

雇佣关系的定位及其法律调整模式

许建宇

(浙江大学 法律系, 浙江 杭州 310028)

[摘要]我国《劳动法》调整范围以外的雇佣关系不是完全私法意义上的民事关系,其在本质上应属于劳动关系范畴,故对雇佣关系的法律调整,不宜采用现阶段与劳动关系“分而治之”、由民法加以调整的模式,而应统一纳入作为独立法律部门的劳动法调整的对象体系,由劳动法予以全面规制。

[关键词]雇佣关系 劳动关系 定位 法律调整模式

[中图分类号]D922.5 [文献标识码]A [文章编号]1008-942X(2002)02-0040-07

一、雇佣关系的含义及其与相邻概念的区别

顾名思义,劳动法是以劳动者与用人单位之间产生的特定劳动关系作为其主要调整对象的。但是由于我国现行《劳动法》第 2 条明确把“用人单位”限定于企业、个体经济组织、国家机关、事业组织、社会团体等五种组织,因此该法只适用于在这五种单位中所发生的正规用工的劳动关系,从而使理论上的调整对象范围在实践中受到了极大的限制,由此也留下了法律调整的“空白”区域。

“雇佣关系(又称‘雇用关系’)”一词,在资本主义国家早期民法中即有使用^①,其涵盖面甚广(包括了后来所称的劳动关系),以合同法规调整之。我国法学界目前使用该词,也常有不同解释,大体可分两类:一是把雇佣关系视作与劳动关系互相并列的两种社会关系;二是认为雇佣关系与劳动关系并非并列概念,而是包容与被包容的关系,即雇佣关系为一般关系,劳动关系则是一种特殊的雇佣关系,故劳动关系从属于雇佣关系。民法学者大多持“包容说”^②。为研讨的方便,本文所说的“雇佣关系”系采“并列说”,即指《劳动法》调整之劳动关系范围以外的与劳动关系具有类似性质的社会关系,亦即被《劳动法》所“遗漏”的那部分雇工与雇主间因提供劳动力与给付报酬所发生的关系。实际生活中常见的这类雇佣形式有:家庭雇佣保姆,私人之间的雇佣(如车主雇人开车),雇请钟点工,聘用离退休人员,不具有招工资格的单位(如法人内部机构)雇用临时工等等。

需要说明的是,在近年来的学术研讨中,我国学者还曾提出过与雇佣关系相近的“劳务关系”概念,以期与劳动关系相区分,但其含义甚为混杂。从理论上说,劳务是指以活动形式提供给社会的服务,通常表现为一种活劳动形态^③(p.62),故劳务一词具有很大的涵盖面。据笔者观察,所谓的劳务关系,其内容往往可以包括承揽、委托、消费服务与雇佣等四类不同性质的关系。承揽是指承揽人按照定作人的要求完成工作,交付工作成果,定作人给付报酬的合同。常见的承揽形式有承建工

[收稿日期]2001-10-31

[作者简介]许建宇(1965-)男,浙江余姚人,浙江大学法学院法律系副教授,主要从事经济法学、劳动法学研究。

① 如《法国民法典》第 1711 条规定:“雇佣,是指劳动与服务的租赁。”同法第 1710 条规定:“劳动力的租赁是指,一方当事人承担义务,为他方完成某种事务并由该他方向其支付经双方约定之报酬的契约。”见《法国民法典》,罗结珍译,中国法制出版社 1999 年版,第 388 页。

② 史尚宽著《债法各论》第 294 页,中国政法大学出版社 2000 年版;彭万林主编《民法学》(修订本)第 729-730 页,中国政法大学出版社 1999 年版。

程、修理汽车、定做衣服等等，它与雇佣有相似之处，但差别亦是明显的：其一，承揽双方当事人纯为平等关系，不具有隶属性，而雇佣关系双方则具有隶属性（后文将述及）。其二，雇佣契约重在劳务之给付，而承揽契约则着眼于工作之完成，至于二者区别之实益，即危险之负担，在前者由雇用人任之，在后者则由承揽人任之。〔2〕p.398）承揽关系由民法（主要是合同法）调整，不归劳动法管辖，自不待言。实践中另有些劳务有时虽也被称为雇佣（如雇用律师代办事务或代为诉讼），实乃当事人间的委托（委任）合同关系，当然也应适用民事合同法。至于持该论的学者所列举的其他诸如餐饮、洗理、运输、旅游之类“劳务”，本质上也不是雇佣关系，而是消费者与经营者之间的消费服务合同关系，应适用《合同法》及《消费者权益保护法》予以规范。只有除承揽、委托及消费服务以外的劳动力有偿使用，才与雇佣关系有关。故此，笼统使用“劳务关系”一词并与劳动关系相提并论，确有其不妥之处。

在劳动法理论与实务上，我国近年来还使用了“事实劳动关系”一词^①，但对其内涵，尚无确切定义。从劳动部《意见》所作解释的本意看，似应指本应签订劳动合同由劳动法调整的劳动关系，但由于双方未签书面劳动合同而形成的一种事实关系状态。因其本质上为劳动关系，仅形式要件存在瑕疵，故仍由劳动法予以规范。但在处理事实劳动关系的实际工作中，这一概念的外延又有所扩张，有些不属于劳动法调整范围的事实上的雇佣关系（如不具资质的私人“包工头”雇用工人、企业聘用离退休人员），也常常被称为事实劳动关系，因此，雇佣关系与事实劳动关系两者的关系也变得复杂起来。若对事实劳动关系作狭义理解，则两者的主要区别是，事实劳动关系归《劳动法》调整而雇佣关系不属《劳动法》规制范围；若对事实劳动关系作扩张解释，则两者在内涵与外延上存在着互相交叉之处，需要具体甄别对待。

由于雇佣关系在现实生活中客观存在，而《劳动法》因调整范围上的局限性对此没有触及，其他立法对雇佣关系调整问题也未作出明确的规定，这就给法学界留下了学术研讨的广阔空间。例如，雇佣关系与劳动关系究竟有何联系；雇佣关系与民事关系的关系如何；雇佣关系应由哪个法律部门予以调整，等等。回答这些问题，无论对于劳动法理论还是劳动政策或实务，均具有重大价值。

二、雇佣关系的错位及其重新定位

对于雇佣关系的定位，特别是雇佣关系与民事关系的联系问题，迄今为止研讨最多的当推民法学界。大多数民法学者的观点可归结为：雇佣关系的特征不同于劳动法所调整的劳动关系，故其不是劳动关系而属于民事关系范畴，应由民法规范之。

以雇佣合同与劳动合同为例。关于二者的区别，《合同法新论·分则》一书的论述较详，计有如下五点：（1）二者的历史不同；（2）二者受国家干预的程度不同；（3）合同订立的主体不同；（4）我国雇佣合同的雇用人主要为自然人，劳动合同不然；（5）合同纠纷的处理方式不同。〔3〕pp.364-365）史尚宽先生则认为，劳动契约与雇佣契约的主要区别有二：一是劳动契约的受雇人与雇用人间存在“特殊的从属关系”，受雇人的劳动须“在于高度服从雇方之情形下行之”；二是劳动者系提供其职业上之劳动力。〔4〕p.294）这一劳动合同的从属性特征亦为我国其他民法学者所重复并强调〔5〕p.729）。更

^① 劳动部《关于贯彻执行〈中华人民共和国劳动法〉若干问题的意见》（1995年8月4日）第一条第2项规定：“中国境内的企业、个体经济组织与劳动者之间，只要形成劳动关系，即劳动者事实上已成为企业、个体经济组织的成员，并为其提供有偿劳动，适用劳动法。”

有学者著专文从四个方面论述了二者的不同,基本观点与前引论著相仿^①,不再详介。

笔者以为,这里值得讨论的问题主要有:雇佣关系与劳动关系是否真的存在上述差别,这些差别究竟是本质的还是非本质的差别?雇佣关系的本质特征是什么,这些特征究竟应归属于民事关系还是劳动关系的范畴?所有这些问题的实质,乃在于如何对雇佣关系进行正确的法律定位。

在当代我国劳动法学界,关于劳动关系的概念与特征问题,经多年的学术争鸣,看法已较为一致。通说认为,作为劳动法主要调整对象的个别劳动关系,是指劳动者个人在运用劳动能力,实现劳动过程时与用人单位之间发生的关系。其基本特征是两个“兼容性”(1)劳动关系兼有平等关系和隶属关系的特征(2)劳动关系兼有人身关系和财产关系的性质。[6] pp. 50-55)对照现实中的雇佣关系,可以看出,雇佣关系完全具有劳动关系的上述本质特征。

首先,雇佣关系的双方主体为特定主体,即雇主(雇用人)与雇工(受雇人)。在其他当事人之间产生的各种关系,即便与雇佣有关,亦不属于雇佣关系。

其次,雇佣关系为当事人间为劳动力使用权自由出让与受让之协议关系,故具有平等性,雇佣关系成立后,雇佣双方之间遂建立起一种指挥与服从的内部管理关系,故又具有隶属性。有些民法学者否认雇佣关系具有隶属性,不符合实际情况,也无法自圆其说。即以由我国民法学者为主起草的《合同法》(专家稿)为例,该建议草案第 454 条第 1 款规定:“受雇人于提供劳务期间,有服从雇用人指示,保守秘密,重大情况告知和照顾雇用人利益的义务。”^②该款规定被称为受雇人的“诚实”义务,其中所称受雇人须“服从雇用人指示”,显然表明了两者间的隶属关系。也正是基于这种隶属性,为体现和维持契约双方利益关系的平衡,雇用人须对受雇人承担保护其人身安全的法定义务,如提供合理的劳动条件和安全保障,为受雇人投保意外伤害险和医疗险,并进而产生雇用人对受雇人的劳灾补偿责任^③。而这种由雇主来承担雇工的职业灾害风险和人身损害赔偿责任的的做法,与承揽、委任、消费服务关系中各方自担履行风险和责任的归责方式,明显是有差异的^④。

再次,雇佣双方关系为一方出卖劳动力商品,一方支付劳动力价格(工资)的对价关系,故具有财产性,劳动行为的提供与受让为专属行为,故又具有人身性。所谓“专属性”,是指雇用人非经受雇人同意,不得将其劳动力请求权让与他人;受雇人非经雇用人同意,不得使他人代为提供劳动力。^⑤劳动行为这种必须“亲自履行”、不能转让及不适用委托代理的特点,是由劳动力商品直接依附于劳动者人体、与劳动者人身须臾不能分离的本性所决定的。不独如此,雇佣关系的人身性特点还体现在雇佣关系为“最大诚信”关系,其建立与维持均依赖于双方的高度互信(如主人对保姆人品的信任、雇主对雇工特种技能的确信),带有某种“人合”的性质,一旦双方失去了此种互信感,雇佣关系便难以再维系下去。^⑥

当然,笔者并不否认,雇佣关系与劳动关系也确实存在着一些差异,这种差异主要表现在,两者受国家干预即公法规范调节的力度略有不同,换言之,在更多适用劳动基准规范还是更多强调当事人意思自治的问题上,立法的倾向性各自略有侧重。作为正规用工形式的劳动关系,立法上劳动基

① 曹哲华《相似而又有别的一对法律关系:雇佣与劳动》,原载《律师世界》1998年第1期,见《经济法学、劳动法学》1998年第7期,第87-88页。文中提及两者存在区别的四个方面分别是:雇佣与劳动合同的概念与法律特征、雇佣与劳动法律关系的主体、雇佣与劳动法律关系的内容、雇佣与劳动合同的法律调整。

② 见《中华人民共和国合同法》(建议草案)第454条,载梁慧星主编《民商法论丛》第4卷,法律出版社1996年版,第526页。

③ 见《中华人民共和国合同法》(建议草案)第447条、第449条,前引书第525页。

④ 以家庭保姆为例,保姆的工作日程、服务内容(如照管孩子、伺候老人、从事家务劳动)等显然须服从主人的安排,而不能由自己随意决定。与此相应,主人则须对保姆承担人身保护义务及相关的职业伤害补偿责任。又如“包工头”所雇民工显然得听从其工作的安排和指示。

⑤ 见《中华人民共和国合同法》(建议草案)第446条,前引书第525页。

⑥ 例如,受雇人明示保证具有特种技能的,如无此种技能,雇用人得终止合同。参见《中华人民共和国合同法》(建议草案)第455条,前引书第526页。

准规范与劳动合同规范并驾齐驱,劳动基准的适用范围广,力度大,作为非正规用工形式的雇佣关系,劳动基准的干预力度往往要弱一些,而留给当事人的自由协商空间(如在工时、工资、社会保险、劳动年龄等问题上)则相应大一些。但是应当看到,这些差异并不是本质上的区别,它们仅仅是国家在综合考察两种社会关系各自具体情形(如双方的力量对比、经济承受力等)的基础上所采用的调整手段力度上的差异,是在普遍性范畴内所显现的特殊性状态而已。

反观民法学者的论点,笔者认为,倘若要把雇佣关系纳入民事关系范畴,则必须证明两种关系本质上的一致性。然安前引民法学者论著及《合同法》专家稿,可从中发现其在逻辑上存在着诸多瑕疵。其一,民事关系的当事人可以是自然人、法人及其他组织,并无雇佣关系当事人须为雇主与雇工两个特定主体等此类要求。其二,民事关系须为当事人间之平等的私法关系,不具有隶属性。而雇佣关系中受雇人的诚实义务及与之相对应的雇用人对受雇人的人身安全保护义务,则鲜明地反映出双方之间的隶属关系,这一隶属性特征显然无法为民事关系的一般内涵所包容。其三,既然把雇佣关系定义为合同关系,则根据债法一般原理,双方之间应为一种特定的财产上的债权债务关系。而据前述,雇佣关系非为单纯的财产关系,而是一种财产性与人身性兼容的社会关系,故其强烈的人身性特征亦无法为我国当前《合同法》采财产性“债权合同”的立法体例所吸纳。

从以上分析可以看出,雇佣关系在本质上不属于民事关系,而是与劳动关系同质的社会关系。视雇佣关系为民事关系,属定位错误,故应重新归位,把它纳入到独立的劳动关系范畴。更确切地说,劳动关系不应是一般雇佣关系(作为民事关系)的一种特别形态,恰恰相反,雇佣关系应该是劳动法调整范围内一般劳动关系的一种特别形态。

三、分别调整模式的缺陷及劳动法统一调整模式的确立

从学理上分析,对雇佣关系的法律调整,大体可分为三种模式:一是由民法调整,与劳动法(调整劳动关系)分而治之的模式;二是由民法统一调整雇佣关系与劳动关系的模式;三是由劳动法统一调整雇佣关系与劳动关系的模式。后两种模式虽然都为统一调整模式,但立论的出发点却大相径庭。我国当前民法学界大都持分别调整的观点^①,还有一些民法学者尽管承认劳动法区别于民法,然视劳动法为民法的特别法,故其隐含的作为逻辑前提的论点便是雇佣与劳动这两种关系本应由民法统一予以调整^②。从某种角度观察,民法学界的这些观点常常混含在一起,在实质上并无太大的区别。

“民法统一调整说”的立论基础明显较为牵强。按此说,劳动法应从属于民法,为民法所包容。然民法为私法,劳动法则为公法、私法交融之独立的社会法部门,两者无法合为一体,这在学界几成共识,毋须在此多言。

“分别调整说”在民法学界为主流论点,已如上述,而且在我国司法实务中亦已被采为裁判的理论依据;“陈维礼诉赖国发雇佣合同纠纷案”便是这一模式的典型例证^③。笔者以为,在雇佣关系目

^① 《中华人民共和国合同法》建议草案第444条第2款:“国家机关、企业、事业单位、社会团体及其他组织与其雇员订立的劳动合同,劳动法无特别规定的,适用本章规定。”见前引书第524页。

^② 梁慧星先生认为:“劳动法中关于劳动合同关系的法律规则,具有民法的特别法的性质。”见梁慧星著《民法总论》第56页,法律出版社2001年版。

^③ 该案的基本情况是:陈维礼与赖国发经口头约定,由陈跟随赖经营的运沙车,为其做一些帮手的工作。在一次卸沙倒车时,陈的左腿被三角架夹断,经鉴定为五级伤残。由于双方对损害赔偿一事协商未果,陈遂提起诉讼。赖辩称,本案是劳动争议,依法应先进行劳动争议仲裁。一审法院认为:“被告赖国发没有工商行政管理部门颁发的个体工商户营业执照,不是依法成立的个体工商户,故不能作为劳动法律关系的主体。本案不是劳动法律关系,而是雇佣法律关系,属人民法院主管范围,劳动仲裁不是本案的必经程序。”故对赖的辩称不予支持。本案二审法院对此亦持同样的看法。参见《中华人民共和国最高人民法院公报》2001年第1期,第32-33页。

前尚未由专项法律予以明确规范的情况下,作为一种弥补立法“漏洞”的暂时性应急手段,分别调整模式的存在的确有其一定的合理性和价值,但这一模式并不应成为一种长远的制度性设计。理由是:第一,这种做法人为地割裂了我国统一的劳动力市场及其统一的交易规则。众所周知,我国并不存在雇佣与劳动两个不同的要素市场,而只有一个统一的劳动力市场。在这一市场上,劳动力商品成为劳动者(雇工)与用人单位(雇主)的交易对象,交易双方必须共同遵循“在国家政策指导下,劳动者自主择业、市场调节就业和政府促进就业”的方针。无论是正规用工还是非正规用工,均须遵守平等自愿、协商一致、不与劳动基准相抵触等一系列基本的交易规则。把一个统一的市场人为地“一分为二”,势必会使人们在思想观念上造成错误认识,并进而带来劳动力市场运行和监管方面的混乱。

第二,这种做法会造成立法上的无效重复劳动及法律适用上的混乱现象。由于雇佣与劳动两种关系本质上的一致性,若分别在民法与劳动法中加以规范,必然会出现很多大同小异的类似条款,造成立法资源的浪费。此外,由于我国对民事纠纷与劳动争议在很多方面规定了不同的归责原则和处理程序^①,故采“分而治之”模式会令当事人感到无所适从,增加当事人的诉求成本,并有可能使执法机关陷入尴尬的境地。在前述“陈、赖雇佣合同纠纷”一案的审理中,我们便目睹了主审法院在定性、阐释及判决中的诸多让人困惑之处^②。

第三,这种做法忽视或遮掩了民法本身的局限性,不符合现代法律保护弱者的社会本位思想。民法作为最典型的私法部门,它体现着私法的一些共同特征,诸如注重保护个体权利,强调自行性调节(如意思自治、契约自由)的调整模式,践行平等、公平的价值观,实行以功利性补偿为主的归责方式,允许当事人在诉讼程序中通过“私了”解决争议,等等。尽管民法在自身发展过程中其“本位观”也经历了义务本位、权利本位、社会本位等三个时期的嬗变,随着社会本位观念的兴盛,立法者亦开始更多地关注“社会生活之安全与健全”的问题^③(p.43)。然而如何看待在雇佣与劳动关系立法领域出现的这种社会化潮流,却引发了相关各部门法学界的重大争论。有的民法学者认为,社会化之法制仅“在于矫正 19 世纪立法过分强调个人权利而忽视社会利益之偏颇,其基本出发点,仍未能脱离个人及权利观念”(p.44)。另有学者则认为,劳动法是私法属性和公法属性兼而有之的新型的法律机制。它具有维护社会稳定、促进社会公正的法律机能,是社会法的代表。故劳动法独立于民法而发展成为世界法律发展的普遍潮流^④。

由于法律分类问题主要为法理学的研究课题,不是本文所能胜任,故对此不拟在文中再费笔墨。但笔者对劳动法属于“第三法域”即社会法的观点深表赞同^⑤,并认为劳动法具有社会法域一些共同的特征,而且其特色尤为鲜明,诸如以社会公共利益为本位,谋求个体利益与国家利益的政策性平衡,关注社会正义与社会福利,采用惩罚性赔偿、两罚制等新的责任形式,试图建立“公益诉讼”等新的处理机制等等。这些新型法律的特色显然已经大大超越了传统公法、私法“二元法律结构”的分类和相互界线,那种试图通过民法适用范围的扩张或调整手段的变异从而把雇佣与劳动关系“内化”于民法之内的观点,是无视自身局限性的“大民法论”的表现,对雇佣关系的保护不仅没有

① 如民事侵权通常以过错责任为主要归责原则,而职业伤害补偿却实行无过错责任原则;民事纠纷实行“仲裁或审”制,当事人可以直接向法院起诉,而劳动争议却采“仲裁前置、又裁又审”制,仲裁为诉讼的必经程序。

② 例如,法院以雇佣合同纠纷定性收案,然而却又没有适用《合同法》,若以合同关系归责,则应追究雇主的违约责任,然从判决理由看,似更像在追究雇主的侵权责任,法院否认本案是劳动争议,却又令人费解地“参照”劳动部《企业职工工伤保险试行办法》和四川省劳动厅的规范性文件确定具体赔偿标准,判决时没有援引任何民事实体法的条文,却又称“适用法律正确,判决适当”。

③ 参见冯彦君《民法与劳动法 制度的发展与变迁》,原载《社会科学战线》2001 年第 3 期,见《民商法学》2001 年第 8 期,第 59 页、61 页。

④ 社会法是国家为保障社会利益,通过加强对社会生活干预而产生的一种立法。有关“社会法”的详尽论述,请参见董保华等著《社会法原论》第 11-15 页,中国政法大学出版社 2001 年版。

实益,反而有弊。

兹举如下几例,以补充说明之:其一,民法的保障对象主要为法人和自然人的平等私权,其立法价值取向为谋求当事人间的自由与公平秩序。雇佣关系立法的保障对象则主要为雇工享有的作为基本人权的宪法性权利——生存权;实现生存权的基本目的,即要确保人在社会活动中的应有尊严,确保人确实能够像人那样生活〔9〕P.217。其立法的价值观,在于保护作为弱者的雇工权益,实现雇主与雇工的实质平等。其二,对雇佣关系的法律保护,不仅需要采用私法性质的合同规范,而且需要采用公法性质的基准规范。例如,禁止雇主收取“入厂押金”或履约保证金,禁止订立“生死条款”,报酬支付不得低于国家强行标准(如我国有些地方已开始公布和实施钟点工的最低小时工资标准),禁止非法扣减雇工的报酬等等,这些基准规范覆盖到所有的雇佣关系领域^①。要把上述具有公法性质的基准规范强行纳入民法体系,只能是“削足适履”之举^②。其三,民事关系既为当事人意思自治之平等关系,则国家对此一般不予主动干预,对争议的处理也实行“不告不理”制度。而对雇佣关系,由于其事关雇工生存权及社会安定,故除采用不告不理的处理方式外,国家还大力推行以“主动出击”为特征的行政监察制度。例如对于雇主使用童工、强迫劳动、超时加班加点、无故克扣或拖欠雇工报酬等违法现象,政府的劳动主管部门可依职权径行作出行政处罚,以纠正其不法用工行为。

可以看出,在雇佣关系领域,民法的调整范围及调整手段确实存在着“能力不足”的缺憾。为充分保护雇工这一弱势群体,建立劳动法对雇佣与劳动关系的统一调整模式,是完全必要和合理的。首先,“劳动法统一调整模式”的确有利于我国统一劳动力市场的形成及其相应交易规则的建立与完善。其次,它有利于消解民法与劳动法之间的矛盾,既有助于建立统一的劳动立法体系,又能有效减少执法中的混乱现象,降低争议处理成本。再次,这一模式可妥当、合适地协调“契约自由”与“契约正义”两者的关系,保障雇工的基本人权,提升雇工的弱者地位,实现社会正义与实质平等的法治理念。这种做法与“法律社会化”、“公法私法化”等当代社会的法律潮流,亦是完全契合的。

基于以上阐释,笔者认为,我国当前应扩大现行《劳动法》的适用范围,使之适用于所有的雇佣与劳动关系。在具体操作上,可把雇佣关系视为劳动关系的一种特殊形态,对此采取“特别规定”或“例外规定”的立法技巧。前已论及,雇佣与劳动关系的差异主要体现在两者受国家干预的程度有所不同,产生此种差异的根源在于非正规的用工形式通常不直接与工业生产活动相联系,故雇主与雇工之间的隶属性特征及雇工的弱者地位相对来说不甚显著,而正规劳动关系中的劳动者因受工业社会中集体劳动、专业化分工协作及企业追求“利润最大化”等种种压力,其隶属性特征及弱者身份往往特别明显。换言之,契约规范与基准规范均是雇佣和劳动立法的两大“支柱”,但基于对雇佣与劳动关系双方各自实力抗衡情形的具体考察,法律赋予了雇佣关系当事人比劳动关系当事人更多的意思自由,表现在立法中就是基准规范数量上的减少及强行性规定适用时的例外。例如,对于钟点工、家庭保姆等,工作时间可由雇佣双方协商,无须严格执行标准工时制度;工资确定方式及支付期限可以相对灵活一些;社会保险方面,可以不实行强制保险,而推行商业保险或采取事后由雇主承担责任的办法。又如,企业可以雇用已超过法定劳动年龄的离退休人员继续工作,而这种做法在正规用工中是不允许的。故此,可以仿效我国《民法通则》的立法体例,在《劳动法》中设置“雇

① 即使那些认为雇佣关系属于民事关系的学者,对这一事实亦表承认。例如有的国外学者指出:“尽管雇佣关系主要属于私人关系范畴,但是各国立法机构也积极干预雇佣关系,通过劳动就业法律确保最低工资、年假、法定假日、重新恢复工作的程序、反歧视做法、医疗保健与安全生产、工伤赔偿以及集体谈判权等。”(见加·A·E·奥斯特、L·夏莱特著《雇佣合同》,王南译,中国对外翻译出版公司1995年版,第2页。

② 民法学家王泽鉴先生亦如此认为:“在契约自由制度,劳动条件实际上殆由雇主片面决定。民法学上个人自由主义的雇佣契约既然不足规律劳动关系,劳动法乃应运而生,发展成为独立的法律领域,而以劳动契约及团体协约为主要内容。”(见王泽鉴著《台湾现行民法“与市场经济”》,载《民法学说与判例研究》(第7册),中国政法大学出版社1998年版,第30页。

佣关系的法律适用”专章,对雇佣关系作出特别规定,并同时载明:“本章没有规定的,适用本法其他章节的规定”。

[参 考 文 献]

- [1] 董保华. 劳动关系调整的法律机制[M]. 上海 :上海交通大学出版社 ,2000.
- [2] 梅仲协. 民法要义[M]. 北京 :中国政法大学出版社 ,1998.
- [3] 郭明瑞,王轶. 合同法新论·分则[M]. 北京 :中国政法大学出版社 ,1997.
- [4] 史尚宽. 债法各论[M]. 北京 :中国政法大学出版社 ,2000.
- [5] 彭万林. 民法学 :修订本[M]. 北京 :中国政法大学出版社 ,1999.
- [6] 董保华. 劳动法论[M]. 上海 :上海世界图书出版公司 ,1999.
- [7] 胡长清. 中国民法总论[M]. 北京 :中国政法大学出版社 ,1997.
- [8] 梁慧星. 民法总论[M]. 北京 :法律出版社 ,2001.
- [9] 大须贺明. 生存权论[M]. 北京 :法律出版社 ,2001.

[责任编辑 曾建林]

The Attribution of Employment Relationship and Its Legal Regulatory Mode

XU Jian-yu

(*Department of Law , Zhejiang University , Hangzhou 310028 , China*)

Abstract : Employment relations beyond the regulation of the Labor Law of China are labor relations rather than civil relations in nature. Legal regulation of employment relations is therefore to be executed by independent judicial bodies in accordance with Labor Law rather than with Civil Law.

Key words : employment relations ; labor relations ; attribution ; legal regulatory mode