

# LABOR LAW

## 劳动法的 改革与完善

Labor Law in China:  
Reform and Improvements

谢增毅 著



社会科学文献出版社  
SOCIAL SCIENCES ACADEMIC PRESS (CHINA)

Labor Law in China:  
Reform and Improvements

# 劳动法的 改革与完善



社会科学文献出版社  
SOCIAL SCIENCES ACADEMIC PRESS (CHINA)

## 图书在版编目(CIP)数据

劳动法的改革与完善/谢增毅著. —北京:社会科学  
文献出版社, 2015. 4

ISBN 978 - 7 - 5097 - 7134 - 1

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

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2015)第 037885 号



劳动法的改革与完善

著 者 / 谢增毅

出 版 人 / 谢寿光

项目统筹 / 刘骁军 芮素平

责任编辑 / 芮素平 李娟娟

出 版 / 社会科学文献出版社·社会政法分社(010)59367156

地址:北京市北三环中路甲 29 号院华龙大厦 邮编:100029

网址:www.ssap.com.cn

发 行 / 市场营销中心(010)59367081 59367090

读者服务中心(010)59367028

印 装 / 三河市尚艺印装有限公司

规 格 / 开 本: 787mm × 1092mm 1/16

印 张: 19 字 数: 301 千字

版 次 / 2015 年 4 月第 1 版 2015 年 4 月第 1 次印刷

书 号 / ISBN 978 - 7 - 5097 - 7134 - 1

定 价 / 69.00 元

本书如有破损、缺页、装订错误,请与本社读者服务中心联系更换

# 目 录

contents

|     |                              |     |
|-----|------------------------------|-----|
| 第一章 | 劳动关系的内涵及雇员和雇主身份的认定 .....     | 001 |
| 一   | 劳动关系的内涵：雇员的从属性 .....         | 001 |
| 二   | 雇员的定义和认定标准的比较 .....          | 003 |
| 三   | 雇主定义的比较 .....                | 006 |
| 四   | 我国劳动关系的判断标准及雇员和雇主身份的认定 ..... | 008 |
| 第二章 | 特殊雇员的保护及雇主的差别待遇 .....        | 013 |
| 一   | 特殊雇员的保护 .....                | 013 |
| 二   | 雇主的差别待遇 .....                | 028 |
| 第三章 | 劳动合同当事人的基本权利义务 .....         | 040 |
| 一   | 现行法的规定及学理解释 .....            | 040 |
| 二   | 雇主和雇员义务的比较 .....             | 043 |
| 三   | 雇主和雇员基本义务确立应考虑的因素及其内容 .....  | 050 |
| 四   | 中国雇员和雇主基本义务的完善 .....         | 052 |
| 第四章 | 劳务派遣的法律规制 .....              | 059 |
| 一   | 国外劳务派遣的法律规制：以美国为例 .....      | 059 |
| 二   | 我国劳务派遣立法及实施存在的主要问题 .....     | 074 |
| 三   | 2012 年《劳动合同法》的修改 .....       | 080 |
| 四   | 劳务派遣制度有待解决的问题 .....          | 082 |

第五章 最低工资制度 ..... 087

一 最低工资制度的理论基础 ..... 087

二 最低工资制度的框架：以英国为例 ..... 089

三 我国最低工资制度的主要内容 ..... 098

四 我国最低工资制度存在的问题及其完善 ..... 102

第六章 反就业歧视立法及其实施 ..... 106

一 反就业歧视法的意义 ..... 106

二 就业歧视的法律规制：以英国和欧盟为例 ..... 107

三 就业歧视的构成要件理论 ..... 121

四 反就业歧视法的发展趋势 ..... 137

五 中国反就业歧视的立法与实践 ..... 143

六 中国反就业歧视法的完善 ..... 150

第七章 反残疾就业歧视与残疾人按比例就业制度 ..... 152

一 反残疾就业歧视与残疾人就业促进制度的  
主要内容：以美国为例 ..... 153

二 中国反残疾就业歧视制度 ..... 167

三 中国残疾人按比例就业制度 ..... 168

四 反歧视制度与按比例就业制度的协调及其完善 ..... 171

第八章 工伤保险制度 ..... 175

一 工伤保险的特征 ..... 175

二 参保单位、工伤保险缴费和基金 ..... 175

三 工伤认定与工伤范围 ..... 176

四 工伤保险赔偿程序 ..... 183

五 工伤保险待遇 ..... 184

六 工伤保险和侵权赔偿的关系 ..... 188

第九章 劳动合同解除 ..... 193

一 中国雇主解雇雇员的正当事由 ..... 193

二 雇主解雇雇员理由的比较研究 ..... 196

|      |                             |     |
|------|-----------------------------|-----|
| 三    | 雇主解雇雇员的离职补偿义务 .....         | 202 |
| 四    | 雇主不当解雇的法律责任 .....           | 213 |
| 五    | 雇员解除劳动合同的制度 .....           | 223 |
| 第十章  | 企业民主管理制度 .....              | 225 |
| 一    | 中国企业民主管理制度的背景 .....         | 225 |
| 二    | 企业民主管理制度的理论基础和意义 .....      | 226 |
| 三    | 中国企业民主管理立法现状、特点及存在的问题 ..... | 235 |
| 四    | 企业民主管理立法的比较 .....           | 244 |
| 五    | 中国企业民主管理制度的完善 .....         | 250 |
| 第十一章 | 劳动监察制度 .....                | 263 |
| 一    | 劳动监察的特征 .....               | 263 |
| 二    | 劳动监察的实施效果 .....             | 265 |
| 三    | 劳动监察面临的挑战 .....             | 265 |
| 四    | 劳动监察中行政机关的权力及雇主的责任 .....    | 268 |
| 第十二章 | 劳动争议处理制度 .....              | 274 |
| 一    | 建立特殊劳动争议处理制度的必要性 .....      | 274 |
| 二    | 劳动争议处理制度的比较 .....           | 276 |
| 三    | 中国的劳动争议处理制度及其面临的挑战 .....    | 285 |
| 四    | 中国劳动争议处理模式的争论及其完善 .....     | 291 |
| 后 记  | .....                       | 293 |

# Table of Contents

|                  |                                                                                         |       |
|------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------|-------|
| <b>Chapter 1</b> | <b>Meaning of Labor Relationship and Definitions of the Employee and the Employer</b>   | / 001 |
| 1.               | Meaning of Labor Relationship                                                           | / 001 |
| 2.               | Definition of the Employee; Comparative Perspective                                     | / 003 |
| 3.               | Definition of the Employer; Comparative Perspective                                     | / 006 |
| 4.               | Tests for Determining Labor Relationship and the Scope of the Employee and the Employer | / 008 |
| <b>Chapter 2</b> | <b>Protection of “Special Employee” and Different Treatment for the Employer</b>        | / 013 |
| 1.               | How to Protect “Special Employee”                                                       | / 013 |
| 2.               | Different Treatment for the Employer                                                    | / 028 |
| <b>Chapter 3</b> | <b>Fundamental Duties of the Employee and the Employer</b>                              | / 040 |
| 1.               | The Current Provisions and Its Theoretical Meaning                                      | / 040 |
| 2.               | Duties of the Employee and the Employer; Comparative Perspective                        | / 043 |
| 3.               | Contents of the Duties of the Employee and the Employer                                 | / 050 |
| 4.               | How to Improve the Provision of the Duties of the Employee and the Employer             | / 052 |

|                                                                                                                                 |       |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------|
| <b>Chapter 4 Regulation of Labor Dispatch</b>                                                                                   | / 059 |
| 1. Regulation of Labor Dispatch outside China; US Law                                                                           | / 059 |
| 2. The Main Challenges in the Legislation and Enforcement of Labor Dispatch Law in China                                        | / 074 |
| 3. The Amendments of Labor Contract Law in 2012                                                                                 | / 080 |
| 4. Issues Unsolved in the Labor Dispatch Law in China                                                                           | / 082 |
| <b>Chapter 5 Minimum Wage System</b>                                                                                            | / 087 |
| 1. The Foundation of Minimum Wage System                                                                                        | / 087 |
| 2. The Institutional Framework of Minimum Wage System; UK Law                                                                   | / 089 |
| 3. The Main Content of Minimum Wage System in China                                                                             | / 098 |
| 4. The Challenges of Minimum Wage System in China and Its Improvement                                                           | / 102 |
| <b>Chapter 6 Anti-discrimination Law in the Workplace</b>                                                                       | / 106 |
| 1. The Significance of Anti-discrimination Law in the Workplace                                                                 | / 106 |
| 2. How to Combat Discrimination; UK and EU Law                                                                                  | / 107 |
| 3. What Constitutes Discrimination?                                                                                             | / 121 |
| 4. The Trend of Anti-discrimination Law                                                                                         | / 137 |
| 5. The Legislation and Practice of Anti-discrimination Law in China                                                             | / 143 |
| 6. The Improvement of Anti-discrimination Law in China                                                                          | / 150 |
| <b>Chapter 7 Anti-discrimination against Disability in the Workplace and the Quota System for the Persons with Disabilities</b> | / 152 |
| 1. Anti-discrimination Law against Disability outside China; the US Law                                                         | / 153 |
| 2. Anti-discrimination Law against Disability in China                                                                          | / 167 |
| 3. Quota System and Employment Promotion for the Persons with Disabilities in China                                             | / 168 |
| 4. Coordinations Between Anti-discrimination Law and Quota System                                                               | / 171 |

|                                                                                           |       |
|-------------------------------------------------------------------------------------------|-------|
| <b>Chapter 8 Work Injury Insurance System</b>                                             | / 175 |
| 1. The Feature of Work Injury Insurance                                                   | / 175 |
| 2. Coverage of Employers, Fee and Fund of Work Injury Insurance                           | / 175 |
| 3. Identification and Scope of Work Injury                                                | / 176 |
| 4. Procedure for the Compensation of Work Injury Insurance                                | / 183 |
| 5. Benefits of Work Injury Insurance                                                      | / 184 |
| 6. The Relationship between Work Injury Insurance and Torts Law                           | / 188 |
| <b>Chapter 9 Termination of Labor Contract</b>                                            | / 193 |
| 1. Reasons for Dismissal in China                                                         | / 193 |
| 2. Reasons for Dismissal in other Countries                                               | / 196 |
| 3. The Employer's Duty of Severance Allowance in Dismissal                                | / 202 |
| 4. The Liability of the Employer in Unfair Dismissal                                      | / 213 |
| 5. Termination of Employment at the Initiative of the Employee                            | / 223 |
| <b>Chapter 10 Employee Participation System</b>                                           | / 225 |
| 1. The Background of Employee Participation in China                                      | / 225 |
| 2. The Foundation and Significance of Employee Participation                              | / 226 |
| 3. The Current Situation, Feature, and Problems of Employee Participation System in China | / 235 |
| 4. Employee Participation in other Countries                                              | / 244 |
| 5. How to Improve China's Employee Participation System                                   | / 250 |
| <b>Chapter 11 Labor Inspection</b>                                                        | / 263 |
| 1. The Feature of Labor Inspection in China                                               | / 263 |
| 2. The Effect of Implementation of Labor Inspection                                       | / 265 |
| 3. Challenges in Labor Inspection                                                         | / 265 |
| 4. The Power of Labor Agency in Labor Inspection and the Employer's Liability             | / 268 |

|                                                                                 |              |
|---------------------------------------------------------------------------------|--------------|
| <b>Chapter 12 Labor Dispute Resolution</b>                                      | <b>/ 274</b> |
| 1. The Justification of Establishing Special Procedure for Labor Dispute        | / 274        |
| 2. Labor Dispute Resolution: a Comparative Perspective                          | / 276        |
| 3. Labor Dispute Resolution System in China and Its Challenges                  | / 285        |
| 4. Debate on the Model of Labor Dispute Resolution in China and Its Improvement | / 291        |
| <b>Postscript</b>                                                               | <b>/ 293</b> |

## 劳动关系的内涵及雇员和雇主身份的认定

通说认为劳动法以劳动关系为主要调整对象。学者一般认为劳动法是“调整劳动关系以及与劳动关系密切联系的社会关系的法律规范总称”。<sup>①</sup>我国著名民法学者史尚宽先生认为：“劳动法为关系劳动之法，详言之，劳动法为规范劳动关系及其附随一切关系之法律制度之全体。”<sup>②</sup>将劳动法的调整对象界定为劳动关系以及与劳动关系密切联系的其他社会关系固然无误，但所谓的“与劳动关系密切联系的其他社会关系”都是从劳动关系衍生出来的，对此类社会关系的调整也是为了保证劳动关系的正常运行，因此，劳动关系是劳动法的基本调整对象。但我国《劳动法》和《劳动合同法》均未就劳动关系的含义做出规定，造成实务中劳动关系的认定以及劳动法适用的困难。因此，劳动关系的内涵及其判断标准仍是劳动法理论和实务的一个重要课题。

### 一 劳动关系的内涵：雇员的从属性

劳动关系乃由传统的雇佣关系发展而来。雇佣关系属于民法的概念，在工业社会初期，雇佣关系主要由私法调整。从大陆法系主要国家民法典的内容看，雇佣关系长期受到民法的调整。例如，《德国民法典》在第 611 条至第 630 条规定了“雇佣契约”。第 611 条规定，因雇佣合同，允诺劳务的一方负有提供约定的劳务的义务，另一方负有给予约定的报酬的义务。雇佣合同的标的可以是任何一种劳务。<sup>③</sup>因此，雇佣关系强调劳务作为合同的标的，假设当事人地位平等。随着雇佣关系的发展，人们逐渐认识到

---

① 关怀、林嘉主编《劳动法》，中国人民大学出版社，2006，第 5 页。

② 史尚宽：《劳动法原论》，上海正大印书馆，1934，第 1 页。

③ 《德国民法典》，陈卫佐译注，法律出版社，2006，第 231 页。

雇佣关系当事人地位的差异以及雇佣关系的社会性。雇佣关系涉及社会和国家未来之发展、人权保障等诸多因素，并非可以完全依据当事人的意思自治加以调整，因此，作为社会性的劳动契约，逐渐被立法者所认识和接受。

1971年瑞士债法做出重大修订，将原来的“雇佣契约”修订为“劳动契约”。在“劳动契约”时代，国家制定了劳动保护法规，使雇主负担公法上的义务，以保护劳动者；将劳动契约社会化，制定具有高度社会意义的劳动契约法；利用团体协约使劳资双方关系由对立变为合作；实行社会保险政策；设立劳动法庭；等等。<sup>①</sup>《德国民法典》虽然保持了雇佣契约的概念，但在《民法典》之外，规定了大量有关劳动保护的特别法，如集体合同法、解雇保护法等。因此，尽管雇佣契约和劳动契约存在密切联系，二者的标的均为劳务，但从雇佣契约的法律调整向劳动契约的法律调整的转变过程看，劳动契约和雇佣契约已有很大不同。雇佣契约，强调有偿劳务之给付，假定契约双方地位平等，主要依靠民法调整；劳动契约，强调雇员对雇主的从属地位，双方地位并不完全平等，法律对雇员实行特别保护，主要依靠民法之外的劳动法加以调整。

“劳动法（亦称劳工法）上之劳动契约谓当事人之一方对于他方在从属的关系，提供职业上之劳动力，而他方给付报酬之契约乃为特种之雇佣契约，可称为从属的雇佣契约。”<sup>②</sup>可以看出，劳动契约之于雇佣契约的特殊性在于雇员之从属性。因此，劳动契约源于雇佣契约，但超越雇佣契约。德国虽然在《民法典》中规定了雇佣契约，但劳动法调整之劳动关系与雇佣关系的区别也是明显的。德国学者认为，劳动法是关于劳动生活中处于从属地位者（雇员）的雇佣关系的法律规则（从属地位劳动者的特别法）的总和。<sup>③</sup>这个定义指明了劳动法调整对象的本质特征。虽然劳动法是不是特别法尚可探讨，但该定义指出了劳动法的对象是处于从属地位之雇员的雇佣关系，着眼点于劳动者的从属地位，比较准确地反映了劳动关系的本质。英国的劳动上诉法庭也指出：“雇员之所以被认为需要劳动法保护的原因在于他们和雇主相比处于从属（subordinate）和依赖（depend-

① 黄越钦：《劳动法新论》（修订三版），翰芦图书出版公司，2006，第7页。

② 史尚宽：《债法各论》，1960年初版，1981年台北第5次印刷，第277页。

③ [德] W. 杜茨：《劳动法》，张国文译，法律出版社，2005，第1页。

ent) 的地位。”<sup>①</sup>

劳动法调整之劳动关系的判断非常复杂,在许多国家,主要通过立法和判例来明晰雇主和雇员尤其是雇员的概念,特别是明确“从属性”的判断标准,以此来判断劳动关系是否成立以及当事人是否适用劳动法。因此,劳动关系的认定和劳动法的适用就主要演变为如何界定雇员和雇主的概念,<sup>②</sup>以及明确雇员和雇主的边界。

## 二 雇员的定义和认定标准的比较

### (一) 德国对雇员的认定

在德国,一般认为雇员是基于私法上的劳动合同为获取工资而有义务处于从属地位为他人(雇主)提供劳动给付的人。<sup>③</sup>对于雇员的概念,劳务提供者的人身依赖性仍然是实质性的内容,由此可以区分劳动关系的《民法典》第611条的规定。判断雇员身份的主要标准是人身依赖性而非经济依赖性。<sup>④</sup>因此,在德国法上,对雇员的从属性的判断主要着眼于人身依赖性。

### (二) 日本对劳动者的认定

在日本,在产业结构以制造业为中心的时期,接受雇主具体的现实的指挥的劳务提供者,一般被称为“劳动者”。《劳动基准法》制定时,第9条规定的“劳动者”,实际上是把以上级对下级的人格支配关系为中心的劳动关系作为前置理念。具体而言,是把出勤、缺勤、工作时间、工作量、工作内容、工作方法等是否由本人自由决定作为“使用从属性”的内容加以考虑,以此为中心判断是否为“劳动者”。<sup>⑤</sup>在日本,学界一般认

① A. C. L. Davies, *Perspectives on Labor Law*, Cambridge University Press, 2004, p. 88.

② 为了表述方便,本书将劳动关系的主体表述为雇员(employee)和雇主(employer)。根据各国的习惯,有时使用“劳动者”的概念,在本书中如无特别说明,雇员和劳动者均指受雇于雇主的劳动关系另一方当事人。

③ [德] W. 杜茨:《劳动法》,张国文译,法律出版社,2005,第16页。

④ [德] W. 杜茨:《劳动法》,张国文译,法律出版社,2005,第17~18页。

⑤ 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,第60~61页。

为，作为劳动法调整对象的劳动者，从事的不是一般劳动，而是具有从属性的劳动。对“劳动从属性”的理解，多数认为是“人的从属性”与“经济的从属性”的复合。“人的从属性”是指“实行劳动的过程中，劳动者处于服从使用者支配的地位，同时劳动时间、地点、内容等由使用者单方决定”；“经济从属性”是指“劳动者的经济社会地位以及签订契约时契约内容的被决定性等”。多数学说还认为，“劳动从属性”是基础，是核心，在其之上还应该附加“组织的从属性”，即“从属于企业的组织体系”。<sup>①</sup>

可见，在大陆法系国家，对“劳动者”概念强调的重点是其从属地位，强调雇员的依赖和受支配的地位，但不同国家对从属性的具体判断标准稍有不同。

### （三）美国对雇员的认定

在美国，通过立法和判例产生了“雇员”认定的许多原则和规则。根据《公平劳动标准法》（*Fair Labor Standards Act*），雇员是指“被雇主雇用的任何人”。<sup>②</sup>而雇主的定义是“直接或间接为了与雇员相对应的雇用方的利益而行事的任何人”。<sup>③</sup>成文法的规定较为简单和模糊，雇员身份的认定主要依赖判例法。法院在判例中，根据普通法的原则形成了所谓“经济现实标准”（*economic reality test*），在判断雇员身份时通常需要考虑以下因素：（1）受“雇主”控制的程度；（2）“雇员”对设备和材料投资的程度；（3）“雇员”分享利润和承担损失的机会；（4）工作所需要的技术的程度；（5）双方关系的持续时间；（6）“雇员”所提供的服务作为“雇主”业务不可分割的一部分的程度。<sup>④</sup>当然法院在判定某一个人是否雇员时必须综合考虑以上因素，但判断的核心标准是“控制”标准。如果一个商业机构对自然人的工作情况进行控制或有权力进行控制，可以认定劳动

① 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，第77页。

② FLSA § 3 (e) (1), 29 U. S. C. A. § 203 (e) (1).

③ FLSA § 3 (d), 29 U. S. C. A. § 203 (d).

④ Mark A. Rothstein, Charles B. Craver, Elinor P. Schroeder, Elaine W. Shoben, *Employment Law*, West, 2005, p. 331.

关系存在；如果一个商业机构对自然人的工作情况缺乏有效的、普遍的控制，那么根据《公平劳动标准法》就难以认定“雇员”身份的存在。

在美国，与雇员相对应的概念是“独立合同人”（independent contractor）。<sup>①</sup> 独立合同人是美国法律中的一个概念，系与企业签订合同约定在自己的工作场所利用自己的设备和雇员完成特定的工作，企业支付其报酬的工作人员。独立合同人不是劳动关系中的“雇员”。

#### （四）英国对雇员的认定

在英国，在判例和学理中也区分雇员和独立合同人。雇员和雇主之间建立的是劳动关系，而独立合同人依照服务合同（contract for services）而工作。<sup>②</sup> 二者的区别较为明显。与美国法类似，雇员和独立合同人在保险和福利待遇、工资和税收、替代责任、安全、合同条款等方面有很大不同，特别是在就业安全的权利方面，差别甚大。<sup>③</sup> 在如何判定雇主和雇员之间的劳动关系上，英国的法院也发展了类似美国的判断标准理论。法院的判断标准包括“控制标准”（control test）、“组织标准”（organization test）以及“多重标准”（multiple test）。在早期，法院主要运用“控制标准”判断雇员的身份。该标准的基础是，雇主是否不仅可以控制工作的结果，还可以控制工作的过程。如果雇主对工作的方式和内容施加了大量的控制，则可以认定劳动关系的存在。由于单一的“控制标准”有时无法反映劳动关系的本质，因此，法院发明了所谓的“组织标准”，考虑产业的现实。法官认为，在劳动关系中，雇员作为企业的一部分而受雇，而且雇员的工作是企业不可或缺的一部分；但在服务合同中，尽管工作仍然是为了企业而做，但并没有融入企业之中，仅仅是附属于企业。<sup>④</sup> 由于单一判断标准的局限性，英国在判例中逐渐产生了“多重标准”的判断规则。在判定卡车司机是否雇员的判例中，<sup>⑤</sup> 法院认为至少要考虑三个因素才能判

① Mark A. Rothstein, Charles B. Craver, Elinor P. Schroeder, Elaine W. Shoben, *Employment Law*, West, 2005, p. 331.

② Deborah J. Lockton, *Employment Law*, 5th Edition, Palgrave Macmillan, 2006, p. 23.

③ Deborah J. Lockton, *Employment law*, 5th Edition, Palgrave Macmillan, 2006, pp. 23 - 25.

④ Deborah J. Lockton, *Employment law*, 5th Edition, Palgrave Macmillan, 2006, pp. 25 - 26.

⑤ Ready Mixed Concrete (South East) Ltd v. MPNI (1968) 2 QB 497.

断该司机与雇主是否存在劳动关系。第一，“雇员”必须同意以其技能换取工资；第二，存在雇主“控制”的因素；第三，合同的规定与“劳动合同”的条款一致。在随后的判例中，法院认为判断雇员的核心要素是某人是否“为了自身从事业务”（in business on his own account）。<sup>①</sup> 该标准也被称为“风险标准”（risk test）。法院认为该标准的核心是谁承担盈利或损失的风险，如果雇主承担风险，则主张权利者将被视为雇员，否则不被视为雇员。<sup>②</sup> 因此，法院在判例中形成了“控制标准”、“组织标准”和“风险标准”，与美国一样，法院仍然需要综合考虑以上因素判断雇员身份的存在。

从以上雇员的定义和认定标准的考察中可以发现，各国在认定雇员的标准上基本一致，都依据劳动关系的本质属性认定雇员的身份。成文法对雇员通常只做宽泛的描述，具体的认定标准则主要通过法院的判例加以确立，这些标准包括“组织标准”、“控制标准”和“风险标准”等多重因素。

### 三 雇主定义的比较

相对而言，雇主概念的重要性不及雇员概念。很多时候雇主的概念依赖于雇员的概念。

在德国，雇主的概念需要通过雇员来定义，雇员的劳动合同的另一方当事人是雇主。雇主可能是自然人、法人，也可能是商事合伙。法人机关和商事合伙有代表权的合伙人是雇主指令权的行使主体。因此，绝大多数的意见排除了这些人同时是雇主。<sup>③</sup>

在美国，如上述，雇主是“直接或间接为了与雇员相对应的雇用方的利益而行事的任何人”。<sup>④</sup> 可见其范围相当宽泛。在决定某主体是否为《公平劳动标准法》的雇主时，关键在于所谓的雇主对其工人是否有控制的权力。在确定某一主体是否具有“雇主身份”时，通常需要考虑以下因素：（1）该主体是否享有雇用和解雇雇员的权力；（2）该主体是否可对雇员进

---

① Market Investigations Ltd v. MSS (1969) 2QB 173.

② Market Investigations Ltd v. MSS (1969) 2QB 173.

③ [德] W. 杜茨：《劳动法》，张国文译，法律出版社，2005，第21页。

④ FLSA § 3 (d), 29 U. S. C. A. § 203 (d).

行工作安排或对雇佣状况进行监督和控制；(3) 该主体是否享有确定工资数额及支付方式的权力；(4) 该主体是否保存雇佣记录。在判断雇主身份时，法院也需要综合考虑以上诸因素。在美国法上，雇主不仅包括法人或企业，个人也可能被认定为具备雇主身份从而承担雇主的责任。“雇主”的个人责任可能产生于雇主在公司中所享有的所有者权益或对公司的日常经营活动所享有的有效控制权力。在 *Reich v. Circle C. Investments, Inc.* 案中，“雇主”是一家夜总会特色节目的舞蹈演员顾问，他有权雇用夜总会的舞蹈演员和对夜总会的雇员给予特别的指示，并有权给雇员发工资。法院认为，雇主的法定含义应当是“足够广泛的”，“雇主”应包括那些虽然不拥有公司的所有权权益，但可以有效支配公司的管理活动，或者为了公司的利益进行活动或有权利这样活动的人，因此认定了该舞蹈演员顾问具备“雇主身份”。<sup>①</sup> 可见，美国法上的雇主包括实际控制公司雇佣事务的个人。

我国台湾地区对雇主的定义也颇具启发意义。在我国台湾地区，劳动契约当事人一方为雇主，另一方为受雇人。我国台湾“劳动基准法”第2条第2款规定，雇主为雇用劳工之事业主、事业经营之负责人或代表事业主处理有关劳动事务之人。从该概念可以得知，不仅法人得为雇主，自然人亦得为雇主。法人包括私法人和公法人。雇主地位在法律上的最主要意义在于对受雇人之“劳务请求权”以及“指示命令权”。然而，劳务请求权与指示命令权可以分属不同之人行使，例如事业主有劳务请求权，事业经营之负责人有指示命令权，而事业经营之负责人又对事业主有服从义务。<sup>②</sup>

从以上关于雇主的定义和范围看，雇主的范围相当广泛，不仅法人可以充当雇主，合伙人甚至自然人都可以充当雇主，而且事业主或者负责人都可以成为劳动法上的雇主，并承担雇主的义务和责任。可见，在雇主范围的认定上，是否具有指挥和控制的权力是判断雇主身份的重要标准，而且公司对雇员的管理和控制事实上必须由个人来完成，因此，个人也可以被认定为雇主。与我国仅仅将雇主限于“用人单位”而不包括个人相比，一些国家和地区雇主的范围要宽泛得多，对雇主的认定也更为灵活。

① 林晓云等编著《美国劳动雇佣法》，法律出版社，2007，第14～15页。

② 黄越钦：《劳动法新论》（修订三版），翰芦图书出版社公司，2006，第126页。