

劳动法的

谢增毅 著

Rethinking China's Labor Law:
a Comparative Approach

比较与反思



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

劳动法^的比较与反思

*Rethinking China's Labor Law:
a Comparative Approach*

谢增毅 著



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

图书在版编目 (CIP) 数据

劳动法的比较与反思/谢增毅著. —北京: 社会科学文献出版社, 2011. 4

ISBN 978 - 7 - 5097 - 2117 - 9

I. ①劳… II. ①谢… III. ①劳动法 - 对比研究 - 世界 IV. ①D912.504

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2011) 第 016121 号

劳动法的比较与反思

著 者 / 谢增毅

出 版 人 / 谢寿光

总 编 辑 / 邹东涛

出 版 者 / 社会科学文献出版社

地 址 / 北京市西城区北三环中路甲 29 号院 3 号楼华龙大厦

邮政编码 / 100029

网 址 / <http://www.ssap.com.cn>

网站支持 / (010) 59367077

责任部门 / 社会科学图书事业部 (010) 59367156

电子信箱 / shekebu@ssap.cn

项目经理 / 刘骁军

责任编辑 / 赵建波 关晶焱

责任校对 / 张延书

责任印制 / 岳 阳

总 经 销 / 社会科学文献出版社发行部

(010) 59367081 59367089

经 销 / 各地书店

读者服务 / 读者服务中心 (010) 59367028

排 版 / 北京中文天地文化艺术有限公司

印 刷 / 三河市文通印刷包装有限公司

开 本 / 787mm × 1092mm 1/16

印 张 / 15 字数 / 213 千字

版 次 / 2011 年 4 月第 1 版

印 次 / 2011 年 4 月第 1 次印刷

书 号 / ISBN 978 - 7 - 5097 - 2117 - 9

定 价 / 39.00 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



版权所有 翻印必究

前 言

让劳动者体面劳动、尊严生活

2007 年我国通过了《劳动合同法》、《就业促进法》、《劳动争议调解仲裁法》，2010 年《社会保险法》获得通过，劳动立法取得重要进展，可以说我国的劳动法律体系已基本形成。

但在拥有 13 亿人口的中国，劳工保护依然任重道远。截至 2009 年末，全国就业人员达到 77995 万人，全国农民工总量为 22978 万人，其中外出农民工数量为 14533 万人。如何保护广大就业者的权利特别是农民工的权利，实现“体面劳动”的目标，我国仍面临严峻挑战。例如，截至 2009 年末，全国参加城镇基本养老保险人数为 23550 万人，参加城镇基本医疗保险人数为 40147 万人，参加失业保险人数为 12715 万人，参加工伤保险人数为 14896 万人，参加生育保险人数为 10876 万人^①。相比庞大的就业人群和农民工数量，可以发现我国职工的参保率还很低。又如，2008 年全年，全国各级劳动争议仲裁机构共办理劳动争议案件 96.4 万件^②。2009 年全年全国各级劳动人事争议仲裁机构共处理劳动人事争议案件 87.5 万件^③。我国劳动案件的数量相比《劳动合同法》生效之前的数量呈现井喷式的增长，群体性的事件也时有发生，

① 人力资源和社会保障部：《2009 年度人力资源和社会保障事业发展统计公报》。

② 人力资源和社会保障部、国家统计局：《2008 年度人力资源和社会保障事业发展统计公报》。

③ 人力资源和社会保障部：《2009 年度人力资源和社会保障事业发展统计公报》。

劳资纠纷增多。特别是一些企业，拖欠职工工资、工作环境恶劣、劳动者的工伤和职业病得不到及时有效救济、安全生产事故时有发生，劳动者的基本权益都无法得到保证，更遑论有尊严和体面的劳动。

从宏观角度讲，劳动权是人权的重要内容，加强劳工保护是落实宪法规定的“国家尊重和保障人权”的重要内容，也是我国实施有关国际人权公约特别是《经济、社会、文化权利国际公约》以及国际劳工组织有关公约的重要内容。加强劳工保护也是贯彻科学发展观，实现“改革发展成果由人民共享”的重要内容。和谐劳动关系也是和谐社会的重要内容，是社会稳定有序的重要保证。就业和劳动力素质的提高也是国家经济和社会可持续发展的重要因素。从微观方面讲，劳工保护涉及劳动者的切身利益。工资和相应的劳工权益，是大部分劳动者及其家庭生活的主要来源，劳工权益事关劳动者年老、疾病、失业、生育、工伤等情形的保障，劳动保护涉及劳动者的安全、健康、卫生等基本权益。劳动者除了休息时间，大部分时间是在工作场所中度过的，劳动保护的好坏，劳动环境的优劣，涉及劳动者的尊严和人格，影响其身心健康。因此，劳工保护水平的高低既反映一个国家的经济发展水平，也是一个国家文明和进步与否的重要标志。“让广大劳动群众实现体面劳动”应该成为我们不懈努力的目标。

加强劳工保护、构建和谐劳动关系应该从以下几方面做出努力。

一是全社会要增强劳工保护的意识。劳工保护的重要性不言而喻，但现实中，很多官员往往重经济发展，忽视劳工保护，经济发展是硬指标，劳工保护是软指标。一些地方政府缺乏切实保护劳工的动力和压力，为了吸引投资，降低投资成本，劳动执法的积极性不高。因此，政府应强化劳工保护意识。企业也要充分认识劳工保护的重要性。没有劳工的积极性和创造性，企业是无法运转的，更谈不上效益。正如英国著名公司法学者高尔所言：“工人是公司中不可或缺的一个组成部分。”^① 企业管理者也应

① 转引自〔美〕奥利弗·威廉姆森《资本主义经济制度——论企业签约与市场签约》，段毅才、王伟译，商务印书馆，2002，第415页。

善待职工,“职工不是主人,也不是客人,更不是仆人,而是与投资者利益相关、命运相连的合作者,是公司自治体系的自治参与者”^①。企业管理者应该树立企业与职工平等的意识、对职工的保护意识,认真对待职工的权益。企业应通过技术创新、开拓市场、强化管理等方面提高其竞争力和盈利能力,而不能仅通过降低成本、压榨工人而获得利润。

二是政府应承担起保护劳工的职责。虽然我国的劳动立法取得了重要进步,已经形成了基本的劳动保护法律体系,但我国劳动立法的任务依然繁重。我国劳动立法的内容还比较粗疏,还存在大量的立法空白。以法国为例,法国2008年编纂了新的《劳动法典》,新法典的条款数量为9964条!^②该法典的条款数量超过了许多国家民法典的条款数量。又如,英国有关反歧视的立法,除了1970年《平等工资法》(EQPA)、1975年《性别歧视法》(SDA)、1976年《种族关系法》(RRA)、1995年《残疾歧视法》(DDA),近年来,为了使立法更加周延并增强其可操作性,又分别于2003年通过《就业平等(宗教或信仰)条例》、《就业平等(性取向)条例》,于2006年通过了《就业平等(年龄)条例》,其立法之精细不能不令人叹服。除了立法的完善,加强劳动执法也同样重要。截至2009年末,我国共有劳动保障监察机构3291个,各级人力资源社会保障部门配备劳动保障专职监察员2.3万人^③。而根据国家工商总局的统计,截至2008年底,全国实有企业971.46万户(含分支机构);个体工商户实有2917.33万户^④。相比庞大的企业数量和就业人数,劳动保障监察机构和人员的数量显然远远不够。政府行政机关要加强主动监察,采取预防和惩

① 参见陈甦为郭站红《职工参与公司治理法律制度研究》(中国社会科学出版社,2009)所作的序言。

② 郑爱青:《法国劳动合同法概要》,光明日报出版社,2010,第3页。

③ 人力资源和社会保障部:《2009年度人力资源和社会保障事业发展统计公报》。

④ 国家工商总局办公厅:《统计分析发布:2008年全国市场主体发展情况报告》,2009年3月, http://www.saic.gov.cn/zwgk/tjzl/200903/t20090320_50532.html。最后访问时间为2010年3月6日。

罚相结合的方法，切实承担起保护职工的职责。

除了完善立法、加强执法，在劳工保护的问题上，还应该合理划分政府和企业的责任界限。例如，随着我国经济的发展和国家财力的增长，有关社会保障的责任应该在国家、企业和个人三者之间进行合理分配，减轻企业和个人的负担。比如，我国2009年全年城镇基本养老保险基金总收入11491亿元，全年基金总支出8894亿元，年末基本养老保险基金累计结存12526亿元。2009年全年失业保险基金收入580亿元，支出367亿元，年末失业保险基金累计结存1524亿元。全年工伤保险基金收入240亿元，支出156亿元，年末工伤保险基金累计结存404亿元，储备金结存65亿元。2009年全年生育保险基金收入132亿元，支出88亿元，年末生育保险基金累计结存212亿元^①。我国社会保险基金存在大量结余，因此，可以适度降低社会保险率，减轻企业和个人负担，这样不仅可以提高企业参保的积极性，而且也可以使广大劳动者从国家改革发展的成果中切实得到实惠。

三是要处理好劳动保护和劳动力市场灵活性的关系。劳动法是调整雇主和雇员之间劳动关系的法律规范，因此，劳动法的首要价值和基本任务是保护劳工的权益。但劳工和企业是唇齿相依、相互依存的。在劳动法的制度设计中，既要为劳动者提供保护，同时也应考虑市场机制的作用，防止用工制度过于僵化，应在促进就业和劳工保护二者之间寻求平衡。特别是劳工权益和福利具有一定的刚性，提高容易，降低很难，处理不当，容易引起波动。2010年10月法国由于政府提高享受养老金年龄的法案而引起全国大罢工值得深思。又如，在劳动保护较为严格的德国，尽管存在严格的解雇保护制度，法律要求雇主在具备正当事由时按照正当程序解雇雇员，限制雇主不当解雇雇员，但其解雇保护法也具有相当的灵活性。德国1969年制定的《不当解雇保护法》根据经济形势的变化不断调整其适用范围。该法最早只适用于雇员超过5人的雇主，20世纪90年代末适用于雇员超过10人的雇主

① 人力资源和社会保障部：《2009年度人力资源和社会保障事业发展统计公报》。

(1996~1998), 21 世纪初适用于雇员超过 5 人的雇主 (1999~2003)。近年来对小企业的豁免范围又扩大, 从 2004 年开始, 雇员在 10 人以下的雇主都不适用该法^①。这种适用范围的变化充分体现了德国劳动法在管制与放松管制之间的政策调整。立法机关扩大小企业豁免范围的主要意图是希望帮助小企业创造新的就业。立法机关认为, 如果雇主和雇员的关系更加灵活, 雇主会更愿意雇用工人^②。因此, 对劳动法律制度的设计应该考虑到制度对雇主和雇员可能造成的实际影响, 使制度产生有利于雇主和雇员的双赢效果。

2010 年 9 月 16 日, 胡锦涛主席在第五届亚太经合组织人力资源开发部长级会议上发表的题为《深化交流合作实现包容性增长》的致辞中指出: “我们应该坚持以人为本, 着力保障和改善民生, 建立覆盖全民的社会保障体系, 注重解决教育、劳动就业、医疗卫生、养老、住房等民生问题, 努力做到发展为了人民、发展依靠人民、发展成果由人民共享。” “完善就业与社会保障的联动机制, 促进体面劳动, 构建和谐劳动关系。” 发展好、维护好广大劳工的权益, 使雇主和雇员和谐共处, 互利双赢, 共享改革发展的成果应当成为当前和今后我国的一项重要任务。

我国实行市场化用工制度的历史不长、法治的实践也不长, 加上庞大的人口和就业人群, 我国劳动用工情况异常复杂, 如何保护劳工权益也是一项非常复杂的课题。随着我国经济的发展, 加强劳工保护的外部条件更加有利, 我国应当借鉴发达国家的有益经验, 结合我国的特殊国情, 进一步完善立法、加强执法、提高裁判机构的能力, 使劳工权益得到应有的尊重和保护, 实现体面劳动以及尊严生活的目标和追求。

① 参见德国哥廷根大学劳动法研究所所长 Rudiger Krause 教授 2009 年 10 月 16 日在中国人民大学法学院所作演讲《管制与放松——全球化金融危机背景下劳动法的变革》, 相关报道参见 <http://www.cnsslaw.com.cn/list.asp?unid=5939>。

② Blanpain, Bisom-Rapp, Corbett, Josephs and Zimmer, *The Global Workplace: The International and Comparative Employment Law-Cases and Materials*, Cambridge University Press, 2007, p. 400.

本书主要从比较法的角度探讨了劳动法的基本问题，也对中国的制度以及现状进行了分析和反思，并提出了完善制度的建议。他山之石，可以攻玉。希望本书能对从事劳工保护的官员、业内人士以及研究者有所裨益。如果本书能为劳动权利的保护起到一点作用，那将是作者所期冀和最为开心的事。

目 录

第一章 劳动关系的内涵及雇员和雇主身份的认定	1
一 劳动关系的内涵：雇员的从属性	2
二 雇员（劳动者）的定义和认定标准的比较考察	4
三 雇主定义的比较考察	7
四 我国雇员和雇主范围的确定	9
五 小结	16
 第二章 劳动合同当事人的基本权利义务	18
一 我国现行法的规定及学理解释	19
二 雇主和雇员义务的比较法考察	21
三 雇主和雇员基本义务确立的因素及其内容	29
四 如何完善我国雇员和雇主义务的规定	31
 第三章 雇主不当解雇雇员的赔偿责任	37
一 不当解雇的含义及不当解雇责任的由来	37
二 我国《劳动合同法》规则的检讨	43
三 雇主不当解雇责任的比较考察	45
四 雇主不当解雇赔偿责任的考量因素	49
五 如何确立我国雇主不当解雇责任的规则	53

第四章 劳务派遣的法律规制：中美比较	57
一 美国劳务派遣的概念和发展概况	57
二 美国劳务派遣行业发展的原因分析	58
三 美国州法和联邦法对劳务派遣的规制	63
四 美国成文法和判例对我国立法的启示	75
第五章 工伤保险制度的发展	81
一 工伤保险概述	81
二 参保单位和工伤的范围	82
三 工伤赔偿的程序	88
四 工伤保险缴费和工伤保险基金	90
五 工伤保险待遇	93
第六章 最低工资制度：中英比较	100
一 最低工资制度的理论基础	100
二 最低工资制度的主要内容	103
三 最低工资制度的执行	108
四 我国最低工资制度的完善	111
第七章 反就业歧视的立法框架	116
一 反就业歧视法的必要性	116
二 英国和欧盟就业歧视的概念、类型和法律规制	117
三 英国反就业歧视法的法律救济	130
四 我国反就业歧视法的完善	133
第八章 就业歧视是什么：构成要件及发展趋势	137
一 美国就业歧视构成要件理论	137
二 英国就业歧视构成要件理论	143
三 美英两国就业歧视构成要件差异的原因	145

四 美国主观主义就业歧视构成要件理论批判	148
五 反就业歧视法的发展趋势	155
六 就业歧视是什么——我国的立法选择	160
 第九章 就业中的反残疾歧视与配额制度	163
一 《康复法》与残疾人就业促进	164
二 《美国残疾人法》与反就业歧视	166
三 中国的反残疾就业歧视制度	179
四 中国的残疾人按比例就业制度	181
五 完善反就业残疾歧视制度, 促进残疾人按比例就业	183
 第十章 劳动行政机关责令承担民事责任的法理与制度	187
一 劳动行政机关责令用人单位承担民事责任的性质	188
二 劳动行政部门责令用人单位承担民事责任 在实践中产生的问题	191
三 劳动监察的对象及《劳动合同法》第 85 条规定的 监察事项	192
四 劳动监察中用人单位的民事责任如何实现	195
 第十一章 劳动争议处理的理念、制度与挑战	199
一 建立特殊劳动争议处理制度的必要性	199
二 劳动争议处理制度的比较考察	202
三 我国劳动争议处理模式的选择及其完善	213
 后 记	222

第一章

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”^①。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”^②。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。遗憾的是,我国《劳动法》和《劳动合同法》均未就劳动关系的含义作出规定,造成实务中劳动关系的认定以及劳动法适用的困难^③。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。

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 我国2008年公布的《劳动合同法实施条例(草案)》第3条曾经将劳动关系界定为“用人单位招用劳动者为其成员,劳动者在用人单位的管理下,提供由用人单位支付报酬的劳动而产生的权利义务关系”,但正式公布的《劳动合同法实施条例》删去了该规定。2008年,深圳市通过的《和谐劳动关系促进条例》第2条采用了该定义,对劳动关系作出了明确的界定。笔者认为,尽管劳动关系非常复杂,成文的规定难以周延,且普通法国家主要通过判例确定劳动关系的判断标准,但在我国明确判断劳动关系的一般标准有利于实务的统一,值得肯定。但劳动关系的确定相当复杂,需要考虑诸多因素。

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，雇佣关系的法律调整主要是私法的范畴。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 611 ~ 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^①。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，人们逐渐认识到雇佣关系当事人地位的差异以及雇佣关系的社会性，认识到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，雇佣关系并非可以完全依据当事人的意思自治加以调整，作为社会性的劳动契约，逐渐为立法者所认识和接受。

1971 年瑞士债法作出重大修订，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，制定代表高度社会意义的劳动契约法；利用团体协约使劳资双方由对立走向合作；实行社会保险政策；设立劳动法庭，等等^②。《德国民法典》虽然保留了雇佣契约的概念，但在民法典之外，制定了大量的有关劳动保护的特别法，例如集体合同法、不当解雇保护法等。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的不同。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

① 《德国民法典》，陈卫佐译注，法律出版社，2006，第 231 页。

② 黄越钦：《劳动法新论》，中国政法大学出版社，2003，第 5 ~ 6 页。

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。”^①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；反之，如果契约双方地位平等，则无法律对当事人一方提供特殊保护之必要，直接适用民法之雇佣合同规则即可。因此，劳动契约源于雇佣契约，但超越雇佣契约。概言之，劳动关系相比雇佣关系，不仅当事人的地位不同，适用的法律也不相同。

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^②。这个定义指明了劳动法调整对象的本质特征及其与雇佣关系之关系。虽然劳动法是否是特别法尚可探讨，但该定义指出了劳动法的调整对象是处于从属地位之雇员的雇佣关系，着眼点在于劳动者的从属地位，比较准确地反映了劳动关系的本质及其与雇佣关系的差别。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，是因为他们和雇主相比处于从属（subordinate）和依赖（dependent）的地位。”^③

当然，劳动法调整之劳动关系的判断非常复杂，由于劳动关系和雇佣关系的标的同为劳务，劳动关系和雇佣关系的边界越来越模糊。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，特别是如何判断“从属性”的存在，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。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^④以及明确雇员和雇主的边界。

① 史尚宽：《债法各论》，1960年初版，1981年台北第5次印刷，第277页。

② 〔德〕W. 杜茨：《劳动法》，张国文译，法律出版社，2005，第1页。

③ A. C. L. Davies, *Perspectives on Labor Law*, Cambridge University Press, 2004, p. 88.

④ 为了表述的方便，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。

二 雇员（劳动者）的定义和 认定标准的比较考察

（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^①。对于雇员的概念，劳务提供者的人身依赖性是其实质性的内容，由此可以区分劳动关系和民法典第611条所包含的独立的劳务关系。判断雇员身份的主要标准是人身依赖性而非经济依赖性^②。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，以前在产业结构以制造业为中心的时期，现场接受使用者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》在制定的时候，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”^③。在日本，学界一般认为，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”即“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

① [德] W. 杜茨：《劳动法》，张国文译，法律出版社，2005，第16页。

② [德] W. 杜茨：《劳动法》，张国文译，法律出版社，2005，第17～18页。

③ 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。

济的从属性”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中”^①。

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”^②。而雇主的定义是“直接或间接的为了与雇员相对应的雇用方的利益而行事的任何人”^③。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^④。当然法院在判定某一个人是否是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。

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.