国目前劳动关系认定的法律依据及平台与网约车相关判例的简要梳理	37
二、网约车新政对网约车平台公司用工产生的影响	42
三、目前法律、判例和新政规制下的网约车市场业态、用工情况及劳动关系判断	43
四、网约车市场用工的法律应对——未来趋势及规制走向	54
第三章 劳动关系法律调整的前沿热点：“第三类劳动者”的制度选择	60
一、第三类劳动者的制度实践	62
二、第三类劳动者的理论争论	75
三、第三类劳动者的制度反思及其对我国的适用性	81
四、另一种思路——从劳动者抽象类型化到劳动权利的具体扩展	88

结语	93
----------	----

第四章 集体劳动关系中的集体合同效力：以行业性区域

性合同为例	95
一、问题的提出	95
二、行业性、区域性集体合同主体——集体合同的当事人 与关系人	96
三、行业性、区域性集体合同订立程序——集体合同约 束力的合法性基础	98
四、行业性、区域性集体合同的约束力内容——以集体 合同的法规范效力为核心	101
五、行业性、区域性集体合同竞合下的效力问题	107
结语	107

第五章 集体劳动关系中的集体行动：劳方集体行动的正

当性判断	109
一、劳动者集体行动的权利属性认识与立法模式选择	110
二、劳动者集体行动法律规制的核心路径——对集体行 动的正当性判断	114
三、劳动者集体行动之主体正当性	118
四、劳动者集体行动之目的正当性	122
五、劳动者集体行动之程序正当性	128
六、劳动者集体行动之手段正当性	134
结语	135

第六章 集体劳动关系中的政府角色：政府对群体性劳动

争议的应对与责任	137
一、群体性劳动争议的界定及处理现状	137
二、政府在集体劳动关系中的角色与作用——国家统合	

或协约自治?	140
三、政府在应对群体性劳动争议不同阶段中的角色分析	143
第七章 劳动争议处理体制的反思：劳动争议仲裁的本质 与改革	153
一、对劳动争议仲裁本质的思考	154
二、对我国劳动争议仲裁现状及问题的考察	167
三、对劳动争议仲裁未来改革之建议	172
第八章 中国劳动关系法制的域外影响：中国“出海企业” 的对外劳动关系治理	179
一、我国“出海”企业对外劳动关系治理问题的重要性	180
二、中国“出海”企业对外劳动关系治理面临的主要 挑战和压力	181
三、挑战与压力的根源	183
四、应对挑战与压力的基本立场与对策	187
结语	194
参考文献	196

第一章 劳动关系法律调整的研究起点： 雇佣合同之辨

【本章摘要】从雇佣合同的历史发展脉络来说，从18世纪至20世纪初，雇佣合同从平等的、无从属性当事人间之纯粹债权关系，发展至劳动合同阶段，而雇佣合同与劳动合同之立法体例布局，基于立法的不同历史时期和《民法典》对不同法律传统的传承存在不同样貌，从而在雇佣合同与劳动合同的关系、雇佣合同的具体范畴，以及介于劳动关系与承揽、委托等自雇佣关系之间的劳务给付关系如何调整等问题上给予我们启发和借鉴。雇佣合同与劳动合同存在异质说、同质说、上下位概念说等不同观点，而在我国，又因“劳务关系”“服务合同”等概念的加入而使问题更加复杂。以社会现实需求和司法实践共识为基础，在《民法典》中将雇佣合同的范畴界定为具有平等性、财产性、松散型的劳务给付关系并与承揽、委托等关系相区别，雇佣合同与劳动合同异质且不构成上下位法律概念，并在自然人之间、自然人与组织之间均存在表现形式从而得以适用，应为我国未来雇佣合同立法可供参考的路径方案。

劳动关系脱胎于雇佣关系，从历史演进与概念渊源来说，雇佣关系应为劳动关系的源概念。雇佣关系的法律规范不是根据经济需求而自动产生的，也不是对工人或雇主需求的直接回应，而是随着经济发展而出现并演变的。^①雇佣关系是一个具有共同要素的普遍概念，在不同法律制度和文化以及不同经济和社会环境的国家中都可以找到。然而，它的演变以及管理它的法律和

① Deakin and Wilkinson, The law of the labour market: Industrialization, Employment and Legal Evolution, Oxford: Oxford University Press, 2005.

做法却因国而异，与之有关的问题也各不相同。今天我国在劳动关系法律调整中遇到的很多难题，特别是作为劳动法、乃至社会保险法适用前提的劳动关系认定问题所产生的种种困惑，其根源仍是对雇佣关系、雇佣合同及其与劳动关系（合同）之关系在立法上缺乏界定，在学理上缺少共识所致。因此，作为劳动关系法律调整的研究起点，本章即对“雇佣合同”之学理与制度演变进行梳理，并对当下因民法典编纂而重燃之“雇佣合同”的立法争论做出回应。

一、“雇佣关系”法律调整的历史发展脉络

脱离不自由劳动时代，而踏入自由契约时代的罗马法租赁劳动时代，雇佣借贷与物件赁借贷、承揽赁借贷并列，其标的为在他人指挥和监督下进行的体力劳动（非自由劳务）。这一自由劳动的劳动者将自己的劳动出租给对方的形式，唯下级劳动筋肉劳动方属之。^① 这一调整“低级劳务”的雇佣赁借贷规则，不调整上流社会成员为同阶层的其他成员所提供的，不受雇佣人指挥监督的专门和技术性的劳动或脑力劳动（以无偿的委托形式出现），和建筑师、教师、律师等自由职业者所提供的“高级劳务”。^②

当历史进入 18 世纪启蒙时代，受自然法反对和撤销对人全面支配、羁束、压迫的法律制度的思想影响，以 1896 年的德国民法、1911 年的瑞士债法为代表，雇佣关系与借贷、租赁观念分离，即逐渐丧失其身份要素，而演变成两个具有独立人格者之间交换劳务与报酬的纯债权关系，^③ 而劳动则为债之客体。至此，雇佣关系从不自由劳动时代、罗马法时代与日耳曼法时代后，正式进入雇佣契约时代。这一雇佣关系形态贯穿整个 18 世纪和 19 世纪前半叶。

然而，雇佣契约既属民法上债之关系，必然贯彻契约自由的结果。^④ 19 世纪末之后，步入工业化大生产时代的雇佣契约内逐渐产生社会化之色彩。

① 黄越钦著：《劳动法新论》，中国政法大学出版社 2003 年版，第 3 页。

② 周楠著：《罗马法原理》（下册），商务印书馆 2000 年版，第 300 页。

③ 黄越钦著：《劳动法新论》，中国政法大学出版社 2003 年版，第 4 页。

④ 王泽鉴著：《债编总论》第一卷，台大法学院福利社 1988 年版，第 115 - 116 页。

因为此时的雇佣关系绝非对等人格间纯粹的债权债务关系，其间含有一般债的关系中所没有的特殊的身份因素在内。雇佣契约虽在概念上将劳动者与劳动力分离，然于事实上劳动者的劳动力实与其自身人格紧密结合而不可分离，受雇人对雇主产生从属性，其劳动力之提供事实上即成为人格本身的从属。面对具有从属性的雇佣关系，作为债之雇佣契约的自由至高理念，反成为雇主压迫劳工的合理化借口。居于从属地位的劳动者，在纯属形式平等的债法调整下，如何与拥有生产工具的企业经营者立于平等地位，讨价还价、商谈工资、工时、休假、退休、资遣、解雇（终止契约）等条件？在契约自由之下，劳动条件实际上殆由雇主片面决定。^①

因此，这种在债权要素外，尚包括身份要素的不对等人格间之“人的关系”，即所谓劳动契约关系，与一般雇佣关系迥然相异。^②“民法”上个人自由主义的雇佣契约既不足规范劳动关系，劳动法乃应运而生，由“民法”上的雇佣契约发展到“劳动基准法”上的劳动契约，由个别劳动契约转向团体契约，^③多数本应适用民法上雇佣契约之交易形态，乃脱离雇佣之领域，直接适用劳动立法，使规范劳动关系的法律脱离“民法”，劳动立法代之而起，其制度理念亦脱离民法之范畴，而蔚为独立之法学领域。^④劳动关系亦从雇佣契约而进入劳动契约时代。

故此，依据历史发展脉络我们大致可言，18世纪至19世纪前半叶，雇佣关系为平等的、无从属性当事人间之纯粹债权债务关系，而至19世纪末20世纪初，雇佣契约发展至劳动契约阶段，法律反映出劳动力本身的人格属性，以及社会保障之需要而推动劳动法产生。最初平等的、无从属性之纯粹债务关系之一的雇佣关系，其界定、内涵、外延，以及雇佣契约（合同）与劳动契约（合同）之立法体例布局，在各国产生了不同的走向并呈现出不同的格局。

需要注意的是，对“雇佣关系”“雇佣合同”的讨论要特别注意其使用语境的问题。雇佣关系从其产生至今，已历经两个多世纪的变迁，其内涵与

① 王泽鉴著：《债编总论》第一卷，台大法学院福利社1988年版，第115-116页。

② 黄越钦著：《劳动法新论》，中国政法大学出版社2003年版，第6页。

③ 王泽鉴著：《债编总论》第一卷，台大法学院福利社1988年版，第115-116页。

④ 邱聪智著：《新订债法各论（中册）》，元照出版社2008年版，第8页。