

劳动关系的内涵及雇员和雇主身份之认定

谢增毅*

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调整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。

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来看,雇佣关系长期受到民法的调整。例如,1794年《普鲁士普通法》第 869 条、第 894 条将雇佣契约界定为“有关劳务给付行为之契约”,1811年《奥地利民法》第 1151 条将雇佣契约规定为“关于劳务给付之有偿契约”;1896年《德国民法典》及 1911年《瑞士债法》都对雇佣契约作出了详尽的规定。《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。^[4]

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

* 中国社会科学院法学研究所副研究员,法学博士。

[1] 关怀、林嘉主编:《劳动法》,中国人民大学出版社 2006年版,第 5页。

[2] 史尚宽:《劳动法原论》,上海正大印书馆 1934年版,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》删去该规定。

[4] 《德国民法典》,陈卫佐译注,法律出版社 2006年版,第 231页。

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进而合作;实行社会保险政策;设立劳动法庭等等。^[5]《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,例如《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的不同。“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”。^[6]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。

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。^[7]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。

概括而言,笔者认为,劳动关系具备三个特征:从内容看,劳动关系以劳动给付为标的,这点使得劳动关系区别于加工承揽等以劳动成果为给付内容之民事关系;从当事人地位看,劳动关系强调当事人双方的从属关系,这点使得劳动关系不同于当事人地位平等之传统雇佣关系;从主体身份看,劳动关系乃雇员和雇主之关系,劳动关系的主体具有特定性。

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(劳务关系)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^[8]和明确雇员和雇主的边界。

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。^[9]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和民法典第611条所包含的独立的劳务关系。判

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

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

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

[8] 为了表述的方便,本文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,在本文中如无特别说明,雇员和劳动者均指受雇于雇主的劳动关系另一方当事人。

[9] 同注7引书,第16页。

断雇员身份的主要标准是人身依赖性而非经济依赖性。^[10]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,学界一般认为,作为劳动法对象的劳动者,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中”。^[11]

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《公平劳动标准法案(Fair Labor Standards Act)》,雇员是指“被雇主雇用的任何人”。^[12]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使的任何人”。^[13]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。^[14]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《公平标准法案》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)”。^[15]独立合同人是美国法律中的一个概念,系指与企业之间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(employees)和独立合同人(independent contractor)。雇员和雇主之间建立的是劳动关系(employment relationship),而独立合同人依照服

[10] 同注7引书,第17-18页。

[11] 田思路、贾秀芬:《契约劳动的研究——日本理论与实践》,法律出版社2007年版,第77页。

[12] FLSA §3(e)(1), 29 U. S. C. A. §203(e)(1).

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

[14] 马克·罗斯汀等:《劳动法》,西方出版公司(Mark A. Rothstein, Charles B. Craver, Elinor P. Schroeder, Elaine W. Shoben, *Employment Law*, West, 2005, p. 331)。

[15] 同注14引书,第331页。

务合同 (contract for services) 而工作。^[16] 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 (vicarious liability)、安全、合同条款等方面有很大不同, 特别是在就业安全权利方面, 差别甚大。^[17] 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, 但在劳务合同 (contract for services) 中, 尽管工作仍然是为了企业而做, 但并没有融入企业之中, 仅仅只是附属 (accessory to) 于企业。^[18] 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 (multiple test)”的判断规则。在判定卡车司机是否是雇员的判例中,^[19] 法院认为至少要考虑三个因素才能判断该司机存在劳动关系。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, 合同的规定之于“劳动合同 (contract of service)”的条款一致。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)”。^[20] 该标准也称为“风险标准 (risk test)”。法院认为, 问题的核心是谁承担盈利或损失的风险, 如果雇主承担风险, 则主张权利者将视为雇员, 否则不被视为雇员。^[21] 因此, 法院在判例中形成了“控制标准”、“组织标准”、“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。成文法通常对雇员只有宽泛的描述, 具体的认定标准则主要通过法院的判例加以确立, 这些标准通常包括“组织标准”、“控制标准”、“风险标准”等多重因素。

三、雇主定义的比较考察

相比雇员的概念, 雇主概念的重要性不及雇员概念。很多时候雇主的概念依靠于雇员的概念。

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

[16] 黛博拉·诺德:《劳动法》, 帕尔格雷夫麦克米伦出版社 (Deborah J Lockton, *Employment Law*, 5th Edition, Palgrave Macmillan, 2006, p. 23)。

[17] 同注 16 引书, 第 23 - 25 页。

[18] 同注 16 引书, 第 25 - 26 页。

[19] Ready Mixed Concrete (South East) Ltd v. MPNI (1968) 2 QB 497.

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

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

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。但也有反对意见者。^[22]

在美国,如上述,雇主是“直接或间接的为了与雇员相对应的雇用方的利益而从事的任何人”。^[23]可见其范围相当宽泛。在决定某主体是否为《公平劳动标准法案》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支付比率及方式的权力;(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利。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,并有权从夜总会的保险箱里取钱给雇员发工资。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雇佣者公司的所有权权益,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”。^[24]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,劳动契约当事人一方为雇主,一方为受雇人。我国台湾“劳动基准法”第2条第2款规定,雇主谓雇用劳工之事业主、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。雇主地位法律上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。^[25]

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。

四、我国雇员和雇主范围的确定

根据上文对劳动关系的含义以及雇员和雇主定义和边界的分析,我国在理论和实务

[22] 同注7引书,第21页。

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

[24] 林晓云等编著:《美国劳动雇佣法》,法律出版社2007年版,第14-15页。

[25] 同注5引书,第97页。

上应坚持劳动关系的基本含义,完善劳动关系的认定标准,正确识别雇员和雇主特别是雇员身份的存在与否,从而正确适用法律。

(一)雇员的范围

我国《劳动合同法》第2条规定,中华人民共和国境内的企业、个体经营者、民办非企业单位等组织(以下可称用人单位)与劳动者建立劳动关系,订立、履行、变更、解除或者终止劳动合同,适用本法。因此,我国的立法主要明确了雇主的范围,对雇员(劳动者)的范围,主要通过是否建立劳动关系而确定,并没有对雇员的范围作出特别的规定。我国原劳动和社会保障部于2005年颁布了《关于确立劳动关系有关事项的通知》,该《通知》规定,“用人单位招用劳动者未订立书面劳动合同,但同时具备下列情形的,劳动关系成立。

(一)用人单位和劳动者符合法律、法规规定的主体资格;(二)用人单位依法制定的各项劳动规章制度适用于劳动者,劳动者受用人单位的劳动管理,从事用人单位安排的有报酬的劳动;(三)劳动者提供的劳动是用人单位业务的组成部分。可见,《通知》采用了“控制标准”和“组织标准”兼备的理论,基本反映了劳动关系的本质特征。不过,劳动关系的认定相当复杂,在实务中,应根据从属性的基本特征,借鉴“控制标准”、“组织标准”、“风险标准”等理论,综合考虑各种因素判断雇员的身份与劳动法的适用。根据我国司法实践,笔者认为,以下人员的雇员身份仍有探讨的余地。

1. 受训者和在校生就业者

目前我国大量的在校生在单位实习或者工作。实习生是否属于劳动者?是不是所有的在校生在单位从事工作一律不能适用劳动法?受训者,或称实习生,一般不适用劳动法,因为受训者主要的目的在于接受培训,而不是提供雇主期望的劳动,并且实习生通常不获取报酬或者获得很低的报酬。在美国,法院一般也将职业受训者或学生排除在《公平劳动标准法案》的适用范围之外。在确定某人是否为职业受训者时,美国法院通常会遵循以下标准:这种培训在学生在职业学校所接受的训练必须相似;这种培训必须是为了受训者或学生的利益;受训者或学生必须没有取代常规的雇员;提供培训的雇主不得从受训者或学生的活动中得到实际利益;雇主没有义务在培训期结束后使受训者或学生自动获得工作;双方都明确知道培训期结束后,受训者或学生不能获得任何工资。反之,如果一个学生的工作任务不只是全部教育性计划的一部分,并且因他所进行的工作而得到一些报酬,就可以认定雇佣关系的存在。^[26]因此,我国目前实践中一概否认在校学生劳动者身份的做法值得反思。如果在在校生不仅仅只是实习,而是事实上取代了雇主的常规性雇员,在校生遵守雇主的规章制度,工作的期限较长,且雇主支付了相当的工资,则不宜一概否认在校生的劳动者身份,必须将其纳入劳动法的保护范围。我国劳动法尚且承认双重劳动关系,^[27]仅仅因为学生的身份一概否认其与用人单位建立劳动关系的“劳动者”身份理由并不充足。在实践中,我国不应一律否定在校生的“劳动者”身份,而应根据培训和工作的内容、报酬等实际情况,区分实习生和非实习生,认定劳动者身份的存在与否。

2 学徒

[26] 同注 24引书,第 21页。

[27] 《劳动合同法》第 69条。

学徒和受训者的含义大致相当。在英国,学徒合同(contract of apprenticeship)作为劳动合同之一种(contract of employment)。^[28]我国《最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释(二)》规定,“个体工匠与帮工、学徒之间的纠纷”不属于劳动争议。^[29]根据上文分析的受训者和在校生雇员身份认定的原则,笔者认为,对帮工和学徒的身份不宜一概地认定属于雇员或非雇员,而应根据帮工或学徒工作的内容和受薪情况判断其身份。事实上,帮工和学徒也有所差别,帮工主要起辅助作用,学徒则更侧重于培训,二者也不应完全适用同样的规则。在审判实践中,法院也会根据学徒工作的具体情况判定其与登记为个体工商户的个体工匠形成劳动关系。^[30]因此,对该司法解释的“个体工匠”以及帮工、学徒之间纠纷的认定不宜过于僵化。如果帮工和学徒仅作为受训者,则不宜认定为劳动者,如此,有助于鼓励个体工匠或其他主体对帮工或学徒提供培训之机会,减少个体工匠不必要之负担;反之,如果帮工或学徒的工作内容事实上与普通员工并无差别,则应认定其劳动者身份。

3. 公司高管

关于公司高管,各国一般并没有将其排除在雇员的概念之外。尽管雇员概念的核心因素是处于从属地位,公司高管大多处于管理或控制雇员的地位,但相对于雇主而言,公司高管也符合雇员的定义,因此,公司高管仍具有雇员的身份。但公司高管毕竟不同于一般的雇员,在一些国家,劳动法的某些规定对其并不适用。例如,在美国,白领雇员不受有关最低工资和加班补偿的保护。尽管公司高管仍具有雇员的身份,但在许多场合,其可能被认定为雇主,承担特殊的义务和责任,这是公司高管不同于一般雇员之处。从我国《劳动法》和《劳动合同法》的相关规定看,我国《劳动法》上的劳动者亦包括公司高管。例如,在竞业限制条款中规定,竞业限制的人员限于用人单位的高级管理人员、高级技术人员和其他负有保密义务的人员,^[31]由此可以推定,我国《劳动法》调整的劳动者包括公司高级管理人员。但我国对公司高管的特殊地位并未给予足够的关注,并未有有关公司高管的特殊规则,很有必要根据国外的经验和我国的现实加以补充完善。在实务中,如果高管事实上处于控制和指挥他人的地位而不受公司其他高管之控制或指挥,则应排除其雇员身份。

4. 家政服务人员

根据司法解释,家庭或者个人与家政服务人员之间的纠纷不属于劳动争议。^[32]司法解释的这一规定是合理的,尽管这一规定与我国将用人单位限定为“单位”有关。家政服务人员在不受雇于家政服务公司而直接为家庭或个人服务时,此时家政服务人员的服务对象为家庭或个人。由于家政服务者服务之家庭或个人与一般之企业、事业单位或个体

[28] Employment Rights Act 1996, s. 230(2).

[29] 《最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释(二)》规定(2006)第7条。

[30] 朱华:“个体工商户与学徒之间是否存在劳动关系——学徒甲与A修理部劳动关系争议案”,马千里:“如何区分劳务关系与劳动关系”,载北京市劳动和社会保障法学会编:《劳动争议新型疑难案例解析》,法律出版社2007年版,第3-8页。

[31] 《劳动合同法》第24条。

[32] 《最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释(二)》规定(2006)第7条。

工商户显有不同,其不具备经营或从事其他业务的资格,也缺乏所谓的工作规则,且服务对象未经登记,劳动主管机构亦无从监督检查其用工情形;且在组织上,家政服务者亦难以成为服务对象之成员,因此,家政服务者难以也不宜认定为劳动法上之劳动者。我国台湾地区之“劳动基准法”亦将“个人服务业中家事服务业之工作者”排除在劳动者之概念之外。^[33]

5. 志愿者

志愿者通常不收取报酬或收取很少的报酬,这一点与雇员以工资为主要生活来源的基本含义不符。在美国,根据《公平劳动标准法案》,志愿者被排除在法定雇员的定义之外。因此,志愿者不属于雇员不存在争议。

(二) 雇主范围

1. 自然人可否成为雇主

根据我国《劳动合同法》第2条的规定,企业、个体经济组织、民办非企业有资格成为雇主,自然人不可能成为雇主。但依上文的分析,在大部分国家或地区,并不限制自然人成为雇主。但考虑到目前我国劳动法的理论和实践并不成熟,笔者认为我国现阶段扩大雇主的范围应相当谨慎,“一方面,我国职业雇佣化程度非常低;另一方面,我国劳动法尚处于成长阶段,基本的雇佣关系,也就是规范企业与其雇员之间劳动关系的调整尚存在诸多瑕疵。在现阶段,将自然人作为劳动法上之雇主将使目前尚未成熟的劳动法理论更加难以应付。”^[34]自然人作为雇主将使劳动关系大量扩张,但现有劳动法许多规定难以完全适用于作为自然人之雇主,而且有关劳动关系和劳务关系之争议将使纠纷解决的司法成本大量增加。因此,将与雇员订立劳动协议的相对方扩大到自然人的条件尚未完全具备。

但是,雇主范围的扩张乃是一种潮流,对此,我国亦不可能无视这一发展趋势。现阶段,可以借鉴我国台湾地区以及美国的做法,将与“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”类似的公司高管人员视为雇主,让其在某些情况下连带承担与劳动者订立协议之用人单位的责任,以促进劳动法的顺利实施。目前,我国劳动法的实施状况不佳,尤其是拖欠工资、违反最低工资制度、缺乏安全卫生保障、长时间加班而不支付加班工资等违法现象十分突出。这与劳动法上的责任主体主要限于用人单位,缺乏个人责任的规定有极大关系。2008年开始实施的《劳动合同法》的“法律责任”中,对于违法行为,承担法律责任的主体仅限于用人单位,并没有任何由用人单位负责人承担责任的条款。即使在侵害劳动者人身权利,例如“以暴力、威胁或者非法限制人身自由的手段强迫劳动,违章指挥或者强令冒险作业危及劳动者人身安全的,侮辱、体罚、殴打、非法搜查或者拘禁劳动者的,劳动条件恶劣、环境污染严重,给劳动者身心健康造成严重损害的”等严重侵犯劳动者权利的场合,法律也仅仅规定了用人单位的责任。^[35]我国出台的《劳动保障监察条例》中,对于用人单位的违法行为,条例也仅仅规定了用人单位的行政责任或民事责任,也未涉及个人责任。反观其他民商事法律,公司高管与公司承

[33] 同注5引书,第99页。

[34] 郑尚元:《劳动合同法的制度与理念》,中国政法大学出版社2008年版,第66页。

[35] 《劳动合同法》第88条。

担连带责任的情形并不少见,典型者如我国《证券法》之规定,在存在虚假信息时,公司的董事、监事、高级管理人员和其他直接责任人员,甚至有过错的控股股东、实际控制人都要连带承担发行人、上市公司的民事赔偿责任。公司高管因为虚假信息尚且需要与公司投资者承担连带赔偿责任,公司高管未尽到劳动法上保护劳动者之人身自由和劳动报酬等基本权利时,更有承担连带责任之必要。因为,公司的高管事实上处于指挥和控制劳动者的地位。如果引入我国台湾地区和美国法上的雇主概念,将那些事实上具有劳动事项决定权的负责人或公司高管纳入雇主的范畴,则可以解决其承担法律责任的理论依据,并且将大大的推进劳动法的实施。劳动法作为社会化的产物,劳动法的许多规定大多为强制性的规定,不能将劳动合同仅仅视为民事合同并固守合同相对性的原则,虽然公司的高管并非劳动合同之当事人,但其事实上行使雇主的权力,将其视为雇主并连带承担有关民事赔偿责任和行政责任,不管在理论还是实践上均有必要。我国台湾地区的“劳动基准法”第81条也规定,法人之代表人、法人或自然人之代理人、受雇人或其他从业人员,因执行业务违反该法规定,除处罚行为者外,对该法人或自然人并应处以规定的罚金。但法人之代表人或自然人对于违反之发生,已尽力为防止行为者,不在此限。^[36]让公司高管或直接负责人承担劳动法上的责任不仅在法理上是可行的,在实践中也是必要的。

2 雇主的差别对待

我国将个体经济组织作为雇主,劳动者与之建立劳动关系,适用劳动法。但是个体经济组织毕竟与企业事业单位有很大不同,个体经济组织的自然人属性更为强烈,其组织化的程度较低,完全让其与企业事业单位同样一体适用劳动法存在值得商榷之处。也有学者指出:目前为止,个体经济组织对于劳动法之遵守可谓最差一族。不论工作时间之遵守,还是最低工资保障之履行、安全卫生职责之承担,乃至社会保险费用之缴纳,个体经济组织作为雇主都是最差的。我国《劳动法》所设计的“雇主”是以“单位”为本位设计的,用人单位不符合“单位”的要求时自然会生出规避法律的嫩芽,嫩芽甚至还会茁壮成长。因此,主张最佳选择是先排除这一主体作为用人单位,待到民事主体制度完善后再行将这类主体吸收进去。^[37]笔者认为,个体经济组织不可与作为企事业单位之雇主同日而语,其在组织化程度、自身规模和经营特点等方面具有自身特点,与其他企事业单位一体适用劳动法并不现实,只会损害法律的严肃性和权威性。但是,完全将个体经济组织排除在劳动法之外也不可取:第一,个体经济组织也不乏组织完善者;第二,完全排除个体经济组织的雇主地位,如何保护受雇于此类组织的受雇人也是一个问题;第三,完全排除此类组织成为雇主也不符合世界发展之潮流。因此,笔者认为,最佳的办法并非一概排除其雇主地位,而是在承认其雇主地位的同时,对中小企业和个体工商户实行某些优惠措施,以减轻其负担,鼓励此类雇主增加就业。例如,尽管德国制定了严格的解雇保护制度,要求雇主在解雇雇员时必须具备正当事由并遵守正当程序,但其解雇保护法对小企业实行豁免。德国《不当解雇保护法》(Protection Against Unfair Dismissal Act)不适用于雇员10人以下的雇主。立法机关对小企业实行豁免的主要意图是希望帮助小企业创造新的就业。立法

[36] 我国台湾地区“劳动基准法”(2008年修订)第81条。

[37] 同注34引书,第66-67页。

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。^[38]对我国而言,截至2009年3月,我国全国实有个体工商户2948万户。^[39]这些个体工商户通常规模较小、^[40]雇用人数较少、^[41]雇主和受雇人员存在紧密联系,经营管理难以规范,完全遵守《劳动法》和《劳动合同法》颇有难度,因此,应该对其实行一定的差别对待。未来我国可以借鉴非全日制用工制度,在签订书面合同、劳动合同解除的条件和程序、经济补偿金等方面给予小企业和个体工商户一定的优惠待遇,赋予小企业和个体工商户在用工形式以及解除雇员上更大的自由权。^[42]

五、结语

劳动关系的内涵是劳动法的基本理论问题,同时,对劳动关系内涵的把握又直接涉及劳动法的适用,即雇员和雇主身份的认定和范围界定。尽管劳动关系的认定非常复杂,成文法的规定在实践中往往不敷使用,但在法律上对劳动关系作一个概括性的描述是必要的。在实务中,对雇员身份的认定应从从属性的基本内涵出发,采用多重标准,综合考虑其受雇主控制的程度、组织上的归属、业务风险的承担、薪酬的支付方式、劳动的持续时间等多重因素,解决实践中具有争论的某些群体的雇员身份认定问题。雇主身份的认定也应严格遵守劳动关系的内涵,同时,在未来的法律修改中,对雇主的责任主体应作适当的扩张,当雇主严重违反劳动法律规定时,将公司高管及直接责任人视为雇主,让其连带承担雇主的责任。同时,应该充分考虑小企业和个体工商户的特点,在劳动法上对其实行一定的差别对待。

(责任编辑:丁洁琳)

[38] 罗杰·白朗盼等:《全球工作场所——国际和比较劳动法:案例与材料》(Roger Blanpain, Susan Bison-Rapp, William R. Corbett, Hilary K. Josephs, and Michael Zimmer, *The Global Workplace: the International and Comparative Employment Law - Cases and Materials*, Cambridge University Press, 2007, p. 400)。

[39] 国家工商总局:《统计分析发布:2009年一季度全国市场主体发展报告》(2009年5月)。

[40] 根据国家工商总局的统计,2008年全国共有个体工商户为2917.33万户,但个体工商户资金数额为0.9万亿元,平均每户的资金数额仅为3.085万元。参见国家工商总局:《统计分析发布:2008年全国市场主体发展情况报告》(2009年3月)。

[41] 根据统计,截至2009年3月,全国实有个体工商户2948万户,从业人员5809.53万人,因此,平均每户个体工商户的从业人员不足2人。参见国家工商总局:《统计分析发布:2009年一季度全国市场主体发展报告》(2009年5月)。

[42] 参见谢增毅:“立法当忌‘一刀切’”,载《财经》2008年第8期,第68页。