

家务工权益保障的立法选择

涂永前

【摘要】家务工的权益保护越来越受到国际社会的重视。随着经济的发展,家务工职业在我国发展迅猛,但已有的劳动法律及民事法律无法为这个群体提供有效的法律保护,在实践中,其权益受到侵害而无法得到有效的法律救济,从而导致该领域存在的问题越来越突出,对家庭和社会生活的有序发展产生了负面效应。对家务工名称、来源类型及其与雇主的法律关系等需进行明确界定,我国立法机关可以在参照他国立法经验之基础上考虑制定专门法律来规制该领域的不明确的法律关系,或者通过在合同法中增加民事雇佣合同的方式为这种雇佣关系提供合同法的兜底保护。

【关键词】家务工 劳动合同 民事雇佣合同

【中图分类号】D922.5 **【文献标识码】**A **【文章编号】**1000-2952(2013)02-0073-08

2011年6月16日在日内瓦举行的第100届国际劳工大会以压倒性多数通过了《家务工体面劳动国际公约》(以下简称《公约》)及其《补充推荐书》,这是国际劳工组织首次为这个绝大部分为女性的特殊工作群体体面劳动建立统一规范。^①该《公约》要求各成员国须在适当考虑家庭工作的具体特点的情况下采取适宜措施,确保家庭工人享有不低于那些适用于一般工人的条件,明确了家务工在工作时间、产假、失业保险和年假等方面应当享有的权利。例如,她们应有权每周至少连续休息24小时,同时还享有结社权和集体谈判权。该公约的通过被认为将有助于改善全球数以千万计家务工的工作条件。“《家务工体面劳动国际公约》通过是一个历史性的时刻,家政工人再也不能够被看作二等劳动者,她们和其他劳动者一样,享有体面的生活和工作权利”;^②“该《公约》必将为家务工权益的促进和保护注入新的动力,为各国加强家务工权益保护立法、政策及

机构设置提供指引。”^③

根据国际劳工组织最近对117个国家展开的调查统计显示,在这些国家至少约有5260万(专家估计实际人数可能接近1亿)名年龄大于15岁的男女从事家务工职业,其中有4360万为女性家务工,约占整个家务工就业总数的83%,约占全球女性就业的7.5%。家务工约占全球就业人口的3.6%。该领域就业人数还在不断增加,已经成为一个具有相当成长性的经济领域。^④在发展中国家,从事该职业的女性和占比应该都略高于上述平均值。

① ILO: DOMESTIC WORKERS: A GUIDE TO DESIGNING LABOUR LAWS, Geneva, 2012.

② 韩会敏:《我们也是工人 同样享有权利》,《中国妇女报》2011年6月21日。

③ ILO: DOMESTIC WORKERS: A GUIDE TO DESIGNING LABOUR LAWS, Geneva, 2012.

④ ILO: Global and Regional Estimates on Domestic Workers, Domestic Work Policy Brief No. 4, Geneva, 2011.

在中国,根据国际劳工组织、全国妇联2009年底联合发布的《中国家政工体面劳动和促进就业——基本情况介绍》显示,中国约有2000万名家政工和60万所家政服务机构,家政从业人数居世界首位。家政工当中至少90%为女性,年龄在16岁到48岁之间,她们主要由教育程度较低的农民工以及迫于生计的城市下岗女工构成。^①近些年来这个巨大的就业群体在现实中面临愈来愈多的困境,相关诉讼和争议频繁见诸各大媒体,引起社会广泛关注。因为她们当中的大多数都处于弱势地位,在就业和工作条件方面遭遇歧视,基本权益得不到保障,一直属于最边缘化的工人之列。综合来看,这些问题主要体现在:家政服务合同签订率低;超时工作;节假日休息得不到保障;工资收入不合理;职业培训不规范;社会保障不健全;纠纷出现后无有效的争端解决机制等等。因此,当家务工权益被侵害及与雇主产生法律纠纷时,通过法律途径很难得到有效的救济。从目前掌握的信息来看,因家政服务引发纠纷后,那些涉及家务工权益被侵害的案件当事人大多是通过寻求各级妇联、NGO组织以及其他公益性机构援助。这种尴尬局面的出现归根结底是因为目前在家庭服务领域存在诸多立法上的空白地带。家务工这个弱势群体受歧视及地位低下的状况一直没有得到改善,再加上家政服务机构也无相应政府机构对其进行专门监管和督导,使得该领域出现的问题越来越多。

为确保家务工和其他普通工人平等,消除对家务工的就业和职业歧视,使其享有公平的就业待遇和体面的工作条件,确保她们在职业安全与卫生方面享有不低于其他行业普通工人应享有的待遇,我国立法机关需全面调查我国家庭服务行业及就业人员的状况,对家务工的基本范畴、社会保障、权益保护及争端解决问题进行立法完善。

一、家务工的名称、来源类型及基本范畴界定

1. 家务工的称谓

家务工是世界上最古老的职业之一,在旧

社会有很多称呼,如厨娘、女佣、男佣、丫鬟、仆役、下人、书童,其多为主人花钱买来或是充当劳役抵债,与主人之间存在人身依附关系。到了现代社会,家务工与主人之间已经不存在人身依附关系,双方主体地位平等,主要是劳务合同关系,或者劳务派遣关系。世俗的称呼有阿姨、保姆、月嫂、护工、厨师、帮工、钟点工、催乳师等新的职业称呼。一直以来以女性劳动者居多,不过,在现代社会,提供园艺、驾驶及安保服务等家务工作的以男性为主。在英文当中,相关表述有domestic worker, homeworker, house helper。在我国港台地区,一般称呼这种从业者为:家佣、家庭雇工、家事劳动者。大陆从什么时候开始使用“家政工”一词来表述这个职业已无从考证,“家政”一词倒是一直存在,如《新华词典》(网络版)对该词是这样解释的:“指家庭事务的管理工作,如有关家庭生活中烹调、缝纫、编织及养育婴幼儿等。”但是按照家政学或家庭经济学(Home Economics)的解释,“政”指行政与管理,具体包含有三个内容:一是规划与决策;二是领导、指挥、协调和控制;三是参考、监督与评议。很明显,从这个角度称呼现代的家庭服务从业者就非常不合适。前不久笔者与我国著名劳动法专家王全兴教授交流时,他认为,把家庭服务从业者称为“家政工”不合适,应该称为“家事工”,并根据自己与家中保姆的长期交往经历,指出他们这代人很难接受现代人称呼“保姆”为“家政工”这种没有太多情感因素的表述。因为在他们看来,保姆与家人相处长了,彼此之间的感情长期无法割舍,甚至彼此当成家人对待,与家事工之间发生矛盾以及遇到家事工侵权时,都会按照家庭内部事务来对待处理。因此,他主张未来在构建家事工权益保护法时应该以这种模式来构建和谐家事劳动关系。对此,笔者持保留意见。2010年国务院办公厅发布的《关于发展家庭服务业的指导意见》指出,“家庭服务业是以家庭为服务对象,向家庭

^① 胡大武:《我国发达地区家政服务员劳动权益保障的法律思考》,《河南省政法管理干部学院学报》2011年第5~6期。

提供各类劳务，满足家庭生活需求的服务行业。”该表述只是概述了这个行业的特征，该文件还使用了“家政服务员”来指称该行业的从业者，但并未给出明确定义。结合词典解释以及家庭经济学对“家政”的解释，笔者认为未来正式文件上将该行业的从业人员称为“家务工”或“家庭服务人员”比较准确一些，该表述非常直白、中性，不带感情色彩，能较好地反映该职业在当前和未来的本质属性。

2. 家务工的来源类型及其与用工主体的法律关系

家务工的来源，雇主主要通过老乡、朋友或熟人介绍。其首先考虑的是找一个知根知底、可靠和自己生活习惯相近的人。^①但是随着社会发展，城市化的不断扩张，熟人关系在城市会逐渐淡薄，再加上消费观念转变，生活节奏加快，家庭小型化，人口老龄化，服务社会化，技术专业化，以及人们对家庭生活质量追求越来越高，家庭劳务出现社会化和职业化发展趋势，从事家政研究、培训、经营、管理、服务等部门和机构如雨后春笋出现，家务工队伍迅速壮大。有鉴于此，笔者推测，在未来，家务工将主要通过中介组织、家政服务公司或者劳务派遣机构获得工作机会。第一种类型，由个人介绍的家务工，主人和家务工是劳务合同关系。这种家务工不属于法律上的劳动者，他们与主人的关系不受劳动法的调整，只受民法和合同法的调整。家务工和主人之间是平等关系，主人有选择家务工的权利，家务工也有选择雇主的权利。主人有辞退家务工的权利，家务工也有离开主人的权利。双方在工作时间、服务范围、劳务报酬等方面可以平等协商。第二种类型，通过家政服务公司派出的家务工，家务工是家政公司的员工，服从家政公司的安排，履行家政公司分派的任务或工作，从家政公司领取薪酬，享受其他福利待遇。他们与家政公司的关系属于劳动关系，受劳动法的调整。这种类型的家庭服务人员被称为“员工制”家务工。家务工与雇主之间形成劳动服务合同，家务工代表公司履行劳务合同。第三种类型，由家政服务机构以中介名义介绍到家庭从事服

务工作并定期收取管理费等费用的家务工。这种类型的家务工就其本质而言，也属于直接受雇于家庭或个人的家务工，家务工与雇主之间的法律关系较为复杂，双方法律关系的性质、适用何种规则、家务工的权益如何保障已经成为一个极其纠结的问题。目前，从事后两种家政服务的公司在北京、上海、广州、深圳、珠海等大型移民城市以及部分省会城市市场巨大。

3. 家务工的基本分类

随着家政行业的发展，家务工可细分为佣家型家务工、智家型家务工及管家型家务工。其中管家型家庭服务是智家型服务的更高级。佣家型家务工是最典型、最普遍的家庭雇员类型，其提供的家庭服务包括：家庭厨艺及饮食，家庭保洁卫生，家庭杂务（洗衣熨烫、代交杂费等），家庭护理（医护、侍疾、母婴护理、育婴月嫂、照顾老人、照顾病人、陪护聊天、家庭保健等），服侍主人（帮主人更衣、换鞋、洗脚等），美容护理，艺术插花，家庭园艺，家居绿化，宠物照管，家电维修等等。智家型家务

① 进入家政行业工作的方式及法律关系性质

进入家政行业的方式	人数	法律性质	权利义务的当事人
妇联、劳动局介绍	17	雇佣关系	家庭雇主、家政员
家政公司介绍	17	中介服务、雇佣关系	家庭雇主、家政员
参加招聘会	5	雇佣关系	家庭雇主、家政员
看电视听广播到家政公司应聘	6	劳动关系	家政公司、家庭雇主、家政员
自己找有需要的家庭	6	雇佣关系	家庭雇主、家政员
亲戚朋友介绍	47	雇佣关系	家庭、家政员
其他	2	无法确定	无法确定

相关具体数据及分析：胡大武：《我国发达地区家政服务员劳动权益保障的法律思考》，《河南省政法管理干部学院学报》2011年第5~6期。

工其家庭服务包括：家庭教育（文化课辅导、语言辅导、电脑辅导、艺术辅导、艺术乐器辅导）、家庭交往礼仪、生产经营、投资理财、法律服务、心理咨询等等。

相比较而言，佣家型家务工的存在比较久远一些，是传统意义上的家务工，目前我们理论及实践中所探讨的家务工主要指这种类型的人员。智家型家务工及管家型家务工是现代社会的产物，与传统意义上的家务工存在很大区别，虽然都存在一些体力劳动，但是更多体现的是智慧服务或者说脑力劳动的比重大。对于现代社会出现的智家型家务工及管家型家务工，通常与雇主有更加详尽而又专业的权利义务安排协议书，所以在探讨家务工权益保护时，此类家务工一般都不在探讨范围之内。

从用工期限来划分，家务工又分无固定期限的、有固定期限的和一次性劳务的三种。无固定期限的包括家庭厨师、护工、保姆等。有固定期限的包括月嫂、主人外出期间找的临时保姆等，这种家务工在商谈劳动合同时就约定好用工期限。第三种是以完成一定的劳务为目的的，如搬家、装修、擦油烟机、安装空调、办理婚丧事临时雇佣的人员等。从劳动时间上分，也分两种，无定时工作制、定时工作制。无定时工作制，如照顾病人、照看孩子、料理家务、陪同病人看病、接送孩子上学等，只要主人需要，随时都是工作时间，只要主人不需要，随时都是休息时间。定时工作制，如定期打扫卫生、家教、按摩、心理咨询等，以完成一定时间的劳务计报酬。

在我国，这种按照用工期限来划分家务工用工形式的意义在于是否采用了劳务派遣方式，如果家务工是由劳务派遣公司所委派，不管是固定期限还是无固定期限，则其权利义务均由其与劳务派遣公司的劳动合同约定，因为在这种情况下，雇主通常只与劳务派遣公司签订合同，用工单位和用人单位的权利义务由劳务派遣合同约定。而对一些不存在劳务派遣形式的个体劳务人员，由于缺乏劳务派遣机构的介入，^①对于这类家务工来说，这种划分意义不太大，因为目前这类劳务人员其权利得不到法律

的明确保护，现有的《劳动合同法》根本就不适用于用工主体为自然人的情形，所以就谈不上适用《劳动合同法》；而《合同法》中也没有相应的民事雇佣合同条款可资适用。在司法实践中，遇到此类诉讼对于律师和法官来说都是一个难题。

二、家务工权益保护面临的几个核心法律问题

由于我国经济正处于转型期间，各地经济发展状况不均衡，家庭服务人员提供的服务、用工主体的需求层次以及家务工素质等方面存在诸多差异，我国的家庭服务行业也因此呈现出极其复杂的局面。家庭服务用工主体与家务工之间的关系极其纠结，如何通过有效的立法来解决这种复杂的权利义务关系，是我国立法机关必须面对的难题。

1. 《劳动法》、《劳动合同法》等配套法律法规将家政服务关系主体明确排除在外

1994年颁布的《劳动法》没有将家政服务关系纳入其调整范围内。同年9月，劳动部制定的《关于贯彻执行〈中华人民共和国劳动法〉若干问题的意见》第一部分“适用范围”第4条明确规定家庭保姆不属于《劳动法》的调整范围。2007年7月，最高人民法院发布的《关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释（二）》第7条仍将家庭或者个人与家务工之间发生的纠纷排除在劳动争议案件之外。2007年6月通过的《劳动合同法》依然不调整雇主和家务工之间形成的法律关系。这些法律法规将家政服务关系置于法律调整之外的一个根本问题在于我国《劳动法》第2条规定的劳动法主体只存在用人单位（企业和个体经济组织）及与之形成劳动关系的劳动者这个单一的主体关系，而自然人及与之形成劳动关系的劳动者之间关

^① 虽然在劳动力市场上，有时会有很多职业介绍机构参与其中，但是目前大多数职业介绍机构只是充当中介或者说居间功能，收取雇主和求职者一定的服务费或佣金后就不再承担责任，更不会就雇主和劳务员之间的劳务合同进行明确的、合理的权利义务安排。

系则一直没有法律规制。由于《劳动法》没有将自然人视同用工主体，所以在《劳动合同法》等配套法律法规和司法解释当中也就自然沿袭这一规定，不涉及家政劳动关系。正因如此，家政服务工作被视为非正规就业，家务工的工资、工作时间、劳动保护和社会保险等得不到法律保障。

2. 家庭服务业尚无专门的法律规范进行规制，导致自然人用工主体、家务工、家政服务企业之间的关系无法理清

目前，我国的家政服务企业主要有两种模式：中介制和员工制。采用中介制的家政服务企业，其作为“中间人”只起到牵线搭桥的作用，这意味着家政企业将家务工介绍给雇主后，收取雇主的中介服务费，其职责就完成了，至于家务工到岗后的各种待遇及纠纷解决等基本不做进一步的约定。而在采取员工制的家政企业中，其与家务工签订劳动用工合同，家务工作为家政公司的职员，由家政公司进行培训后派遣到雇主家。在员工制家政企业中，家政企业与家务工之间建立的劳动关系属于《劳动法》及《劳动合同法》等劳动法律体系所保障的范畴，他们之间的关系有法可依。总体来说，在我国，家政服务企业数量大、涉及的家务工人数更是巨大，但是管理却是极其混乱，用工关系不规范，家政企业是采取员工制还是中介制很难区分，是劳动派遣还是劳动中介混淆不清，大多数家务工与雇主之间没有正式用工合同，派遣企业或中介机构肆意要求家务工缴纳入职押金，家务工离职后家政服务企业以各种理由延迟发放工资或不全额支付工资等等，乱象重生。^①按《劳动合同法》适用范围和有关司法解释，由于实行中介制或雇佣制家政服务企业的家政服务员与雇主之间的关系是雇佣关系，因此其不属于《劳动合同法》的调整范围，自然无法得到其保障。从目前的情形来看，员工制是规范家政服务企业可选择的较好模式，因为这种模式可以使家政服务业逐渐走向职业化和规范化的道路。在家政服务企业的职业化方面，由相关政府机构专门就该行业设立准入门槛，制定完善的监督制度，为家务工提供职业

培训；督导家政服务机构走公司化、企业化管理的路径，鼓励其创建家政服务品牌。规范化就是对家务工这个群体所从事的不同工种设定一定的职业标准，实行认证，建立相关惩罚和激励机制。

3. 地方性法规及行业性指导规范没有把保护家务工权益及各方利益的平衡放在首要位置，导致立法目的偏离

以目前涉及家政服务的《深圳经济特区家庭服务业条例》、《长春市家庭服务业管理暂行办法》和《郑州市家庭服务业管理办法》几个地方性规范为例，这些地方性法规以促进就业为主要目标，立法重点均放在解决失业问题上，以“家庭服务业的经营和管理”为重心，而对家务工的权益保障未给予关注，对家务工直接与自然人用工主体签订家政服务合同的情形更是只字未提。为化解自然人用工主体、家务工和家政服务企业之间矛盾，国内多个家政行业协会制订了自律性规范。最具代表性的有：《中国家庭服务业协会管理规范》、《北京家政服务业行业公约》、《江苏省家政服务行业管理规定（试行）》。其共同特征在于：首先明确了家务工与家政公司之间的劳动关系，明确强调了家务工的劳动者地位。其次，明确家政服务需求者的消费者法律地位。但是，这些行业性规范主要是从家政服务企业的利益保护出发，而没有把保护家政服务人员权利权益及各方利益的平衡放在首要位置，相关主体之间的权利义务配置存在加重家务工责任和义务的倾向。正因如此，这些地方性法规及行业性指导规范在家务工权益的保护方面没有起到积极的作用。

三、我国家务工权益保护的两种立法选择

1. 制定专门的《家务工权益保护法》

鉴于前述劳动法律法规对家政服务关系及

^① 调研结果显示，通过正规招聘机构获得工作机会的家务工比通过非正规渠道获得工作的家务工签约率要高，社会保障情况也相应较好，出现纠纷的概率也低。

家务工权益保护的语焉不详,再加上《民法通则》、《合同法》、最高人民法院《关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》等法律法规及配套司法解释对家务工权益保护的作用十分有限。最高人民法院2006年7月颁布的《关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释(二)》明文规定,“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。^①因此,在我国,家务工与其雇主之间的争议不属于劳动争议,不适用劳动法。为了让家务工体面地工作,立法者应该考虑对现行劳动法律规范进行修改、完善,或者制定专门的家务工权益保护法,在法律上明确家务工的法律地位。不管我们在未来是采取比利时和中国香港特区那种将家务工纳入劳动法律范畴的模式,还是类似法国、荷兰、美国和加拿大对劳动法律适用于家务工时增加限制性条件的劳动法模式,或类似爱尔兰制定《在他人家中工作者保护实施法》、日本《关于改善看护劳动者雇佣管理法》的专门立法模式,以及新加坡、马来西亚、中国台湾等国家和地区可以获取签证为目的的家务工作民事法律保护模式,其最核心、最基础的工作应当是从法律上明确家务工属于劳动者,将家务工纳入到劳动法的调整范畴之内,让其与其他行业的劳动者一样平等享受劳动者的合法权益。^②另外,国务院也可在适当时候颁布家政服务行业标准,推广员工制家政服务企业架构模式,对家政服务企业资质设立一定的标准,提高行业准入门槛;鼓励家政服务行业协会就相关工种设立标准及人员准入条件,提高家政服务质量;同时,重点提高家务工的自组织化程度,增强家务工与家政服务企业、雇主的谈判能力。

至于有建议修改《劳动法》和《劳动合同法》,专门设立“家务工”一章,似有不妥,理由如下:1.我国劳动立法中还从来没有针对某类特殊人群进行单独立法的先例。有关特殊人群劳动权益的保护是通过单独立法方式处理的。修改现行《劳动法》或《劳动合同法》很难获得立法者的支持。事实上,早在《劳动合同法》起草过程中,有学者就提

出专章规定家务工劳动保护的主张,立法机构拒绝了该建议。2.不同行业的劳动者的特殊性各不相同,在《劳动法》和《劳动合同法》中不可能把所有特殊人群的特殊性均专章规定。^③

因此,相较于修改目前的《劳动法》、《劳动合同法》,增设专章来保护家务工权益来说,存在那么多法律障碍,笔者认为还不如选择对该职业进行专门立法,回避其与现行法律的不和谐之处,参照其他国家的立法经验进行专门立法保护,在融会劳动合同一般规则基础之上,结合家务工职业的特殊性,将劳动法的部分规则进行变通,适用于家务工。根据家政服务行业的发展态势以及国家的劳工政策,参照其他国家的立法经验及国际标准,制定出既能很好保护家务工权益,又能体现家政服务行业灵活性和特殊性的规则来。对家务工的劳动权益保护进行单独立法规范,如最低工资标准、工作时间与休息休假、劳动强度与劳动保护、社会保险等。家务工的劳动权益规定应当参照劳动法的标准进行,尽可能使家务工平等地享受到一般劳动者的待遇。

2.未来在《民法典·合同编》中增设《民事雇佣合同》

因为劳动法主体不包括自然人用工主体等立法理念上的障碍,制定专门的家务工权益保护法在目前来说可能一时难以实现。鉴于我国目前大量剩余劳动力非通过劳动中介机构来提供劳务,为了保护类似非中介机构提供的家政服务者的利益,《合同法》应就此种情形进行考量,增补传统民法中一直存在的民事雇佣合同,以便为广泛存在的、非经中介机构获得家务工作机会者的利益,使其得到民事兜底合同条款的保护。此举相对前述专门立法保护模式来说,笔者认为在未来的《民法典·合同编》的

① 参见最高人民法院《关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释(二)》第7条。

② 胡大武:《理念与选择:劳动法如何照耀家政工人》,《法律科学》2011年第5期。

③ 胡大武:《理念与选择:劳动法如何照耀家政工人》,《法律科学》2011年第5期。

《合同法分则》中增设“民事雇佣合同”一章更为便捷、可取。

由于我国《合同法》并没有关于民事雇佣合同的规定，^①民事雇佣合同的特征和规则在法律上并不清晰，造成家务工和用工主体之间的法律关系属性很难识别。但从家务工的定义和特征看，家务工与雇主的关系应属于民事雇佣关系。家庭服务工作是受雇人受雇于家庭或自然人用工主体，按照雇主的指示为其提供劳务，雇主支付报酬。因此，家务工的地位符合雇佣关系当事人的特征。从大陆法系主要国家和地区的民法典，如《法国民法典》和《德国民法典》的内容看，在其民法典或合同法中存在民事雇佣合同，家庭服务适用民事雇佣合同的规则不存在问题，在这些大陆法系国家雇佣关系长期受到民法的调整。例如，《德国民法典》在611条至630条规定了“雇佣合同”，其中的第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。^②第618条规定，劳务权利人对劳务义务人负提供“保护措施的义务”，“劳务权利人不履行对义务人的生命和健康方面的义务时对其所负的伤害有赔偿义务，准用第842~846条关于侵权行为的规定。”即劳动权利人在违反对义务人安全义务的情况下的对受雇者损害承担赔偿责任，在劳动权利人不违反安全义务的情况下，义务人由于自己过错导致损害，应由其自己承担责任，显然《德国民法典》以一般侵权责任来解决雇主对受雇者的赔偿责任问题，属于过错责任。关于雇主对受雇者致人损害赔偿的问题，《德国民法典》第831条第1款规定：雇佣他人执行事务的人，对受雇人在执行事务时不法地施加于第三人的损害，负赔偿的义务；雇佣人在受雇人的选任，并在其应提供设备和工具器械或应监督事务的执行时，对装备和监督已尽相当注意，或纵然已尽相当注意也无法避免损害者，不负赔偿责任。我国台湾地区“民法”第188条也有相似规定。也即，发生受雇者致害的情形，法律首先推定雇主有过错，当雇主举证自己在选任

及监督受雇人时无过错，可免除责任，适用过错推定责任。

鉴于此，笔者认为我国未来的《民法典·合同法编》应借鉴其他国家和地区的立法经验，以过错责任原则构建民事雇佣关系中的雇主在受雇者执行职务中遭受损害和致人损害中的民事责任体系，立法应包括两方面内容：第一，雇主对受雇者遭受损害的赔偿责任。应规定雇主对受雇者在执行劳务的场所、设备和器械置备和保养方面负安全义务，如受雇者被接纳参加家庭共同生活，雇主在起居和卧室、工作时间及休息时间方面从义务人的健康、道德和宗教方面考虑，提供必要的设备和安排，如雇主违反上述安全义务造成受雇者损害应负赔偿责任，受雇者对造成损害存在过错，可减轻和免除雇主责任。基于民事主体平等原则，法律应同时规定受雇者对雇主负忠诚义务，受雇者违反忠诚义务如泄露雇主隐私、毁损雇主财物等给雇主造成损害者，应对雇主负赔偿责任。第二，雇主对受雇者致人损害的赔偿责任。受雇者履行工作系在雇主的指示下为雇主利益所为，其在执行职务中致人损害，理应由雇主承担责任，但雇主的责任应限制在合理范围，如雇主对受雇人选任监督已尽必要的注意义务，雇主不应担责。在民事雇佣法律关系中，受雇者亦属于独立的民事责任主体，受雇者致人损害系存在故意或重大过失者，责令雇主承担责任是不公平的，除非系遵雇主的指令从事，应由其自担责任。

本文作者：中国人民大学法学院博士后，
西北政法大学法律科学信息研究所研究
人员
责任编辑：赵俊

① 我国《民法通则》、《合同法》及其司法解释等规范性文件上一直没有设定民事雇佣合同的概念和规则，致使雇佣关系和民事雇佣合同概念模糊。

② 《德国民法典》，陈卫佐译注，法律出版社2006年版，第231页。

The Choice of Legislation Concerning the Protection of Domestic Workers in China

Tu Yongqian

Abstract: The protection of domestic workers' interest is being highly-valued than ever in the present international community. With the development of the economy, the profession of domestic work develops fast as well; however, the current labor law and civil law in China cannot provide effective legal protection for domestic workers. In real world, their interests are being violated and they cannot find effective legal protection, which has a negative effect on their families as well as the development of social life. Based on the clear definition of domestic workers, types of origin and their legal relationship with their employers, this article suggested that the legislator shall stipulate particular law to define and regulate the vague legal relationship between the two subjects, or add some fallback provisions regarding civil service contract in Contract of Law of PRC to provide reasonable protection for this traditional contract on the basis of making reference of the other countries and international labor organizations.

Key words: domestic workers; labor contract; civil service contract

观点选萃

实现当代马克思主义大众化要走哲学自觉的道路

高红明

中共上海市委党校哲学教研部高红明在来稿中指出:

一、哲学自觉是一个自主自觉的认识和创造过程,应当坚持走群众路线,从群众中来,到群众中去。群众即是当代马克思主义大众化的理论来源,同时又是当代马克思主义大众化的实践目的,不仅政策制定者和传播者,同时还包括不同领域的哲学工作者,应当与现实生活中的群众保持密切的联系,了解群众的现实生活所遇到的问题及其群众的内心世界,这样创作出来的哲学理论便有了现实基础,同时又能很好地贴近广大群众的生活,易于为群众所掌握,而我国当代马克思主义最新理论——中国特色社会主义理论体系的理论来源也是基于我国当前的现实情况提出来的,因而要走大众化的道路也应走群众路线,用通俗和现实的语言和表达方式给群众展现。

二、哲学自觉是一个系统而全面的操作方法。哲学自觉需要我们在实现当代马克思主义大众化的过程中考虑全面,既要考虑不同群众对当代马克思主义大众化的接受能力,相应地又要在当代马克思主义理论方面进行调整,同时还应考虑非马克思主义研究领域的学者和专家的意见,尽可能在当代马克思主义大众化的整体的发展方向上确保最大多数人的认同,最后还应充分发挥我国传统文化中已有的哲学要素,特别是中国哲学,在经历了近现代外敌入侵和社会革命等的破坏后不断遭受不平等的对待,但同时又不可否认的是我们又在这样的文化氛围里生活,我们的思维习惯、生活方式等无一不或深或浅地打上了传统文化的烙印,特别是思辨的思维习惯。

三、哲学自觉是一个不断运动变化发展的动态过程。当代中国马克思主义大众化是一个理论不断在现实生活里检验,同时又在现实生活得以创新的互动过程,应当充分利用哲学中运动变化发展的观点看待当代马克思主义大众化的发展和推进过程,辩证地看待当代马克思主义大众化过程中所遇到的问题,敢于面对当代马克思主义大众化过程中产生的问题,并通过对不同问题的具体分析采取不同的处理方法,应当利用不同的渠道,特别是当前运用广泛的互联网技术,便于广大群众及时、有效地接触到正确而全面的当代马克思主义的最新成果。

(周勤勤 摘编)