

## 从“一重劳动关系”到“双重劳动关系”： 共享用工规制路径的重构

范 围

**内容提要:**共享用工作为共享经济理念下产生的一种新的用工形态,各国对其认识与法律定位均存在差异。我国相关法律规范中仅规定共享员工与原单位维持劳动关系,而将员工与其他主体之间的关系排除在劳动法之外,沿袭了我国长久以来的多方雇佣用工“一重劳动关系”规制路径的传统。“借调说”和“劳动合同变更说”无法成为该规制路径的理论解释依据,且偏离了劳动关系认定理论和劳动者保护的价值,导致实践中共享员工权益可能受到侵害。为体现共享用工的本质特征,兼顾劳动者保护和弹性用工的需要,应基于“双重劳动关系”的路径重构共享用工的规制体系,在将多个主体相互间的多重关系纳入劳动法的同时,对原单位与缺工单位的义务进行适当整合,以此重构共享用工的劳动关系结构。

**关键词:**共享用工 一重劳动关系 双重劳动关系 劳动者保护

范围,首都经济贸易大学劳动经济学院教授。

共享用工是世界范围内共享经济(sharing economy)理念影响下产生的新型用工形态。这一用工形态打破了标准劳动关系中用人单位与劳动者“一对一”的模式,形成了“多对一”的模式。共享用工不仅有利于实现社会人力资源优化配置、降低用工成本,解决“用工错配”问题,同时也有利于待岗员工获得劳动报酬,总体上是一种更趋于灵活的用工方式。尤其是近年来,突发的新冠肺炎疫情冲击正常的生产、生活,使得劳动用工的供给和需求出现行业和地域的错配,不少企业因此自发开展各种形式的员工共享,调剂用工余缺。此种方式对缓解疫情以及经济下行对劳动用工的冲击发挥了一定积极作用,被各地广泛采用,成为当下常态化的用工方式之一。实际上域外早已出现类似用工方式,并采取新的规制路径,扩张劳动法的适用范围,以实现灵活性与安全性的平衡,如加拿大的共同雇主(common employers)、美国的联合雇主(joint employers)、日本的移籍或在籍调职、奥地利等欧洲国家的员工共享(employee sharing)。然而在我国现行劳动法的框架下,共享用工仍然只能在传统用工规制路径下进行解释,共享用工中增加的用工单位及其用

工行为被排除在劳动法的适用范围之外,这可能会弱化劳动者的安全性,导致他们的权益受损。我国人力资源和社会保障部 2020 年 9 月发布的《关于做好共享用工指导和服务的通知》(人社厅发〔2020〕98 号,下称“人社部通知”)以及地方规范性文件就是沿用传统用工规制路径,将对共享用工的规制限定在“一对一”的框架下,即“不改变原企业与劳动者之间的劳动关系,原企业应当依法履行用人单位对劳动者的义务”,这是典型的一重劳动关系的规制路径。当下,这一规制路径在理论与实践层面存在一定矛盾,使得我们有必要对我国的共享用工及其规制进行多维度的讨论,主要包括如下问题:共享用工的性质为何?共享用工与其他用工方式的本质区别何在?传统规制路径下的性质界定及其制度建构存在哪些问题?应否采取何种新的规制路径?如何建构新的规则体系以实现共享用工的弹性安全(flexicurity)?

## 一 共享用工的法律本质

国际劳工组织(International Labour Organization)将共享用工界定为非标准就业中的多方雇佣关系。<sup>[1]</sup> 这一定义将共享用工与标准就业相区分,并且涉及多方雇佣关系。鉴此,通过与标准就业以及其他多方用工方式的比较,厘清共享用工的本质,对我们确定其规制路径具有重要意义。

### (一) 共享用工的核心要义

根据上述人社部通知以及我国共享用工的实践,共享用工是用工富余单位(原单位)与缺工单位通过合同约定,将员工由原单位暂时安排至缺工单位工作,员工在此期间维持与原单位的劳动关系,但接受缺工单位的管理,合同约定的工作期限届满后,员工返回原单位工作的用工形式。共享用工是共享经济闲置资源分享利用理念<sup>[2]</sup>在劳动用工领域的体现,具有节约成本、提升效率的优势。

第一,共享用工本质上是劳动力使用权的分享。共享经济强调“只求所用不求所有”,其核心理念是“使用权高于所有权”和“未使用的价值就是浪费”,<sup>[3]</sup>因此,共享意味着对独占的排斥。然而,传统劳动法与共享经济的上述理念并不兼容,主要表现在:一是劳动法诞生于工业革命机器化大生产时代,由于规模化生产,雇主面临劳动力短缺。他们不仅需要“独占”劳动者,还需要通过不断延长劳动时间强化对劳动者的“独占”,以此维持生产的稳定。“劳动者对雇主毫无限制的从属关系是大机器时代雇佣关系的重要特征。”<sup>[4]</sup>这种独占思维及其导致的强从属下的控制在相当程度上影响了劳动法的后续发展。二是共享用工使得劳动者面临多个雇主的管理和控制,这一局面不仅会加剧劳动者的弱势地位,而且还可能导致“中间剥削”,有违劳动权平等和劳动自由原则。因此,国际

[1] 国际劳工组织:《世界非标准就业》,第 7 页, [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/-/asia/-/ro-bangkok/-/ilo-beijing/documents/publication/wcms\\_587877.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/-/asia/-/ro-bangkok/-/ilo-beijing/documents/publication/wcms_587877.pdf), 最近访问时间[2022-03-20]。

[2] 参见谢富胜、吴越、王生升:《平台经济全球化的政治经济学分析》,《中国社会科学》2019 年第 12 期,第 65-66 页。

[3] See Lisa Gansky, *The Mesh: Why the Future of Business Is Sharing*, Portfolio Penguin, 2010, pp. 22-27.

[4] 肖竹:《劳动关系从属性认定标准的理论解释与体系构成》,《法学》2021 年第 2 期,第 162 页。

劳工组织根据“劳动不是商品”的原则,在国际劳工公约中曾对营利性职业介绍予以限制。直至 20 世纪 90 年代前后,随着生产技术的进步以及生产经营管理方式的改变,社会生产模式也随之改变,实践中才逐渐产生多种以分享劳动力使用权为中心的新型用工方式。国际劳工组织以及部分国家随之调整劳动立法,对分享劳动力使用权的用工方式予以许可和管制。<sup>[5]</sup> 就此,尽管共享用工与传统劳动法在理念上存在差异,但随着对劳动力使用权可以分享这一核心观念的接受,共享用工等多种差异化用工形式逐渐产生。

第二,共享用工是用人单位之间为增加用工灵活性调配人力资源的方式。经济增长的放缓导致外部劳动力市场就业压力增加。与此同时,中小微企业数量不断增加,<sup>[6]</sup> 尽管它们提供了绝大多数的就业岗位,但是单个中小微企业的用工规模有限,内部劳动力市场调配用工的弹性不足,且承担市场风险的能力又相对较弱。刚性用工的限制与灵活经营的需求之间的矛盾是中小微企业面临的主要矛盾之一。因此,中小微企业需要通过共享用工等方式打破“单位”的边界,构建“跨单位”的劳动力市场,甚至区域性劳动力市场,在更大范围内建立“员工池”(劳动力供给)和“工作任务池”(劳动力需求),并实现二者的匹配。这提高了用人单位的用工弹性和人力资源配置效率:一是弱化了劳动者职业或专业属性。为适应不同单位的不同工作岗位,劳动者需要具备更强的职业兼容能力,因此,共享用工的实践主要发生在劳动力密集的服务业和制造业,所共享的员工也以对技能要求不高的体力劳动者为主;二是弱化了劳动者对用人单位的人身依附。员工不再“专属于”一个单位,而是被两个以上的单位“分享”,按照时间或者工作任务,劳动力资源在不同单位之间被“碎片化”分解。共享用工是“典型的社会化小生产模式,让企业能够通过灵活用工方式,妥善应对劳动力市场的供需变化”。<sup>[7]</sup>

## (二) 共享用工与其他用工方式的异同

共享用工与标准劳动关系以及其他多方雇佣关系相比,其在用工单位的权利方面既有相似之处又有不同之处。对这些异同加以认识,可以更好地理解共享用工中的权利义务结构,并且可将其与劳务派遣、劳务外包和借调等多方雇佣相区分,以厘清共享用工与其他用工的界限。

第一,在标准劳动关系和共享用工中,用人单位和共享用工单位对劳动者均享有劳务给付请求权和指示命令权。国际劳工组织所称的标准劳动关系是指全日制、无固定期限,并且构成雇主与雇员从属关系一部分的雇佣形式。<sup>[8]</sup> 有学者强调,标准劳动关系是劳动者与用人单位之间以全日制用工方式形成的具有专属性的一重关系用工方式。<sup>[9]</sup> 用人

[5] 国际劳工组织:《世界非标准就业》,第 28-33 页, [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/-/-/asia/-/-/ro-bangkok/-/-/ilo-beijing/documents/publication/wcms\\_587877.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/-/-/asia/-/-/ro-bangkok/-/-/ilo-beijing/documents/publication/wcms_587877.pdf), 最近访问时间[2022-03-20]。

[6] 据第四次全国经济普查结果显示,2018 年末,我国共有中小微企业法人单位 1807 万家,占全部规模企业的 99.8%,吸纳就业人员 23300.4 万人,占全部企业就业人员的比重为 79.4%。参见国家统计局:《中小微企业成为推动经济发展的重要力量——第四次全国经济普查系列报告之十二》, [http://www.stats.gov.cn/tjsj/zxfb/201912/t20191218\\_1718313.html](http://www.stats.gov.cn/tjsj/zxfb/201912/t20191218_1718313.html), 最近访问时间[2022-03-20]。

[7] 闫冬:《社会化小生产与劳动法的制度调适》,《中外法学》2020 年第 6 期,第 1621 页。

[8] 国际劳工组织:《世界非标准就业》,第 7 页, [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/-/-/asia/-/-/ro-bangkok/-/-/ilo-beijing/documents/publication/wcms\\_587877.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/-/-/asia/-/-/ro-bangkok/-/-/ilo-beijing/documents/publication/wcms_587877.pdf), 最近访问时间[2022-03-20]。

[9] 参见常凯主编:《劳动法》,高等教育出版社 2011 年版,第 102 页。

单位的唯一性、劳动力使用权的专属性以及关系的一重性是标准劳动关系的特点。用人单位独享劳动者的劳动给付,人身的从属性是标准劳动关系的核心认定标准。<sup>[10]</sup> 劳动关系是生产资料与劳动力相结合的社会关系,用人单位与劳动者就劳动力使用权的交易达成合意,订立劳动合同,双方互负对待给付义务。用人单位对劳动者享有请求提供劳动的权利,劳动者对用人单位享有请求支付劳动报酬的权利,因此劳动关系具有财产性和契约性的特点。<sup>[11]</sup> 同时,劳动合同作为继续性合同,具有总给付不确定的特点,劳动者的劳动给付需要随着生产的变化而变化,但用人单位与劳动者无法在劳动合同中对这些变化事先予以约定。因此,用人单位基于实际的劳动管理享有指示命令权,通过对劳动者进行直接、适时的管理指示命令,来填补劳动合同等劳动关系调整机制的“空白”。<sup>[12]</sup> 法律、集体合同和企业协议,还有格式劳动合同以及企业惯例中包含的往往是对雇员义务的一般性规定,它们还需要在个案中具体实施。……这种规定往往只涵盖了雇员与雇主之间的关系的某个部分,对于某些事项可能根本没有涉及。……这些“空白的”领域和漏洞需要通过雇主行使指示权来填补。根据德国《营业条例》第 106 条第 1 句,雇主有权决定劳动给付的内容、地点和时间。该条第 2 句还将雇主的指示权扩展到了雇员在企业中“与劳动相关的”行为上。<sup>[13]</sup> 因此,劳动关系具有人身性和从属性的特点。<sup>[14]</sup> 简言之,基于标准劳动关系中用人单位权利的构成,共享用工等多方雇佣<sup>[15]</sup> 作为非标准劳动关系,虽然增加了单位的数量,但从“用人”的角度看,仍然存在着对劳动者的劳务给付请求和指示命令,只是通过法律或者合意对二者进行了拆分、重组,这才是它们之间的内在差异。

第二,共享用工中单位的用工权利与其他多方雇佣中的单位用工权利组合方式不同。在劳务派遣中,劳务派遣单位和用工单位分别享有劳务给付请求权和指示命令权。劳务派遣单位作为用人单位与劳动者签订劳动合同,享有劳务给付请求权,但由于它是经营性的人力资源服务机构,以劳动力派遣为业,没有实际生产任务和工作岗位,所以需要与用工单位结合,由用工单位对劳动者进行管理指示命令。因此,有学者将劳务派遣关系界定为“一重劳动关系的双层运行”。<sup>[16]</sup> 派遣劳动者仅与劳务派遣单位构成劳动关系,但实际上是由劳务派遣单位和用工单位分享了用人单位的权利。

劳务外包是发包方将部分业务外包给承包方,由承包方雇佣员工完成外包业务的用

[10] 参见田思路:《工业 4.0 时代的从属劳动论》,《法学评论》2019 年第 1 期,第 79 页。

[11] 参见林嘉主编:《劳动法和社会保障法》(第四版),中国人民大学出版社 2016 年版,第 11 页。

[12] 参见沈建峰:《论用人单位指示权及其私法构造》,《环球法律评论》2021 年第 2 期,第 42-43 页。

[13] 参见[德]沃尔夫冈·多伊普勒著:《德国劳动法》(第 11 版),王倩译,上海人民出版社 2016 年版,第 167-168 页。

[14] 参见林嘉主编:《劳动法和社会保障法》(第四版),中国人民大学出版社 2016 年版,第 11 页。

[15] 学界对共享用工与劳务外包、借调以及劳务派遣等多方雇佣用工方式的异同进行了比较,所得结论具有一定的合理性和启发性,但是这些结论并没有揭示它们的内在差异。参见赵红梅、贾洁:《共享用工的性质、法律关系辨析与法律制度的构建完善》,《中国劳动关系学院》2021 年第 6 期,第 145-147 页;乔兆妹、刘源源:《疫情期间“共享员工”的法律性质分析》,《中国律师》2020 年第 5 期,第 71 页;田思路:《共享用工:“狭义借调”中的三方合同构成》,《法学》2022 年第 1 期,第 145-147 页。

[16] 王全兴、侯玲玲:《劳动关系双层运行的法律思考——以我国的劳动派遣实践为例》,《中国劳动》2004 年第 4 期,第 18 页。

工方式。承包方作为用人单位,享有对其员工的劳务给付请求权和指示命令权,发包方对承包方的员工不享有任何法律权利。劳务外包虽然增加了发包单位的用工弹性,但劳动关系只存在于承包方与员工之间。

借调是借出单位通过合意将劳动者短期借给借入单位使用的用工方式。借调的主要目的是安置优待中老年员工、关联企业间的经营和业务交流以及员工业务能力的锻炼培训等。<sup>[17]</sup>除国家机关、事业单位外,借调用工主要发生在关联企业之间,如集团公司内部各公司之间。由于借入单位和借出单位具有相关性,借调期间,员工除服从借入单位的管理指示命令外,还需服从借出单位的管理指示命令,员工在借入单位的工作表现是借出单位对其进行考核、调职、晋升和解雇的重要依据。因此,借出单位在继续保有劳务给付请求权的基础上,通过合同约定与借入单位分享指示命令权。

在共享用工中,原单位和缺工单位既不具有管理上的关联性,也不具有业务或工作任务的相关性,而是各自独立对共享员工享有劳务给付请求权和指示命令权,因此应认为构成双重的劳动关系。后文将就此予以详述。

第三,共享用工中“调职”对劳动者的影响与其他用工方式不同。从标准劳动关系到非标准劳动关系,用人单位基于指示命令权享有依法“调职”的权利。但在不同用工方式中,“调职”对劳动者权益的影响不同。主要包括以下几种情形:一是派遣或外包的调职。派遣和劳务外包的业务形态决定了劳动用工的灵活性,劳动者对此有合理预期,即工作地点等可能因用工单位或发包方的变化而变化,但劳动者与派遣单位或承包方构成一重劳动关系,权益保障主体非常明确,且派遣期限和外包期限相对较长,劳动者就业相对稳定;二是劳动合同变更,即企业内的调职,劳动关系不变,但工作岗位、工作内容等发生变更;三是借调,即集团内部企业间调职,维持与原单位的劳动关系,临时在借入单位工作;四是共享员工,即企业外调职,维持与原单位的劳动关系,临时与缺工单位建立劳动关系;五是“调离”,即在结束与原单位的劳动关系后,与新单位建立劳动关系。在日本劳动法中,上述第二、三、五种情形分别被称为“配転”“出向”以及“転籍”,研究日本劳动法的学者将上述第四种情形的共享用工称为“狭义借调”。<sup>[18]</sup>但笔者以为,共享用工的原单位和缺工单位之间并不必然具有关联关系,且共享员工在原单位和缺工单位从事的工作之间也没有相似性或相关性,如某餐厅服务员共享至某超市从事销售工作,原单位和缺工单位关于指示命令权的内容就存在较大差异,对劳动者权益影响大小也不同。因此,上述不同用工方式中的调职对劳动者的影响存在由轻到重的差异,意味着对应的规制措施也应不同。

综上,基于标准劳动关系中用人单位的权利构成和“调职”对劳动者权益的影响,共享用工与劳务派遣、劳务外包、借调既有相似性,又存在区别。基于它们之间的相似性,共享用工的法律调整可类推适用其他多方雇佣用工如关于劳务派遣的部分规定;基于它们之间的区别,共享用工的规制路径及其部分规则又应有别于其他雇佣用工方式。

[17] 荒木尚志『労働法』(有斐閣,2009年)365頁,菅野和夫『労働法(第八版)』(弘文堂,2008年)415頁参照。

[18] 参见田思路:《共享用工:“狭义借调”中的三方合同构成》,《法学》2022年第1期,第146页。

## 二 共享用工“一重劳动关系”规制路径的反思

在我国现有对共享用工采取“一重劳动关系”规制路径的前提下,实务界和学界多据此认为,共享员工与用工单位不构成劳动关系。然而,该规制路径与劳动法理论不符,并导致实践中劳动者权益保障不足。

### (一) 主要学说的探讨

在一重劳动关系规制路径下,立法和学界或基于形式外观(员工借出与返岗)的相似性将共享用工界定为“借调”;<sup>[19]</sup>或基于实质内容(员工工作地点、岗位及其他条件改变)的相似性将共享用工界定为劳动合同中“工作内容和工作地点”的变更,<sup>[20]</sup>相关规范性文件也将共享用工认定为劳动合同变更。然而笔者以为,上述观点值得探讨。

#### 1. 借调说

共享用工与借调虽然在文义和功能上具有较多相似性,但二者并不相同。

一是制度背景不同。借调制度产生于计划经济体制,由劳动行政部门在企业间调配员工,其本质上是劳动部门的行政行为,而非企业间的市场行为,由此导致产生诸多问题,<sup>[21]</sup>因此借调制度随着市场化用工的勃兴而式微,进而被政府清退。<sup>[22]</sup>共享用工产生于市场化用工的背景。企业享有完全的用工自主权,可通过市场机制采取多样化的方式实现劳动力资源的灵活调配,<sup>[23]</sup>而非采取行政机制。因此,前述人社部通知有意回避使用“借调”的表述,且将共享员工限定在“企业间”。

二是对劳动者权益的影响及其限制不同。借调与共享用工都是用人单位为满足经营需要而采取的灵活调配人力资源的手段,但与借调相比,共享用工对劳动者权益的影响更大。为防止用人单位滥用权利,借调受到一定限制。一般而言,借调主要发生在关联企业之间,是为促进关联企业间管理和业务交流,培养、锻炼劳动者,因此劳动者在借出单位和借入单位的工作内容基本相关。日本法上将借调的目的限定为:避免员工离职、实施企业经营和技术指导、促进员工职业能力的开发以及促进企业内部人事交流,如果违背上述目

[19] 参见林艳琴、林祺雨:《共享用工的性质认定及法律规制》,《中国劳动》2020年第6期,第58-59页;东莞市人社局2020年2月制定的《疫情防控期间企业复工复产用工服务工作指引(一)》中直接使用“人员借用”界定共享用工。

[20] 参见程浩:《警惕规避责任新伎俩——借调》,《中国劳动保障》2007年第11期,第46页;刘松珍:《调职法律问题初探》,《长春大学学报》2001年第1期,第65页;陈荣文:《台湾地区企业人事调动的法律理论与实践》,《福建论坛(人文社会科学版)》2011年第7期,第140页。

[21] 参见杨建顺:《借调干部尴尬处境透视》,《人民论坛》2009年第21期,第12-14页;胡卫:《尽快治理机关借用用人乱象》,《新华每日电讯》2015年3月24日第3版;重庆市高级人民法院(2019)渝民再78号民事判决书;辽宁省高级人民法院(2019)辽民申5001号民事裁定书。

[22] 参见1962年国务院《关于国营企业使用临时职工的暂行规定》(国营周字327号)、1979年国务院《关于扩大国营工业企业经营管理自主权的若干规定》、1982年国务院《关于解决企业社会负担过重问题的若干规定的通知》(国发[1982]133号)。

[23] 《劳动合同法》的立法目的之一就是解决我国劳动合同短期化问题。参见信春鹰著:《〈劳动合同法〉的法社会学分析》,《法律文化研究》(第五辑),中国人民大学出版社2009年版,第3-11页。

的,则属于违反《雇佣安定法》第44条规定的“虚假调职”行为;<sup>[24]</sup>另外,用人单位借出劳动者需取得员工同意,即用人单位可事先在劳动合同中约定,特定情形下,可在企业集团内短期调动劳动者。然而,共享用工存在应急之需、工作任务不相关、跨单位甚至跨地区调职等特点,在实质意义上说,其对劳动者权益的影响更大。

## 2. 劳动合同变更说

共享用工形态并非劳动合同变更理论所能涵盖。

一是与主体一致性规则不符。劳动合同变更是指劳动合同的当事人对劳动合同内容的修改或者补充,劳动合同的变更仅指合同内容的变更,不包括主体的变更。<sup>[25]</sup>日本劳动法将劳动合同的变更称为“配転”,将其限定在“同一工作地点(事业单位)”。<sup>[26]</sup>传统民法中,合同主体的变更主要通过债权移转或者债务承担来解决。由于劳动的人身性,劳动合同的一方当事人——劳动者具有“特定性”,而不可替代。因此,债务承担并不适用劳动给付之债。《劳动合同法》第33条、第34条规定了单位名称、法定代表人等变更,以及用人单位分立、合并后劳动合同的承继,用人单位的“人格性因素”并未因名称等改变或分立、合并而灭失,仍然符合主体一致性规则。然而,共享用工的原单位和缺工单位是两个独立的用工主体,二者并不具有人格因素的关联性。

二是与内容同一性规则不符。民法将同一性规则作为区分合同变更的标准,然而,学界和实务中对同一性判断标准却存在一定分歧。<sup>[27]</sup>通说认为以区分要素变更和非要素变更为标准,前者导致合同失去“同一性”,为合同更新或更改;后者则属于合同的变更。通常根据当事人之意思和一般交易观念来确定要素与非要素。<sup>[28]</sup>劳动合同变更“只限于劳动合同的部分条款”变更,<sup>[29]</sup>而并不包括要素的变更。劳动给付作为劳动合同的标的,是劳动合同的要素,其内容由具体工作岗位以及用人单位管理指示命令权确定。劳动合同变更并不包括劳动给付的变更。共享员工因原单位和缺工单位的工作岗位以及管理指示内容的差异,其劳动给付所需求的知识、技能、经验、强度等存在较大差异,不符合“内容同一性”规则。

综上所述,共享用工在法律关系上难以依据传统的借调或劳动合同变更理论进行解释,此种错位解释不仅无益于认识共享用工的本质,同时也可能会对劳动者权益造成损害。因此,应进一步反思一重劳动关系规制路径下可能产生的理论冲突和实践问题,以更好地构建符合共享用工制度本质的理论体系和制度实践体系。

### (二) 理论冲突

在一重劳动关系规制路径下,部分共享用工主体及其相互间的法律关系被排除在劳动法之外,对缺工单位与员工之间法律关系的性质认定没有遵守从属性标准,劳动者保护价

[24] 荒木尚志『労働法』(有斐閣,2009年)365頁,菅野和夫『労働法(第八版)』(弘文堂,2008年)415頁参照。

[25] 参见王昌硕主编:《劳动和社会保障法学》,中国劳动社会保障出版社2005年版,第90页;吕琳:《论劳动合同的变更》,《华东政法大学学报》2008年第5期,第97页。

[26] 荒木尚志『労働法』(有斐閣,2009年)365頁,菅野和夫『労働法(第八版)』(弘文堂,2008年)415頁参照。

[27] 参见吕双全:《合同变更中同一性识别规则的规范构造》,《现代法学》2021年第3期,第19-21页。

[28] 参见史尚宽著:《债法总论》,中国政法大学出版社2000年版,第832页。

[29] 参见王全兴著:《劳动法》(第二版),法律出版社2004年版,第140页。

值没有贯穿全过程,这在相当程度上背离了劳动关系理论与劳动者保护意旨,殊值反思。

### 1. 背离劳动关系认定理论

从属性是劳动关系认定的理论基础,学界将其区分为人身从属、经济从属以及组织从属三个方面。劳动和社会保障部 2005 年 5 月发布的《关于确立劳动关系有关事项的通知》(劳社部发〔2005〕12 号)采纳该理论作为我国劳动关系认定的依据,通过“规章制度适用”,“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”以及“提供的劳动是用人单位业务的组成部分”等要素确定劳动者在人身上、经济上、组织上从属于用人单位。因此,共享员工与用工单位之间是否构成劳动关系,应当根据上述通知的规定对实际用工过程中劳动者的自主程度进行认定,劳动者从属于用工单位的,则构成劳动关系,反之则不构成劳动关系。然而,共享用工的一重劳动关系规制路径背离从属性理论,体现了我国多方雇佣用工规制的法政策传统。从 20 世纪 60 年代到 90 年代末,我国先后产生借调、停薪留职<sup>[30]</sup>、内部退养<sup>[31]</sup>以及劳务派遣<sup>[32]</sup>这些用工方式尽管产生的时代背景不同,具体的制度构成也存在差异,但是内在逻辑及其目标相同,即通过增加用工单位,打破“一对一”用工的刚性约束,增加用工弹性、缓解就业压力。在以国有企业用工为主的稳定的劳动力市场(关系稳定、用工稳定)之外建立一个跨单位的、灵活的劳动力市场(关系稳定、用工灵活),增强了计划经济体制下国有企业用工的灵活性;又通过“与原单位保持着劳动关系”<sup>[33]</sup>维持劳动者与原单位的一种心理意义上的契约,以减缓就业频繁变化对职工心理和社会稳定的冲击,有助于政策目标的实现。因此,共享用工一重劳动关系的规制路径虽然有助于增强用工弹性,但却背离了劳动关系认定的理论,无法更好地从劳动关系从属性理论角度进行分析观察。

### 2. 忽视劳动者保护价值

劳动法的本质是劳动者保护之法,通过国家干预以及劳动者团体的力量为当事人的合意划定“红线”,防止用人单位滥用优势地位,以“合意”之名行侵害劳动者权益之实。“两者(雇主与雇员)在地位上不完全平等——雇主通常占有权限优势。”“劳动力不仅仅是经济商品。”<sup>[34]</sup>劳动合同不是传统意义上关于给付与对等给付的合同,相反,它是一种带有很强人身权色彩的,关系到雇员生存基础的法律关系,因此无论如何应给予劳动者生存和社会保护。<sup>[35]</sup>不能仅将人(劳动者)作为管理效率提升的手段,忽视人基于工作所形成的社会关系及其职业成长的人格尊严要素。从劳动法的历史演进来看,去劳动(者)的物化、强化劳动者社会保护成为驱动劳动法制现代化的主要动力。

从理论层面来看,共享用工仅是社会关系的事实描述,需要将该事实归入特定的法律

[30] 参见 1983 年劳动人事部、国家经委《关于企业职工要求“停薪留职”问题的通知》。

[31] 参见国务院《国有企业富余职工安置规定》。

[32] 参见中共中央、国务院《关于进一步做好下岗失业人员再就业工作的通知》。

[33] 参见劳动部《关于贯彻执行〈中华人民共和国劳动法〉若干问题的意见》第 6、7、8、9 条;《工伤保险条例》第 43 条;1993 年国务院《国有企业富余职工安置规定》第 9 条。

[34] [美]史蒂芬·贝佛特、约翰·巴德著:《看不见的手 看不见的目标——聚焦工作场所法律与公共政策》,乔晓芳、叶鹏飞译,中国工人出版社 2015 年版,第 11 页。

[35] 参见[德]W. 杜茨著:《劳动法》,张国文译,法律出版社 2005 年版,第 4 页。

领域,以寻找合适的法律规范并确定主体之间的权利义务,“适用的法律规范以事实认定为前提并调整其内容”。<sup>[36]</sup> 因此,需要将共享用工所涉及的原单位、缺工单位以及劳动者三方主体之间的关系“涵摄”进入相应的法律秩序,以确定相应的法律适用及后果。然而,在一重劳动关系规制路径下,劳动法无法调整原单位与缺工单位、劳动者与缺工单位的关系,劳动者保护的价值无法贯彻在整个劳动过程中。当前共享用工制度及其实践价值更多是为了满足用人单位的需要,并非劳动者保护。<sup>[37]</sup> 这一点与劳动法对劳动者保护的价值也相去甚远,需要重视。

### (三) 实践困境

一重劳动关系规制路径之下的共享用工增加了单位的用工弹性,但弱化了劳动者权益保障,这导致该用工方式在实践中遭遇多重困境。

第一,就业自由保障的困境。劳动者享有自主择业的权利,此乃劳动自由原则的应有之义。然而,为防止员工流失,有单位限制员工的离职自由,禁止员工入职缺工单位,或禁止缺工单位在共享期间以及期满后录用共享员工,否则缺工单位应承担违约责任。<sup>[38]</sup>

第二,职业稳定保障的困境。《劳动合同法》通过单方变更劳动合同之限制、解雇保护等制度保护劳动者的职业稳定。然而,一重劳动关系下共享用工的制度及其实践脱离了上述保障机制。一是原单位单方变更劳动合同以及拒绝完全恢复履行劳动合同。用人单位依法享有单方变更劳动合同的权利,但是该权利应受到多重限制,以防止权利滥用。“企业外调岗更是涉及到合同当事人的根本性变更,关系重大,为保护劳动者的合法权益,该类调岗需取得劳动者具体、现时的同意。”<sup>[39]</sup> 非关联企业间原单位单方的员工共享违反上述限制。此外,共享期满后,员工返回原单位,有的原单位以组织架构调整为由,拒绝完全恢复原劳动合同的履行。<sup>[40]</sup> 二是劳动者解雇保护较难实现。由全日制变为非全日制共享用工,使得劳动者丧失基于全日制用工的解雇保护,原单位和缺工单位都可根据《劳动合同法》第71条随时终止劳动合同,且无需支付经济补偿金。在劳动者与缺工单位双方合意共享模式下,因未经原单位同意,劳动者形成双重劳动关系,原用人单位可根据《劳动合同法》第39条第(四)项规定解除劳动合同,且无需支付经济补偿金。共享期间,劳动者与原单位“有关系、没劳动”,与缺工单位“有劳动、没关系”,原单位无法根据劳动者实际的工作表现解除劳动关系,缺工单位则因不是劳动关系主体而无法解除劳动合同,有法院因此判决缺工单位所作出的解雇通知不具备法律效力。<sup>[41]</sup> 此外,原单位与缺工单位的规章制度关于违纪行为及其惩戒规定也可能不同,解雇依据亦难以确定。

[36] [德]魏德士著:《法理学》,丁晓春、吴越译,法律出版社2005年版,第288页。

[37] 参见人力资源社会保障部2020年9月发布的《人力资源社会保障部办公厅关于做好共享用工指导和服务的通知》、《人力资源社会保障部对十三届全国人大三次会议第9651号建议的答复》。

[38] 参见甘满堂、黄美扬:《员工短期外借——企业用工调剂可行性探索》,《中国劳动关系学院学报》2018年第5期,第122页;参见龚名扬、蒋周:《东莞“共享员工”政策 你关心的问题这里都有答案》,http://kb.southcn.com/content/2020-04/29/content\_190825614.htm,最近访问时间[2021-03-25]。

[39] 丁建安:《论企业单方调岗行为法律效力的判断》,《当代法学》2015年第3期,第126页。

[40] 参见辽宁省瓦房店市人民法院(2019)辽0281民初6769号民事判决书。

[41] 参见云南省芒市市人民法院(2019)云3103民初1599号民事判决书。

第三,劳动基准保障的困境。我国各地最低工资等劳动基准不同,学者称之为“单一制基调”下的“联邦制实践”。<sup>[42]</sup>《劳动合同法实施条例》第 14 条确立了劳动合同履行地的劳动基准优先原则。跨地区共享用工的,缺工单位所在地区基准高于原单位所在地区的,理应按照缺工单位所在地的基准执行。然而,因缺工单位与共享员工之间的关系被排除在劳动法之外,共享员工的待遇并不必然会调高;反之,原单位所在地的基准高于缺工单位的,根据有利于劳动者原则,<sup>[43]</sup>应适用原单位所在地的基准。但在实践中,却有用人单位及法院按照缺工单位所在地的标准降低劳动者待遇。<sup>[44]</sup>

第四,劳动行政保障的困境。为规范人才市场,保障劳动者权益,国务院《人力资源市场暂行条例》等对经营性人力中介机构的设立及其部分业务活动设立了行政审批和备案程序。共享用工在行为外观上与人力资源中介服务(外包甚至劳务派遣)相似,尤其是有偿共享与经营性人力资源服务的边界难以区分,导致部分单位以合法形式(共享用工)掩盖非法目的——不符合法定条件规避行政审批,从事相关的中介服务。

综上,按照一重劳动关系规制路径,“三方主体”间共享用工法律关系被切割、分别调整,共享用工的整体事实因此分别被劳动关系(劳动者与原单位的关系)、民事关系(劳动者与缺工单位以及原单位与缺工单位的关系)二元法律秩序“涵摄”,实际用工行为脱离劳动法的规制,背离劳动法的价值理念,在制度及其实践层面存在劳动者保护的困境,重蹈借调等其他多方雇佣用工的覆辙。因此在司法实践中,有的案件中法院主要根据实际用工判决劳动者与借入单位构成劳动关系,<sup>[45]</sup>借入单位承担用人单位责任,以解决上述困境。

### 三 共享用工“双重劳动关系”规制路径及其体系建构

双重劳动关系的规制路径将共享用工中缺工单位及其用工行为纳入劳动法的适用范围,以弥补一重劳动关系规制路径中部门法之间“泾渭分明”导致的劳动者权益保障困境,在价值理念和制度规范等多方面形成统一的共享用工规范体系。

#### (一)理论基础

共享用工“双重规制路径”在建构之时仍然应遵循劳动法的基本价值与制度原理。劳动法以保护劳动者为基本价值之一,无论发展与创设何种规制劳动关系的具体形式,都应始终以此为基础,并在此基础上,对于劳动关系中的具体权利义务予以配置。

第一,劳动者保护目的。“劳动关系决非如斯地对等人格者间纯债权关系而已,……而是将存在于内部毕竟不能与人格分离的人格价值一部分的劳力之提供。”<sup>[46]</sup>由于此种

[42] 参见程金华、柯振兴:《中国法律权力的联邦制实践——以劳动合同法领域为例》,《法学家》2018 年第 1 期,第 8-12 页。

[43] 参见许建宇:《“有利原则”的提出及其在劳动合同法中的适用》,《法学》2006 年第 5 期,第 90-98 页。

[44] 参见河南省安阳市文峰区人民法院(2019)豫 0502 民初 4270 号民事判决书。

[45] 参见北京市第二中级人民法院(2019)京 02 民终 4356 号民事判决书。

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

人身性因素,使得一重劳动关系规制路径下缺工单位也实际承担了劳动法上部分“用人单位”的义务,如劳动报酬支付、职业安全卫生保障、超时加班限制等义务。<sup>[47]</sup>因此,双重劳动关系的规制路径将原单位、缺工单位都涵摄进劳动法的秩序体系,规制原单位的出借行为,避免其将共享用工“中介化”牟利;规制缺工单位用工行为,避免其滥用权利侵害劳动者权益。德国劳动法严格区分经营性员工转让和非经营性员工转让,前者被纳入《劳务派遣法》调整,相关雇主需要经过行政许可,后者则成为真正的“借调关系”,并没有特别的法律规定,但受到转让的短期性和临时性的限制。如果以非经营转让之名行经营性转让之实,则直接认定员工与用工单位构成劳动关系,且员工对借出单位享有损害赔偿请求权。<sup>[48]</sup>

第二,缺工单位对员工进行管理指示命令,符合劳动关系从属性的认定标准。从属性标准是劳动关系认定的理论基础。<sup>[49]</sup>共享员工被实际纳入缺工单位的生产组织,服从缺工单位的管理指示命令,尽管缺工单位不直接向劳动者支付劳动报酬,而是通过原单位支付,但劳动者的劳动报酬最终来自于缺工单位,这与《关于确立劳动关系有关事项的通知》中规定的劳动关系认定标准一致,双方之间构成劳动关系。“劳动关系是一种非常特殊的社会关系,是一种重实际履行的社会关系。”<sup>[50]</sup>即使缺工单位通过书面约定排除与共享员工之间的劳动关系,但根据劳动关系事实优先原则,劳动关系的性质并不取决于当事人的合意,而应根据用工的实际状态来认定。<sup>[51]</sup>

第三,双重劳动关系并不相互排斥。在实践层面,劳动者与原单位协商中止劳动合同的履行,以及劳动者与缺工单位的劳动用工并不冲突。2006年《劳动合同法(草案)》(征求意见稿)第27条以及2008年《劳动合同法实施条例(草案)》(征求意见稿)第24条都曾规定过劳动合同中止制度,最终文本虽未规定该制度,但在我国劳动立法以及劳动用工的实践中却广泛存在。<sup>[52]</sup>在规范层面,人社部通知及地方规范性文件虽明确“不改变原企业与劳动者之间的劳动关系”,但并没有明确排除劳动者与缺工单位构成劳动关系。根据《劳动合同法》第39条第(四)项的规定,我国在立法层面对双重劳动关系持肯定态度,且对传统的多方雇佣用工方式的法律规制也体现了双重劳动关系共存的可能。<sup>[53]</sup>

## (二)域外经验

域外立法顺应共享经济弹性用工的发展趋势,对共享用工等多方雇佣用工持包容态

[47] 参见上海市人力资源和社会保障局《上海市共享用工指导和服务工作指引》。

[48] 参见[德]沃尔夫冈·多伊普勒著:《德国劳动法》(第11版),王倩译,上海人民出版社2016年版,第377-383页。

[49] 参见[德]W.杜茨著:《劳动法》,张国文译,法律出版社2005年版,第17-18页。

[50] 董保华:《论事实劳动关系》,《中国劳动》2004年第7期,第20页。

[51] 参见陈靖远:《事实优先原则的理论展开与司法适用——劳动法理论中的一个经典问题》,《法学家》2021年第2期,第82页。

[52] 参见秦国荣:《劳动合同中止制度:劳动者权利维护及制度架构》,《政法论丛》2010年第4期,第18页。

[53] 最高人民法院《关于审理劳动争议案件适用法律问题的解释(一)》第32条规定,企业停薪留职人员、未达到法定退休年龄的内退人员、下岗待岗人员以及企业经营性停产放长假人员与新的用人单位发生用工争议的,人民法院应当按劳动关系处理。2002年上海市高级人民法院《关于审理劳动争议案件若干问题的解答》第9条就借调关系规定,“用人单位和输入单位应当共同对劳动者承担劳动法上的义务”以及特别约定的情形下,可认定“输入单位与劳动者”之间存在劳动关系。2014年,浙江省高级人民法院民事审判第一庭、浙江省劳动人事争议仲裁院《关于审理劳动争议案件若干问题的解答(二)》第2条明确规定,劳动者与用人单位保留劳动关系的同时,又到其他用人单位工作的,应认定双方存在劳动关系。

度,但是仍然遵守劳动法劳动者保护的基本价值而对它们予以多重规制。

第一,采取多重劳动关系的规制路径,并将共享员工的协议约定作为认定多方雇主之间存在关联关系的依据,由多方雇主对劳动者权益保障承担连带责任。加拿大确立了共同雇主(common employer)或关联雇主(associated employers)规则。在 Sinclair v. Dover Engineering Services Ltd. 案中,法院认为,只要不同法律主体之间存在足够程度的关联性,他们将被视为共同雇主,共同向他们的雇员承担责任,而无需考虑名义上签署劳动合同的雇主是谁。足够程度的关联关系需要基于个案判断,包括个人股东、公司股东交叉持股以及管理层混同等。<sup>[54]</sup> 此外,包括员工等资源共享也被作为共同控制或指示的认定因素。

美国的联合雇主(joint employers),即两个以上的雇主对一个以上的雇员的监督控制,又分为纵向联合雇主(vertical joint employment)和横向联合雇主(horizontal joint employment)。前者是指通过与人力资源服务机构合作用工,如劳务派遣等;后者是指两个以上的商业主体共享雇员的劳动或服务,联合雇主间通常存在股权、管理层混同、协议控制等关系。1938 年美国《公平劳动标准法》(Fair Labour Standards Act)中规定了雇主概念。1939 年,美国劳工部工资和工时处就此发布解释性公报确立联合雇佣责任规则。1958 年,美国劳工部发布行政规定,就如何认定联合雇佣予以规定。<sup>[55]</sup> 此后美国劳工部就联合雇主规则颁布多个行政规定。2020 年,美国 17 个州和哥伦比亚区以违反行政程序法起诉美国劳工部。2021 年 9 月,美国劳工部废除了关于联合雇主认定的行政规定。<sup>[56]</sup> 联合雇主的认定主要依据《公平劳动标准法》关于雇主的规定。<sup>[57]</sup>

欧盟的共享员工(employee sharing),分为战略性共享员工(strategic employee sharing)和真正的共享员工(ad-hoc employee sharing),前者是指一组雇主组建一个网络,雇佣一个或多个雇员,派遣这些雇员到参与该网络的公司完成工作任务;后者是指雇主暂时无法为其雇员安排工作的,可将其雇员借给另外一个雇主。欧洲改善生活和工作条件基金会(Euro-Found)2015 年报告显示,奥地利、比利时、保加利亚、芬兰、法国、德国以及匈牙利等国建立了战略性共享员工制度,捷克、德国、希腊和卢森堡等国建立真正的共享员工制度。<sup>[58]</sup> 如匈牙利《劳动法典》第 86 章规定共享员工,其中第 195 条规定,为履行工作职责,多个雇主可以与同一雇员订立一个劳动合同。多个雇主需对该雇员劳动相关的诉求承担连带责任。

第二,以劳动者同意为条件。企业调职以劳动者同意为前提,根据合意的方式、范围以及时点不同,大致包括概括合意说、限定合意说、特约说以及否定说等四种学说。<sup>[59]</sup> 通

[54] (1988) 49 D. L. R. (4<sup>th</sup>) 297 (B. C. C. A. ). (1987) 11 B. C. L. R. (2d) 176 (B. C. S. C. ).

[55] See 29 CFR 791.2 (b) (1958).

[56] See 86 FR 40939 (2021).

[57] See 29 U. S. C. 203 (d).

[58] See Eurofound, *New Forms of Employment*, Publications Office of the European Union, 2015, p. 11.

[59] 概括合意说是指劳动者事先在劳动合同中将其劳动力使用权概括地委托给用人单位处理,用人单位可以基于该概括委托发布单方命令来调整劳动者的工作岗位和工作地点;限定合意说是指将用人单位调职权的范围限定在劳动合同约定的范围内;特约说是指用人单位调职需经劳动者同意,该学说也认可劳动者可事先将变更劳动合同的权利委托给用人单位,但不仅需明确约定调职的范围,而且还要明确调职的方式;否定说是指用人单位每次变更工作地点和工作内容,都需取得劳动者明示或默示的同意。参见邱俊彦著:《调职法理之探讨》,载我国台湾地区劳动法学会编《劳动法裁判选辑(一)》,我国台湾地区元照出版公司 1999 年版,第 29-32 页。

过不断压缩用人单位单方调职的弹性空间,防止用人单位滥用权利、侵害劳动者权益。日本的“在籍出向”也被认为存在双重劳动关系,<sup>[60]</sup>只是各雇主具体承担的义务存有差异。

第三,设置行政许可或工会参与程序。有国家对共享用工设置了行政许可或者工会参与等程序,以保障劳动者权益,具体模式包括:(1)许可制。卢森堡规定,共享员工需获得劳动部门的许可以及公共就业服务部门的建议,原公司和接收公司需共同提出共享许可申请,并且附上两家公司雇员代表的意见。但如果6个月内的共享期限不超过8周,则无需许可。(2)集体合同制。德国通过区域集体合同建立共享员工机制,企业委员会和员工也部分地参与共享员工的决策,通过投票表决。(3)事后的劳动监察制。捷克对共享员工未予限制,但是规定共享员工必须在原公司工作至少6个月才能共享,并由劳动监察部门对原公司和用工公司遵守劳动法的情况予以严格监督检查。<sup>[61]</sup>

第四,防止劳动合同不利益变更。为了防止用人单位通过共享用工不合理地降低劳动者保护的条件的,在比较法上,对于员工工资利益的保障有以下三种模式:一是与用工单位核心员工工资持平,如捷克;二是维持在原单位的工资水平,如德国;三是维持原单位的工资水平,但不得低于用工单位核心员工的工资水平,如卢森堡。<sup>[62]</sup>

### (三)规制体系的建构

为兼顾劳动者保护与疫情应急或季节性调剂用工的需要,基于双重劳动关系的规制路径构建共享用工的规制体系应尽力实现弹性安全的目的。一方面,为强化用工安全,规制体系应遵循全面涵盖和兜底保障的原则,即将原单位和用工单位都纳入劳动法的适用范围,并为劳动者提供兜底保障,避免劳动者权益因为共享用工而遭受实质性减损;另一方面,为缓解疫情冲击或季节性生产的影响,需要增加用工弹性,规制体系应遵循协调衔接和适度分担原则,即对两个劳动关系的权利义务配置进行协调和衔接,在保障劳动者权益的同时,适度分担风险、提高调配的效率。

#### 1. 基于用工安全目的的规制强化

第一,共享用工合同的规制。原单位与用工单位之间的共享用工合同性质上属于民法上的无名合同,但为保护劳动者利益,该合同不能完全遵循当事人意思自治,应受到如下限制。一是订立书面协议的强制义务。原单位与用工单位应订立书面协议,明确共享员工人员的数量及名册、工作任务、共享期限、共享期间工资福利待遇、原劳动合同的恢复履行与共享期间的责任承担等,并且根据《劳动合同法》第8条和第60条的规定,原单位和用工单位应将共享用工协议中与劳动者直接相关的内容告知劳动者。二是禁止营利。原单位不得通过共享用工牟利,既不能向共享员工收取任何费用,也不能因共享用工从用工单位获得利益。原单位通过共享用工获利的,属于经营性的人力资源服务行为,违反《劳动合同法》《人力资源市场暂行条例》等关于人力资源中介机构行政许可的规定,根据《民法典》第153条规定,上述行为因违反法律、行政法规的强制性规定

[60] 参见田思路:《共享用工:“狭义借调”中的三方合同构成》,《法学》2022年第1期,第147页。

[61] See Eurofound, *New Forms of Employment*, Publications Office of the European Union, 2015, p. 11.

[62] See Eurofound, *New Forms of Employment*, Publications Office of the European Union, 2015, p. 23.

而无效。另外,劳动行政部门可依法予以行政处罚。三是限制共享期限。共享用工作为临时的人力资源调配方式,不应当作长期用工方式。人社部通知中规定,“共享用工期限不应超过劳动者与原企业订立的劳动合同剩余期限”。目前各地的实践中存在一些问题,例如东莞市人社局制定的《人员借用三方协议(样本)》第 1 条约定,借用期不得超过六个月,同时亦不得超过借出企业与劳动者双方的劳动合同期。借用期满的,三方可协商续订不超过六个月的协议。<sup>[63]</sup> 上述限制实际上并不明确,如原单位与员工订立无固定期限劳动合同的,缺工单位事实上可以“无固定期限”共享用工,东莞市的协议样本的条款仅增设协商续订的前提,而未考量共享目的之应急性以及长期共享对劳动关系稳定性的不良影响。笔者以为,可类推适用《劳动合同法》第 66 条关于劳务派遣临时性岗位存续期限的规定,共享期限最长不超过六个月。期限届满,劳动者可要求恢复原劳动合同的履行。四是限制劳动者就业自主权条款无效。除法定的竞业限制约定外,原单位限制劳动者在共享期间以及结束后入职缺工单位的约定,与《劳动合同法》第 26 条确立的限制用人单位滥用权利、保障劳动者就业自主权的立法价值取向不符,应当无效。

第二,设立备案程序。根据《劳动合同法》第 7 条关于职工名册备查制度以及劳动和社会保障部《就业服务与就业管理规定》第 62 条用人单位为劳动者办理就业登记的规定,为强化共享用工的行政监管,原单位和缺工单位应根据上述规定将共享员工名单提交各自所在地的劳动行政部门备案。实践中,部分地方建立了共享用工的信息平台,以搜集、撮合共享用工信息,劳动行政部门可利用该平台进行共享员工名册的备案工作。

第三,确立劳动者反悔权。在直接用工框架下,《劳动合同法》第 37 条通过试用期解除赋予劳动者在劳动关系建立之初最快捷的合同解除权。共享用工中,也应按照该条的逻辑,赋予劳动者反悔权——在共享用工初期,可解除与缺工单位的劳动关系,并请求恢复履行与原单位劳动合同的权利,其原因在于:一是工作地点以及工作内容与劳动者的生活稳定以及人格尊严密切相关。劳动者同意原单位将其共享给缺工单位,可能使得其人格利益受到不当约束,并且在权利位阶来看,具有人身性的劳动权应当优先于具有财产性的单位经营权;二是由于疫情等外部突发情况,通常由原单位和缺工单位事先达成共享用工的基本合意,劳动者不仅面临两难境地——同意共享用工或者被解雇,而且对缺工单位的情况缺乏足够了解,存在信息不对称。《个人信息保护法》第 15 条关于个人信息主体撤回同意的规定以及《消费者权益保护法》第 25 条关于消费者撤回权的规定与此情形类似,前者是基于个人信息的人格利益属性,<sup>[64]</sup> 后者是基于消费者与经营者之间的信息不对称,<sup>[65]</sup> 这印证了赋予共享员工反悔权的必要性和正当性。因此,笔者认为,共享员工在进入缺工单位之初的 7 日之内,可提前 3 日通知缺工单位和原单位,解除与缺工单位的劳动合同,要求返回原单位恢复原劳动合同的履行。

第四,限制不利益变更。共享期间,劳动者的工作岗位、地点发生改变,但工资作为核

[63] 参见东莞市人力资源和社会保障局:《疫情防控期间企业复工复产用工服务工作指引(一)》,东莞市人社局网站, <http://dghrss.dg.gov.cn/gxyg/iwork/template/企业用工余缺调剂.pdf>,最近访问时间[2022-07-13]。

[64] 参见刘召成:《人格权法上同意撤回权的规范表达》,《法学》2022 年第 3 期,第 84 页。

[65] 参见王洪亮:《消费者撤回权的正当性基础》,《法学》2010 年第 12 期,第 96 页。

心的劳动条件不应遭受不利益变更。原单位将劳动者共享至缺工单位的,应当以劳动者在原单位的工资作为标准,其工资不应显著降低,并且缺工单位应当遵守同工同酬原则,可类推适用《劳动合同法》第63条关于派遣劳动者同工同酬的规定,缺工单位不得在工资方面歧视共享员工。如采取非全日制方式共享用工的,缺工单位可随时终止非全日制用工,但原单位不得以共享期间非全日制用工为由随时终止劳动关系。

共享期满后,应当立即恢复原劳动合同的履行,除与劳动者协商变更外,不得对劳动者的劳动条件进行不利益变更,如调整劳动者岗位、降低工资等。劳动者在缺工单位的工龄,根据《劳动合同法实施条例》第10条关于劳动者非因本人原因被安排到新单位工作的规定,原则上应合并计算为原单位的工龄,但劳动者可请求缺工单位支付补偿将工龄“清零”。原单位拒绝劳动者返回工作的,视为原单位违法解除或终止,劳动者可根据《劳动合同法》第48条规定,要求恢复履行原劳动合同或者要求原单位支付赔偿金。此外,即使原单位与劳动者通过协议约定变更其劳动合同,也应以原劳动合同约定的权利义务为参照,根据格式合同规则以及《劳动合同法》第26条关于劳动合同效力的规则对变更的合理性进行审查。

第五,确立连带责任。可类推适用《劳动合同法》第92条关于劳务派遣单位和用工单位连带责任的规定,明确原单位和缺工单位对劳动者共享期间劳动权遭受侵害的损失承担连带责任。其原因在于:从主观的关联性来看,原单位和缺工单位通过合意的方式对劳动者进行调整,应通过连带责任避免二者事先恶意串通以及事后推诿扯皮,侵害劳动者权益;<sup>[66]</sup>从共享用工的本质来看,原单位与缺工单位打破组织边界构建的“员工池”应具有连带效应,不仅“员工为我所用”,也应当“单位为员工提供保障”。

## 2. 基于用工弹性目的的规制协调

第一,适用情形的适度扩张。随着共享用工由疫情应急转变为常态化用工方式,应在用工安全的基础上,扩张共享用工的适用情形,除疫情、季节性用工等情形外,其他导致原单位生产任务不足的情形下,也应允许原单位经员工同意后,将其共享给其他缺工单位。

第二,协商一致共享用工。劳动合同中的劳务给付具有人身性,原单位、缺工单位不得单方或合意“处置”劳动者,这不仅违背劳动合同之双务性、相对性,而且违背劳动者人格尊严保护的需要。因此,日本《民法典》第625条规定,雇佣人非经受雇人承诺,不得将其权利让与第三人;德国《民法典》第613条规定,雇主的劳务给付请求权经雇员同意方可转让。应允许原单位通过与员工协商一致进行共享用工,但应采特定合意说,即原单位不得在劳动合同中事先约定取得单方共享员工的权利,而需取得单个员工明示或默示的同意,其中,默示同意可以类推适用最高人民法院《关于审理劳动争议案件适用法律问题的解释(一)》第43条关于实际履行超过一个月的规定。

第三,劳动者与原单位的劳动关系中止。原单位同意劳动者完全或部分暂停劳动给付,从而免除其相关责任。双方并未变更劳动合同,仅是对劳动合同履行另作安排。《劳动合同法(草案)》(征求意见稿)第27条曾规定,劳动合同中止期限最长不得超过五年。

[66] 参见唐莹:《共享员工模式常态化发展的思考》,《人民论坛》2020年第21期,第81页。

在共享用工中,原单位仅是“特定许可”员工前往缺工单位工作,对中止期间劳动者的自主性仍有较强约束,并且考虑到疫情应急等特殊前提,五年中止期限太长,因此根据前文相关论述,劳动合同中止期限应不超过六个月。

第四,豁免缺工单位的部分义务。共享员工具有暂时性,在确保用工安全的基础上,应兼顾提升效率和节约成本的需要,因此,可豁免缺工单位的部分劳动法义务。例如,由于原单位与缺工单位之间已经订立了书面的共享用工协议,可豁免缺工单位与劳动者订立书面劳动合同的义务,并无需承担支付二倍工资的责任。再如,可部分豁免社会保险缴费义务。劳动者无需将社会保险关系转至缺工单位,然而,工伤认定实践中,缴费单位和实际用工单位不一致的,劳动行政部门可能作出不予工伤认定的决定。因此,共享期间,缺工单位仅需单独为员工缴纳工伤保险,其他社保缴费仍由原单位继续承担。

第五,解雇权的并立与衔接。双重劳动关系之下,原单位和缺工单位各自享有独立的对劳动者的指示命令权、惩戒权。共享期间,劳动者存在不能胜任工作或严重违纪等情形的,缺工单位可依法予以惩戒甚至解雇,原单位不可以此为由对劳动者进行重复惩戒,但下列情形除外:一是基于员工职业提升的目标,关联企业内共享员工且依法制定相应规章制度的;二是劳动者因为违纪丧失相关职业资质的;三是劳动者依法被追究刑事责任,且丧失人身自由,导致其无法履行与原单位的劳动合同的。

## 四 法 结 语

随着企业经营越来越灵活化,共享用工不再局限于疫情应急的需要,而成为企业增加用工弹性的常态化用工方式之一。根据劳动关系的从属性理论以及劳动者保护的价值,共享用工的法律规制应从一重劳动关系的路径转向双重劳动关系的路径,将共享用工的三方主体、三个环节全部纳入劳动法,以实现劳动者保护和弹性用工之间的平衡。主要涉及以下几个环节:一是借出环节,应建立以劳动者特定合意为主,劳动行政部门事前备案登记和事后监察为辅的保障机制。二是共享环节,原单位和缺工单位共同作为用人单位,应对劳动者共享期间的权益保障承担连带责任,但考虑到共享用工的应急性和暂时性,可豁免缺工单位的部分用人单位义务,而由原单位代为履行。三是返岗环节,以不减损劳动者利益为原则,做好劳动者权益保障的衔接,确保原单位完全恢复原劳动合同的履行。共享期满,劳动者在缺工单位基于劳动关系所享有的权益,应当依法予以保障。

理论的发展总是滞后于实践,但是理论又对实践具有提炼、总结和预判的作用。在对共享用工法律本质认识的基础上,应对现有规制路径进行反思。双重劳动关系不仅是一种具体制度安排上的重构,更是一种劳动关系规制理念的更新。只有不断调适理论与实践的契合度,才能更好地发挥理论的作用,同时也有助于理论与实践的双向互动,使理论与实践都更富生命力。

[本文为作者主持的 2019 年度北京市社会科学基金重点项目“从‘政府管制’到‘社会共治’:劳动争议调解社会参与机制研究”(19FXA001)的研究成果。]

---

---

[ **Abstract** ] China adopts the “single labor relationship” model of standard labor relations to regulate multi-party employment patterns in labor law and practice, which means an employee could have only one employment relationship with one employer, and his or her relationships with other employers are excluded from the application of the labor law. Under the impact of COVID-19, enterprises begin to share employment, namely those with surplus labor share through contract their workers with those that are in shortage of labor. The Notice of the Ministry of Human Resource and Social Security has followed the “single labor relationship” model in regulating shared employment. The balance between security and flexibility needs to be maintained in regulating labor relations. However, shared employment is based on the need to cope with the epidemic emergency. The “single labor relationship” regulatory model meets the need of enhancing the employment flexibility of enterprises, but ignores the safety protection of workers. This article proceeds along several fronts. Firstly, shared employment is in essence the embodiment of the concept of shared economy in the field of employment. It is the sharing of the right to the use of labor and a flexible way of allocating human resources by employers. Secondly, the “single labor relationship” regulatory model of shared employment is justified neither in theory nor in practice. Shared employment is neither secondment nor alteration of employment contract. The “single labor relationship” regulatory model deviates from the subordination standard for the identification of labor relations by denying the labor relationship between the employer with labor shortage and the shared employee, and ignores the value of workers’ protection, resulting in inadequate protection of workers’ rights and interests. Thirdly, from the perspective of the value of labor protection and the subordination standard of labor relations, a shared employee has a dual labor relationship with both the employer sharing its surplus labor and the employer with shortage of labor. China can reconstruct the shared employment system in the following two aspects: on the one hand, we can enhance employment security by strengthening the restrictions on the employment sharing agreement between employers, setting up administrative recordation procedures for shared employees, giving the shared employees the right to rescind the sharing agreement, restricting disbenefit alteration, and establishing the joint and several liabilities of the employer sharing its surplus labor and the employee with shortage of labor; on the other hand, we can maintain employment flexibility by appropriately expanding applicable circumstances of shared employment, exempting the employee with shortage of labor from some obligations, and connecting and integrating the dismissal right of the employer sharing its surplus labor and that of the employer with shortage of labor. This article criticizes the traditional “single labor relationship” regulatory model of multi-party employment in China from theoretical and practical perspectives, and reconstructs the regulatory system of shared employment from the perspective of dual labor relations, with a view to realizing the flexicurity of employment.

---

---