【劳动与社会保障法学】

共享用工:“狭义借调”中的三方合同构成

田思路

【摘　　要】“共享用工”是多元化用工体制的重要组成部分,涉及劳动者、用人单位(借出单位)、用工单位(借入单位)三方合同关系,与“借调”和“劳务派遣”在形式上相类似,但又存在诸多不同。从概念的内涵上分析,我国的“共享用工”属于“狭义借调”。三方合同的法律构成诸学说大多以传统的劳资两元主体结构为理论前提,无法有效解释当前多元复杂的劳动合同关系,故而需要从三方合同性质出发,重新认识劳动力与生产资料相结合产生劳动关系理论、使用从属关系(人的从属性)理论及雇主指挥管理权构成理论。在三方合同关系中,共享用工与借调、劳务派遣具有不同的法律属性,共享员工只与用人单位具有一重劳动关系,一般不与用工单位具有默示或双重的劳动关系。共享用工中的雇主责任主要由用人单位承担,用工单位可以行使用人单位让渡的部分指挥命令权,并基于部分使用从属性单独承担或与用人单位共同承担一定的雇主责任。共享用工的实施要由劳资双方达成合意,且需具备生产经营的必要性、人选确定的合理性及合同变更的合法性等条件,并通过严格履行劳动合同变更程序、明确两个企业之间的法律责任与管理权限来防范伪装的共享用工等违法行为。

【关 键 词】共享用工;借调;劳务派遣;三方合同

【作者简介】田思路,华东政法大学经济法学院。

【原文出处】《法学》(沪),2022.1.143～158

【基金项目】本文系2019年国家社科基金一般项目“人工智能对劳动就业的影响及法律对策研究”(19BFX193)的部分研究成果。

在世界各国雇佣形态的多元发展中广泛存在一种灵活的用工形式——共享用工,特别是受全球性新冠肺炎疫情的影响,该用工形式因契合特殊时期的经济情势而凸显优势。一方面,一些企业因停工停产或开工不足,员工无法全员正常上班;另一方面,一些企业需要大量员工从事诸如医疗用品、消费用品等商品物资的应急生产。于是,停工或开工不足的劳动力闲置企业将员工派到劳动力紧缺的企业工作,促进了企业之间通过协商建立的“共享用工”模式的发展。虽然各国对此种用工形式有“在职借调”“长期出差”“本企业外劳动”“真正性派遣”“支援性派遣”“休业派遣”等不同的称谓,但是呈现的基本特征和作用是相同或相近的,就是使企业能够通过灵活的用工方式,妥善应对劳动力市场的供需变化。

作为“传统用工的转型”,[①]共享用工涉及用人单位(借出单位)、用工单位(借入单位)和共享员工[②]三方复杂的劳动法律关系,一直以来,各国都将其与劳务派遣等近似的用工形态相关联展开理论研究和政策制定。但是,相较于劳务派遣等三方合同关系,共享用工与各国自身的雇佣传统和劳动力市场政策的联系更为紧密,表现形式也更复杂多样。例如,共享用工中作为第三方的用工单位,是否具有雇主性质,其认定方法为何?如何判断使用从属性特别是人的从属性?行使雇主指挥命令权的法理依据和程

China Social Science Excellence .All rights reserved. https://www.rdfybk.com/

度限定是什么？实行共享用工是否需要劳动者承诺以及劳资双方形成合意？这些问题都有待做进一步的研究。

近年来，灵活用工在我国的实践中发展较快，但理论研究相对滞后与薄弱，特别是对共享用工的研究尚缺乏足够的问题意识，新冠肺炎疫情中兴起的“共享用工”模式为我们的理论研究提供了契机和样本。在此背景下，有必要将其作为灵活用工中三方合同构成的崭新形态加以考察，在厘清相关概念的基础上，对共享用工的法律性质作出界定，并依托三方合同理论，尝试对共享用工的法律定位及法律适用展开讨论，以期进一步明确三方当事人之间的权利义务关系，助推该用工形态在实践中的顺利发展。

一、“共享用工”的概念和法律性质

(一)何谓“共享用工”

“共享用工”不是劳动法学上的用语，学理研究和司法实践中也基本不使用此概念。一般来说，它是企业为了进行人力资源的再分配，将自己雇佣的劳动者临时派到其他企业，在其他企业的指挥管理下进行工作的一种灵活用工方式。在2020年，我国人力资源和社会保障部就已明确指出，“‘共享用工’不改变原用人单位和劳动者之间的劳动关系，原用人单位应保障劳动者的工资报酬、社会保险等权益，并督促借调企业提供必要的劳动保护，合理安排劳动者工作时间和工作任务，保障劳动者身心健康。合作企业之间可通过签订民事协议明确双方权利义务关系。”[③]从中我们可以归纳出“共享用工”的几个特征：一是共享用工是从企业人力资源管理的角度出发，以调整人力资源的再分配为目的；二是劳动者的劳动关系保留在原用人单位，在用工单位提供劳动，用工单位具有对该劳动者的劳动受领权和使用支配权；三是具有临时性，共享用工期限结束后劳动者返回原用人单位。

上述概念和特征成为我们认识“共享用工”的基本标识。但从法律内涵上分析，“共享用工”中“共享”的表达并不准确，它容易给人造成劳动者与两个企业同时存在“双重劳动关系”、具有“两个雇主”的印象，并产生如下疑问：一是谁与谁共享？是两个企业之间共享，还是可以与多个企业共享，以及可否与用人单位的下属公司、关联公司等共享？二是共享什么？如前所言，共享用工是劳动者与用人单位具有劳动关系，说明在劳动关系上用人单位与用工单位之间不存在“共享”；共享期间用人单位将劳动力的使用权让渡给用工单位，由用工单位对劳动者进行管理监督，在此期间对劳动力的使用管理权也不存在用人单位与用工单位的“共享”；劳动者在新的用工单位提供劳动力，与原用人单位的劳动义务中止，因此在劳动力提供上同样不存在用人单位与用工单位的“共享”。当然，学界也有肯定“共享”的观点，认为共享反映了该用工形式的实质，即用人单位和用工单位共同享有对劳动者的管理权。[④]只是用“管理权”笼统论之，未能区分该“管理权”的性质、程度和让渡关系，尚不够全面和深入。还有“共享用工”的用语有待商榷的观点，但所持的“共享单车、共享充电宝都是指物品，而把人也共享，是将人‘物化’的表现，使人格权受到损害”[⑤]的理由颇有片面性，毕竟此处共享的不是人，而是人所具有和提供的劳动能力。

实际上，“共享用工”反映的只是不同企业对同一劳动力分阶段地单独享有和使用，我国目前所使用的“共享用工”的概念更类似于早已有之的单位之间的“借调”。

(二)“共享用工”的法律性质

1.“共享用工”与“借调”的异同

我国在计划经济时期的劳动行政中广泛使用“借调”一词，但法律上并未对该概念予以明确。对此，我们不妨可参考域外学者的相关定义。比如，日本学者认为，借调[⑥]是劳动者于本企业在职的同时，在相当长的期间内在其他企业工作，是企业的人事异动，此场合下的劳动时间、休息日、休假等劳动形态根据该其他企业的就业规则确定，并且劳务遂行的指挥命令权也由该其他企业持有；[⑦]我国台湾学者

China Social Science Excellence .All rights reserved. https://www.rdfybk.com/

认为，借调是指“雇主将受雇人于一定期间内，借调给他人雇主，于期间内受雇人接受其指示之法律关系，须得受雇人同意，通常见于关系企业”[⑧]。日本强调借调的长期性是由其特殊的企业人事管理体系决定的，与我国既有长期借调又有短期借调有所不同，所以可参酌我国台湾学者对借调的定义，其对借调发生在“一定期限内”的表述更具合理性，即借调是指保留劳动者在原单位的地位和劳动(人事)关系，在一定期限内将其派到新的单位，在新单位的指挥管理下工作，到期再返回原单位的一种用工形式。从定义上看，借调与“共享用工”没有本质差别，然一个“借”字，与“共享”相比更为贴切，反映了借出单位是主体、借入单位是辅助的主辅关系，以及劳动力在两个企业之间的转移关系，而且还体现了借后返还的旨趣。

在计划经济时代，我国的就业实现方式主要由国家统一分配和安置，受制度限制，单位之间的人员流动存在很大障碍，无论是企业、事业单位还是国家机关都常用“借调”的用工形式，其时借调的类型主要集中在对管理人员的补充、后备干部的锻炼、技术人员的攻关、无法解决编制情况下专项工作的完成上。实行社会主义市场经济后，随着劳动合同制度的实施，1995年原劳动部在《关于贯彻执行〈中华人民共和国劳动法〉若干问题的意见》(以下简称《意见》)第7条中明确了“借调”情形下劳动合同关系的属性及协商变更劳动合同条款的要求，即“用人单位应与其长期被外单位借用的人员、带薪上学人员，以及其他非在岗但仍保持劳动关系的人员签订劳动合同，但在外借和上学期间，劳动合同中的某些相关条款经双方协商可以变更”。特别是近年来，企业与劳动者通过市场机制实现供需结合，企业对劳动力的使用和调整能力增强，劳动者对用人单位的选择能力和职业流动性也在增强，这进一步促进了各种形态的灵活用工的多元发展。作为一种灵活用工形式，“借调”的作用及功能也回归到其制度的原本范围内。

在劳动法律关系领域，“借调”的类型多种多样，从目的来区分，有企业间的业务合作、技术指导、扶贫援建、人才培养、业务实习、灵活调整用工、回避解雇等。从本质上看，“共享用工”与“借调”都是在劳动合同期间把自己雇佣的员工派到第三方用工单位进行一定期限的工作，工作结束后原则上返回原单位。但在表现形式上存在明显的差异：(1)共享用工的主要目的是灵活调整人力资源以及应对经营风险，主要在劳动密集型企业中应用，共享员工以低技能劳动者为主，一般不需要特殊的技能培训；而借调的目的和类型多种多样，借入单位(用工单位)的层次、类型也各不相同，借调人员包括大量的管理人员(甚至高管)以及专业技术人员，具有一定的专业素质和能力。(2)共享用工主要由用人单位严重开工不足等经济原因造成，因此存在群体性派出的特征，存在一次性共享员工规模较大、人数较多的情况；而借调一般是在不影响原用人单位生产经营的前提下进行的，所以一次性共享员工的人数规模较少，甚至只是单个劳动者。(3)在共享用工的情形下，用人单位承担共享员工的工资支付义务(这部分劳动报酬一般是根据两个企业之间的协议，由用工单位以劳务费等形式统一支付给用人单位)；而在借调的情形下，根据借调协议，在用人单位支付工资的同时，还存在用工单位也支付一定报酬或补助用以弥补借调职工的有关损失和额外付出的情况。(4)共享用工主要在两个企业之间进行，而借调的实施范围则十分广泛，不仅可以在企业、事业单位、国家机关、社会团体之间进行，还可以在用人单位所属企业进行“内部借调”或在关联机构进行“关联借调”，这就如前述台湾学者在“借调”概念中所说的“通常见于关系企业”，即该第三方用工单位可以包括用人单位的子公司、分支机构以及具有直接关联的企业。

由上分析可见，“共享用工”与“借调”的本质属性相同，只是在具体表现形式上存在一定的差异，特别是在范围的限定上有很大不同，所以可认为“共享用工”属于“借调”的一种类型。基于此，本文将“共

China Social Science Excellence .All rights reserved. https://www.rdfybk.com/

享用工”视为“狭义借调”。

2.“共享用工”与“劳务派遣”的异同

与“共享用工”相似的另一概念是“劳务派遣”。“劳务派遣”是用人单位将自己雇佣的劳动者派到第三方用工企业,在该用工企业的监督管理下提供劳动的一种用工形态。

两者的相同点在于:劳动者均与用人单位建立劳动关系,然后根据两个单位之间的协议(民事合同),用人单位(借出单位)将自己雇佣的劳动者借派到用工单位(借入单位)工作,由用工单位对该劳动者进行劳动管理。不同点在于:(1)合同目的不同。劳务派遣的用工形式,是用人单位(派遣单位)以派遣为业的一种经营(营利)行为;而在共享用工的情形下,用人单位(借出单位)不以营利为目的,而是以劳动力调整为目的(当然不排除存在营利的可能性)。(2)企业的性质和范围不同。劳务派遣的派遣公司没有作为生产企业的实体业务,共享用工的用人单位则一般具有生产企业的实体业务。另外,于派遣之情形,用工单位的范围不能包括用人单位的内部单位、下属单位,即不允许用人单位将自己雇佣的劳动者进行“自派”,而共享用工的用人单位则可以进行这种“自借”。(3)劳动合同的履行条件不同。用人单位(派遣单位)与劳动者的劳动合同是以向用工单位提供劳动力为目的的,因此,以在用工单位提供劳动力为劳动合同履行的一般情形,在前一个派遣期结束到后一个派遣期开始的空档期间返回用人单位履行属于该劳动合同履行的特殊情形。而在共享用工的情形下,劳动者在与用人单位订立劳动合同时一般没有规定或预定派往第三方企业工作的条款,因此,劳动者在用人单位提供劳动力为劳动合同履行的一般情形,被借到用工企业工作的短期共享为劳动合同履行的特殊情形(变更情形)。也正因为如此,“派遣”一般在劳动合同履行初始发生,“共享”一般在劳动合同履行中途变更发生。(4)法律规制不同。“共享用工”一般法律无明确规定,共享期限、岗位等根据两个企业之间的协议进行,从该用工的性质看,一般期限较短、临时性特征较强,岗位以劳动力密集型企业为主,不需要员工具有特殊专业技能。而对于派遣则有一系列的法律规定。比如,日本早在1985年就制定了《劳动者派遣法》,后来又进行过多次修改完善。欧盟各国也大都在其国内法中制定了有关劳动派遣(Temporary Work, Arbeitnehmerueberlassung)的法令,承认其合法性,但多少存在一些限制。[9]这些限制主要是有关派遣单位的资质限定,以及派遣期限、行业、岗位的限定等,我国法律还作出了派遣人数比例不得超过用工单位职工总数10%,以及派遣单位与被派遣劳动者要订立2年以上固定期限书面劳动合同等具体规定。[10]

由上可知,共同用工、借调和劳务派遣三者间的关系极为密切,其中有诸多相互交叉的特征,有时也很难被明确界分。从国外的情况看,德国将劳务派遣分为两种,一种是专业性派遣,类似于我国的“劳务派遣”;另一种是真正性派遣,类似于我国的“借调”,即“某雇员的工作岗位在雇主企业中,但是被暂时性地借调到别的企业中”。由于德国的借调适用一般的劳动法规则,所以原则上排除了派遣法的适用范围。[11]日本用工企业使用的“借调”一般有在“相当长的期限内”的时间要求,并且借调员工与本企业员工具有同等地位,因此,借调员工在与用人单位具有劳动关系的同时,也与用工单位具有劳动关系,即承认“借调”情形下存在双重劳动关系,[12]这与日本派遣情形下只承认单一劳动关系形成了鲜明对照,成为区分“借调”与“派遣”最为显著的标志,[13]此点也被日本行政机构所认可。[14]由此,与借调不同,日本在派遣的情形下,劳动者即使在用工单位接受其指挥命令而工作,也不具有任何契约关系(私法上的关系),即使用工单位适用《劳动基准法》的部分规定,也不以私法上的契约关系为前提。[15]

二、三方合同法律性质学说及审视

如何认识“共享用工”的法律性质和适用关系,是对劳动者加以立法保护的前提。在劳资双方互为当事人的两者之间的雇佣形态下,用人单位即为雇

China Social Science Excellence .All rights reserved. https://www.rdfybk.com/

主，独立承担作为雇主的法律责任。而在“共享用工”的形态中，由于涉及用人单位、用工单位、劳动者三方的合同关系，所以如何认定三方合同的法律性质，谁是雇主，谁承担和分担雇主责任，承担或分担的范围和程序如何确定等问题都需要给予进一步的明确。

在三方的合同关系中，一是用人单位和用工单位的合同关系，此为民事合同关系，对此并无争议，但因它们之间的关系被置于三方合同中，所以带来了复杂的权利义务转移的可能性和分析评价视角的多元性。二是用人单位与劳动者的合同关系。由于劳动合同中的“用人单位”是使用劳动者的劳动力并向其支付对价报酬的合同一方当事人，所以“用人单位”通常是雇佣该劳动者的一方，劳动合同是在“劳动者”与“用人单位”之间订立的，劳动者与用人单位之间具有劳动关系。当然，在有些国家，比如英国，服务机构与工人之间的关系可能是承揽或雇佣关系，两者间是否存在劳动关系需由法院通过具体案例审查确定。[16]三是用工单位与劳动者的合同关系。与用人单位具有劳动关系的劳动者依据用人单位与用工单位签订的民事合同，为用工单位提供劳动力，接受用工单位的劳动管理，在此情形下，如何认定该劳动者与用工单位的关系性质，理论上存在歧见。

(一)主要学说概览及评价

关于三方合同的法律性质，国内外的研究主要有以下几种学说。

1.“一重劳动关系说”

该学说以德国等为代表，主张在借调情形下，用人单位与劳动者建立的是一重劳动合同关系，用人单位是单一雇主，借调关系实为委托合同关系，本质上是用人单位将指挥命令权或劳务给付请求权向用工单位的转让。[17]在日本，除了“借调”以外的三方合同，也承认一重劳动关系说。

但是，对用工单位与劳动者合同关系的性质认定学者间存在分歧。有学者认为，德国和奥地利从德国《民法》第269条主张的“利他契约”的法理出发，制定法律予以规范；[18]有学者主张“权利行使授权说”，即只是单纯授权用工单位行使用人单位的指示权；[19]还有学者主张“劳务供给请求权让与说”，即“派遣机构将自己对派遣劳工的给付请求权让与要派机构(用工单位)，要派机构(用工单位)基于此有权指挥派遣劳工工作，并接受派遣劳工的劳动给付。”[20]根据该说，用工单位取得了对劳动者独立的劳务请求权。“一重劳动关系说”明确了用人单位的雇主责任，用工单位只需承担相应的连带责任，但该连带责任的范围和程度如何划分，其法理依据为何，仍需深入研究。

2.“转租说”

该说起源于德国的“借贷劳动”或“租赁劳动”理论，[21]涉及的三方合同关系类似于劳动力的“转租”，即用人单位将劳动力转租给用工单位(利益第三方)使用，以试图说明用工单位不具有雇主性质，只是租赁了用人单位(雇主)所雇佣的劳动力。日本学者认为，像派遣那样的三方合同是用人单位出租自己所雇工人的劳动力，由用工单位使用和收益，然后返还，作为对价，用工单位向用人单位支付租金，由于民法没有该劳动力租赁合同的规定，所以可纳入“无名合同”的范围。[22]日本《民法》体例在“租赁”之后紧接着规定“雇佣”就是基于两者的近似性。[23]在该学说中，由于劳动者与物的转租不同，具有人格属性，虽然转租的是劳动者的劳动能力，而非将劳动者独立的法的人格作为借贷目的，但是由于劳动能力是附着于劳动者人身之上的，所以容易侵害到劳动者的人格权。在共享用工的情形下，若是向用人单位的下属单位或分支机构“借调”，则不符合转租的实体要件。

3.“中间榨取说”

该说认为，中介、派遣等公司以中间榨取为目的向第三方企业介绍、派遣劳动力，使劳动者的权益受到损害。如有学者指出，“派遣制度是派遣机构抽佣，赚取不当的人头费用，是一种变相的剥削劳动的

China Social Science Excellence .All rights reserved. https://www.rdfybk.com/

方式”，[24]是“对劳动者多层盘剥”。[25]日本当初也以“中间榨取”为由禁止包括劳务派遣在内的劳动者供给，认为有违《民法》第90条“公序良俗”之规定。1947年制定的《日本劳动基准法》第6条将收费职业介绍等服务业全部作为“榨取”而视同犯罪，这些规定都是以工业化社会前期的劳动问题为前提的，完全落后于时代，是对营业自由的过分限制。[26]特别是随着社会、经济的发展变化，该学说已经不符合现代人权理念下劳动力市场秩序不断完善的现实。

4.“事实关系人说”

该说源于德国的“事实合同关系理论”，认为雇佣的合同关系不是根据合同缔结，而是根据事实上的过程，承认其劳动合同关系。[27]日本学者则进一步认为：“即使合同的成立不存在两个当事人的合意，如果存在与合同有效成立情形同样的社会关系类型或情形作为客观事实的话，与合同有效成立情形同样具有法律效力。”[28]对于雇佣关系是否成立，学者的论证方法有所不同，有的从事实关系直接得出结论，[29]有的认为是默示的合意。[30]该学说的价值在于承认事实关系人即使不存在形式上的劳动合同关系，也有可能以存在实质的使用从属关系作为法律适用之基准，适用劳动基准法和工会法等法律。对此也有异议者，认为这里所称的“事实关系”是法律适用要件的问题，并非是劳动合同关系存在的佐证。[31]

5.“默示的劳动合同说”

该说认为，若劳动者与用工单位存在默示的意思合意，则“默示的劳动合同”成立。[32]依合同理论，劳动合同的成立方式不只限于书面形式，默示劳动合同在劳动关系中同样具有重要的存在意义。但是，劳动者与用工单位是否具有默示的合同关系，除了要考察两者之间是否存在事实上的使用从属关系外，还要对照劳动条件的决定过程、劳动指挥命令关系的有无及内容、劳动管理的有无及程度、工资支付方法等情况。根据日本判例，“用工单位以外的劳动者即使在用工单位的工作场所接受该用工单位的指挥命令而从事劳务(即意味着即使存在使用从属关系)，也不能仅以此认为默示的劳动关系成立。”[33]以本文研究的“共享用工”来说，如果用人单位对该共享员工履行了雇主责任和义务，共享的行为和过程没有涉嫌违法，那么就不能认为劳动者与用工单位之间存在默示的劳动合同。即使发生了用人单位将劳务派遣伪装成共享用工的违法情形，也只能追究其违反派遣法上的责任，而不能认为劳动者与用工单位之间成立默示的劳动关系。

6.“双重劳动关系说”

该说认为，劳动者在与用人单位建立劳动关系的基础上又与用工单位建立了明示或默示的劳动关系，因此具有双重劳动关系的性质。在美国，由于法律上有所谓的“共同雇主”(Joint employer)概念，所以根据用工单位对派遣劳动者行使监督管理权的程度，用工单位有时亦须承担雇主责任。“然而，在实务上最后用来决定要派机构(用工单位)是否须与派遣机构共同负担雇主责任的标准往往是看规范该事项之特定法令的制订目的，亦即若为达成该特定法令的制订目的，要派机构(用工单位)须与派遣机构共同负担雇主责任，则要派机构(用工单位)即被视为‘共同雇主’。”[34]如前所述，日本也将“借调”视为存在双重劳动合同关系。在我国，传统的劳动法理论并不承认双重劳动关系，只在非全日制的用工情形下，《劳动合同法》规定可以建立双重劳动关系，承认双重雇主在一定条件下存在的可能性。当然，我国亦不乏有学者赞同“双重劳动关系说”，[35]还提出了“双重特殊劳动关系说”，[36]“准双重劳动关系说”，[37]甚至认为“承认双重劳动关系已是世界各国的发展趋势”。[38]

7.“一重劳动关系预备转换说”

用人单位与用工单位协商，将自己雇佣的劳动者以将来与用工单位建立劳动关系为前提在用工单位提供劳务，这种形式类似有学者提出的“试用劳动关系”。[39]在此情况下，两个企业之间一般存在一定的协作关系(关系企业)，用工单位的劳动条件也更适

China Social Science Excellence .All rights reserved. https://www.rdfybk.com/

合于劳动者，用工单位通过对劳动者工作状况的考察，决定是否录用。若决定录用，在征得劳动者同意后，劳动者与原用人单位解除或终止劳动合同，转为与用工单位建立劳动合同，原来的用工单位成为新的用人单位。该形式是在实践中产生的向第三方提供劳动力的一种特殊制度安排，由此实现由用人单位单一劳动关系预备向用工单位单一劳动关系的关联性转变，这在我国“借调”中也十分常见。但就学说而言，它更多带来的是与职业介绍和劳动合同试用期相关的法律问题，而非对三方合同本质的探讨。

8.“一重劳动关系两层运行说”

该说认为，“劳动关系实质上是劳动力与生产资料相结合的社会关系，某个劳动者的劳动力若只与一个主体的生产资料结合，就只存在一重劳动关系；若与两个主体的生产资料相结合，则存在双重劳动关系。”同时又认为，在此情形下，“雇主和劳动关系都分为两个层次，派遣单位为名义雇主、招工雇主，用工单位为实际雇主、用工雇主。一个完整的劳动关系也相应分为两个不完整而又相互联系的层次，劳动者与派遣单位之间有劳动合同而无劳动，这是形式上的劳动关系……劳动者与用工单位之间无劳动合同而有劳动关系，这是实质上的劳动关系。”[40]按照“一重劳动关系”的解释，在三方合同关系中，不论共享用工、借调还是劳务派遣，劳动者与用工单位都具有一重劳动关系，按照“两层运行”的解释，这些劳动者又同时存在“名”与“实”两个雇主，以及“名”与“实”两个劳动关系，而根据该说，一重劳动关系仅仅因为在所谓两个层次运行，就变为“名”与“实”的两个雇主和两个劳动关系，这还值得进一步商榷。

综上，在如何认识三方合同的构成上，各国学者提出了诸多理论，至今未能形成通说。但是，无论学说存在怎样的不同和对立，如深加分析可以认为，认识该问题的前提和基础在于，不能将传统的雇主与劳动者两者间的劳动关系理论简单地适用于三方的合同关系上。

(二)对三方合同构成的重新审视

在三方合同构成中，最为重要的是站在三方权利义务关系的角度认识用工单位的法律属性，相较于传统理论，我们至少可在以下方面发现其本质属性的不同。

1.具有生产资料者并非都是雇主

在劳动力与生产资料相结合的理论构成上，传统理论以两个主体之间的关系为基础，认为劳动力与生产资料相结合产生了劳动关系，具有劳动力的一方为雇员，具有生产资料的一方为雇主。而在三方主体的情形下，用工单位具有生产资料，如果由此认为具有生产资料的用工单位也为雇主显然不是正确的结论。因为在委托、外包等劳动形态下，相关从业人员也存在自备工具和生产资料的情况，自备货车的司机挂靠企业从事运输业务的情形也较为常见，不能由于这类人员拥有一定的生产资料，就认为其不具有雇员属性，将其视为自营业者或自雇者，完全排除在劳动关系法律适用的范围之外。

2.具有从属性者并非都具有劳动关系

在从属性的理论构成上，传统理论认为，劳动者与雇主之间存在一定程度的强弱差别，产生了所谓的使用从属关系，从属性成为判断劳动关系存在的重要基准，具有劳动关系就一定具有从属性。但在三方的合同关系下，便不能反过来推论具有从属性就一定具有劳动关系，还需结合从属性的有无、程度等进行综合的实质性判断，以明了是否因为存在从属性而产生了事实劳动关系、默示劳动关系、双重劳动关系等。比如，“专属性”和“利他性”是劳动关系从属性的判断要素，劳动者专属于雇主并为实现该雇主的目的而劳动，该雇主从劳动者的劳动力提供中受益，国际劳动组织(ILO)的《雇佣关系建议书》也将“完全或主要为他人利益而做的工作”作为雇佣关系认定的基准之一，并将其解释为“劳动者是否完全限于为委托人提供服务”，这说明劳务给付的“专属性”和“利他性”有相通之处。[41]但在三方合同关系中，用工单位也得到了相应利益，不能由此就认为用

China Social Science Excellence .All rights reserved. https://www.rdfybk.com/

工单位具有了雇主性质，因为“专属性”和“利他性”已经出现了分离。又如，在从事生产经营活动时，企业为了有效获得和使用劳动力，可以采用各种方法和手段，并非限定于与每个劳动者订立直接的劳动合同，实际上存在着广泛的派遣、外包、借调等方法，在这样的情形下，即使每个劳动者的劳动力很少纳入用工单位的业务组织中，但也分担着用工单位的部分业务活动，存在一定的从属性。是故，即使当事人之间的意思表示完全一致，但仅从具有了使用从属性这一点上还不能直接确定劳动关系的成立。

3.劳动指挥命令权并非只为雇主专属

在雇主指挥命令权的理论构成上，传统理论认为，在两者间的关系下，雇主对劳动者具有劳动管理方面的指挥命令权，这是判断从属性的重要基准，但在三方合同关系下同样不能反过来推断具有指挥命令权的都是雇主，因为用工单位也存在对该劳动者一定的指挥命令权，所以需要对指挥命令权的转移、让渡、分属、共担等不同性质以及指挥命令权的程度加以区分，以明了是否因行使了指挥命令权而产生了可以认定其为雇主的实质性要素，即是否存在双重雇主。若对复杂的劳动关系加以认真考察就会发现，用工单位作为利益第三方对劳动者行使了一定的指挥命令权，作为形式上的劳动法律关系当事人以外的第三人，用工单位即使不具有作为雇主的法律地位，也应该被认为在劳动法上存在一定的雇主责任。

由上可知，面对复杂多样的三方合同中的劳动关系，我们必须突破传统的雇主与劳动者两者间的合同构成理论，以新的视角审视和分析第三方用工单位的法律性质和地位，只有重新认识三方合同构成的基础，才能更好地明晰共享用工在三方合同中的法律适用。

三、共享用工在三方合同中的法律定位与法律适用

(一)以“一重劳动关系”为法理基础

在三方合同关系中，笔者对劳动者与用人单位具有“一重劳动关系”的学说持基本赞同态度。无论是1995年原劳动部的《意见》，还是2020年人社部对共享用工的解释说明，均强调“用人单位保持与共享员工(借用人员)的劳动关系”，这与笔者分析上述学说后采“一重劳动关系”的理论构成得到了相互印证。根据这样的理论构成，可在一定程度上明确共享用工中用工单位与共享员工的权利义务关系，对更好地实现劳动法保护劳动者的立法目的具有一定的解释力。

承前所述，劳动者与用人单位建立了劳动关系，在与第三方用工单位“共享”的情形下，虽然用工单位具有生产资料，该共享员工与用工单位在劳动过程中具有了一定的从属性，但不能由此就认为该共享员工与用工单位存在劳动关系。

一方面，在共享用工中，用工单位具有生产资料，并不代表其为雇主意义上的生产资料的占有形式，只是意味着是该用工形式必需的生产要素的配置，是共享用工实施的基本的“物”的条件。劳动力与该生产要素的“物”的结合，从产生过程看，其是由共享带来的劳动场所的改变造成的，既不体现劳动从属性的表征，也不反映劳动从属性的本质。这与在直接雇佣情形下雇主的生产资料与劳动者的劳动力相结合的性质完全不同。

另一方面，在共享用工中，用工单位是“利益第三方”，劳动者为其提供劳动力，改变了劳动的“一身专属性”。但劳动者对用工单位的从属性为部分的从属，是用工单位生产经营本身所要求或衍生的。[12]换言之，没有该部分的从属，就会带来生产过程的无序或劳动管理的失衡，该从属限定于两个企业共享协议的合意范围内，与直接雇佣情形下完整的、完全的从属是不同的，从程度上看并不足以构成劳动关系成立的基础。

也就是说，在共享用工的形态下，我们只承认劳动者与用人单位存在一重劳动关系，不认为共享员工在与用人单位存在劳动关系的同时，还与用工单位存在双重或默示的劳动关系。需要说明的是，日

China Social Science Excellence .All rights reserved. https://www.rdfybk.com/

本在“借调”的情况下承认双重劳动关系，并将此作为与“一重劳动关系”的劳务派遣相区别的重要标准，在日本，“借调”期限一般较长，两个企业之间通过协议将劳动合同约定的一部分权利由用人单位转让给用工单位，用工单位将借调员工视为自己的员工加以使用，与用工单位员工享有同等待遇和福利，具有同样的劳动者地位。[43]对用工企业来说，对该借调员工“不仅具有指挥命令权，还具有劳务人事权(但解雇权除外)”。[44]相形之下，劳务派遣是短期的、临时的，派遣劳动者被认为是企业之外的外派劳动力，不与企业内的劳动者同等看待。所以，与劳务派遣相比，日本在“借调”的情况下，用工企业对借调员工的管理权限更大，与借调员工之间的使用从属关系更强，通过双重雇主承担法律责任对借调员工的保护会更全面。而在我国，无论在共享用工、借调、劳务派遣的哪一种形态，劳动者都不具有与用工单位员工同样的法律地位，劳动者根据两个单位之间的协议在一定期限内为用工单位提供劳动力，与用工单位的从属关系较弱。

由此可见，与“借调”和“劳务派遣”相比，劳动者与用人单位建立了劳动关系，并不意味着如“内部借调”那样赋予了本单位子公司、分公司对该劳动者的一定权利，也不意味着如“内部借调”以外的其他借调以及劳务派遣那样给予了第三方用工企业对该劳动者的一定权利。前者属于企业内部人事管理权的行使问题，需要重点解决的是人事管理权的法律性质和权力是否被滥用问题，后者属于法律有所规制的“三者间劳动力提供”的问题，需要重点解决的是如何防范以派遣代替共享用工的问题。所以说，共享用工与借调、劳务派遣在法律定位与法律调整方式上存在差异。

(二)以“雇主指挥命令权”为用工单位赋权依据

在三方合同构成的理论中有一个重要的认识，即指挥命令权并非雇主专属，在一定条件下可以向第三方进行部分转让，这在共享用工形态中表现得更为明显。那么，这种指挥命令权转让的法律依据是什么？

劳动合同的一个本质要素是承认雇主的指挥命令权，雇主可以对劳动的内容、形式、方法等进行指示。根据日本判例，“劳动者承诺雇主在一定范围内对劳动力自由处分而缔结劳动合同”，“因此，劳动者有服从工作指令的义务”。[45]但这是一种受到限制的权利，不能超越合同合意的范围。在共享用工的三方关系情形下，用工单位对共享员工的该项权利是在该劳动者与用人单位劳动合同(第一次合意)的基础上，基于用工单位与用人单位的共享用工协议(第二次合意)，并经劳动者同意(第三次合意)产生的。据此，用人单位将所雇佣劳动者的劳动力使用权临时让渡给了用工单位，由此产生了用工单位与该劳动力使用权相匹配的对共享员工的指挥命令权，以及承担共享员工在职业伤害等方面的一定的雇主连带责任。这种让渡只是用人单位部分职权的让渡，不是雇主地位的全部转移，所以用工单位不具有完全的雇主性质和地位，其指挥命令权必须与劳动力使用权的程度相当，不能超过限度而任意为之，如用工单位不能行使对共享员工的解雇权。

共享用工中雇主指挥命令权的转让须得到相关劳动者的同意，但对“同意”的理解存在学说上的争议。第一种学说认为，该“同意”属于“事前同意”，并将“第三次合意”包含在缔结劳动合同时的“第一次合意”中；第二种学说认为，该“同意”应该基于集体合同或就业规则的相关规定。这两种学说被统称为“包括的同意说”。第三种学说认为，该“同意”是“个别的同意”，即需要“第三次合意”，此为大多数学者的观点。[46]近年来，又有了第四种学说——“具体的同意说”，认为不论“包括的同意”还是“个别的同意”，具体的合意内容都不能存在明显的对劳动者的不利益，要对共享员工在用工单位的劳动条件、待遇，以及共享期限和复归条件等加以完善。[47]笔者认为，“包括的同意”或“个别的同意”是指“同意”的形式，而“具体的同意”是指“同意”的内容，不宜在同一层面加以比较。如果既要考虑“同意”的形式，又要

China Social Science Excellence .All rights reserved. https://www.rdfybk.com/

考虑“同意”的内容，那么笔者主张采用“个别的具体同意说”。在派遣的情形下，劳动者与用人单位建立劳动关系以派往第三方企业为前提，所以可以视为“包括的同意”，但在共享用工的情形下，从严格意义上说，并未与第三方企业共享用工的合意，也未在这种完全不同的雇佣形态下进行工作的预先假设，因此，实行共享用工时，需征得劳动者的“个别的同意”(第三次合意)，同时，该“个别的同意”也要求具体内容的合理与平等，由此构成“个别的具体同意”，这是用人单位向用工单位让渡劳动力使用权的前提，也是用工单位行使劳动者指挥命令权的要件。当然，在因疫情等原因导致企业以调整雇佣为目的的共享用工中，这种“同意”的认定应该相对宽松。

与之相对，在借调的情形下，基于借调的原因多样，在法律适用方面需有所区分。例如，在不以雇佣调整为目的的借调类型中，劳动者的专业技能或职业地位相对较高，议价能力相对较强，其职业安全性、安定性具有一定的保障基础，“意思”表示的真实性更值得信任；在“关联借调”类型中，两个企业间的“合意”要素更应该受到重视，在判断这种“合意”时还需结合劳动者获得的其他利益进行综合评价；在“内部借调”类型中，则不涉及雇主指挥命令权让渡和转移给第三方企业的问题。而在劳务派遣的情形，由于存在相应的法律规制，所以在法律适用中更应该注意的是如何预防将实质性派遣伪装成共享用工的违法行为的问题(容后详述)。

(三)以“劳动合同变更”为程序要件

在这样的法律根据下，共享用工劳动关系成立的法律规则还涉及劳动合同的变更问题。原劳动部《意见》就明确指出：“在外借和上学期间，劳动合同中的某些相关条款经双方协商可以变更。”劳动合同变更是指劳动合同依法订立后，在合同尚未履行或尚未履行完毕前，经用人单位和劳动者双方协商同意，对合同内容作出部分修改、补充或删减的法律行为。按照《劳动合同法》第35条的规定，劳动合同的变更必须双方协商一致，并采用书面形式。可见，该“协商”一般要求征得劳动者同意，协商不成时不得变更。

通常来说，在劳动合同订立时并没有预定劳动者要向订立合同的用人单位以外的第三方提供劳动，这是与劳务派遣的区别之一。在共享用工的情形下，劳动者不仅工作场所发生了变化，工作内容和工作性质也可能会发生变化，更重要的是，劳动受领的主体发生了变化，劳动管理权发生了部分转移。劳动关系是以信赖关系为基础的继续的合同关系，具有“权利义务的专属性”，这种合同内容的改变以及合同上地位的转让必须征得当事人的同意，这也是协商变更需要遵循的基本原则，是构成劳动合同变更的合法性基础。

在具体实践中，日本不将“借调”作为劳动合同变更来处理，而是作为用人单位人事权的行使来加以规范，这种制度安排是由其特有的雇佣体系和终身雇佣制传统决定的。日本职场的“借调”主要发生在“无固定期限正式员工”身上，对这些员工而言，一方面，他们的雇佣安定得到了保障，另一方面，为了防止雇佣的僵化，又需要给予雇主更多的用工管理自主权，以平衡劳资之间的利益关系，因此对“无固定期限正式员工”的工作场所和职务内容进行灵活变更便成为平衡这种关系的一种手段，这是导致雇主人事权扩大的一个重要原因，“借调”也成为企业行使人事权进行“人事异动”的一种方式。但对劳动者是否必须接受该人事异动，日本国内是存在争议的，赞同者认为，日本《民法》第625条第1款规定，“雇佣人非经受雇人承诺，不得将其权利让与第三人”，该情形同样适用于借调，因此，借调必须得到劳动者的个别同意。[49]反对者认为，该规定中的“受雇人承诺”不需要让渡时劳动者的个别同意，而只需劳动者事前概括性同意即可，[50]即“包括的合意说”。[51]当然，借调即使为人事权的行使，该权利也是基于劳动合同的权利，因此要被限定在劳动合同预定的范围内。雇主未获得变更权限时不能超过限定范围行使指挥命令权，劳动者也无必要遵从雇主超过该范

China Social Science Excellence .All rights reserved. https://www.rdfybk.com/

围的命令。比如,劳动合同限定了工作地点,雇主有必要得到劳动者的同意,否则便不能依据人事权单方面决定对劳动者工作地点的变动。[51]

在我国,“共享用工”主要是一种临时性行为,员工大多为固定期限合同的劳动者,于企业方来说已经具有了通过合同到期不予更新的用工调整手段,因此,为了平衡劳资双方的权利义务关系,将共享用工如日本那样视为企业人事权的行使显然对劳动者失之公允。所以,共享用工适用劳动合同变更法理更符合我国雇佣体系的构建理念,更有助于实现劳资关系的整体平衡。

在共享用工的形态下,由于工作场所和待遇等劳动条件的改变,可能对共享员工造成各种不利影响,所以对该问题需要作具体分析。比如,国内有学者认为,共享员工“导致了严重的就业非正规性问题,降低了就业质量”,[52]但在疫情等严峻的经济形势下,国内外广泛实行这种“雇佣调整型”的共享用工,虽然客观上可能带来共享员工的工资等劳动条件的下降,但在此情形下保就业岗位更能够体现出对劳动者的实质性保护。关于共享用工带来的劳动合同变更的合理性,一般需要从法律构成的角度,通过对三方合同性质的分析,根据共享用工实施的背景、目的及劳动条件等具体内容对共享员工的不利益性作出综合评价。

在共享用工的情形下,劳动合同经过法定程序作出变更后,劳动者有义务根据两单位间的共享用工协议,在用工单位保质保量提供劳动,用工单位有权对共享员工行使一定的劳动管理权,同时承担对共享员工的有关工作协助和照顾义务,如技能培训、设施利用、建立良好的职场环境、安全卫生教育、工伤和职业病防护等。在共享期限结束后,员工有权返回原单位的工作岗位,用人单位不能以劳动者实行共享用工为由对其加以歧视或给予差别对待。

(四)以“共享员工保护”为基本遵循

为了切实保护共享员工的合法权益,需要明确共享用工实施的基本原则,并结合三方合同的特点,协调和平衡两个企业之间的法律责任与管理权限,并特别要注意防止以共享用工代替劳务派遣等违法行为的发生。

1.明确用人单位实行共享用工的基本原则

一是生产经营必要性原则。共享用工的实行必须是用人单位劳动力有效调整的手段,如不采用这样的手段,会直接影响劳动者工作岗位和工资待遇的稳定。也就是说,用人单位在因订单减少、开工不足带来生产经营困难时,通过共享用工来缓解自身的成本压力。生产经营困难情形的判断由企业自主决定,不受行政干预,也无须得到行政许可。但在具体实施时,如前所述,需要征得劳动者的同意。若无生产经营之必需,则企业不能实行共享用工,以防止以共享用工代替劳务派遣,损害劳动者权益。

二是人选确定的合理性原则。在选择作为实施对象的员工时,要标准统一、程序公平、结果透明,不能存在差别对待。共享用工的选择应该依循如下标准:(1)根据用工单位的需求进行选派,如工种、技能、年龄、学历等方面的要求;(2)根据用人单位生产经营的整体安排进行选派,做到内外平衡,不影响本单位正常工作的开展;(3)根据劳动者的情况进行选派,如独立性、责任感、适应能力、交通便利情况等。选派既不能针对某一员工设定标准,也不能违反劳动者的真实意愿,更不能因劳动者拒绝而实行有关劳动条件的不利益对待。日本2007年《劳动合同法》第14条就明确规定:“雇主向劳动者发出借调命令时,该借调命令,与其必要性和对象劳动者选择等事项以及其他事项相对照,能够认定是滥用该权利时,该命令无效。”

三是合同变更的合法性原则。实施共享用工需要对劳动者的劳动合同加以变更,变更劳动合同一般由用人单位提出,需向劳动者说明变更理由、内容和条件等。在变更内容上,用人单位和劳动者约定的变更内容必须符合国家法律、法规的相关规定。在变更程序上,按照我国《劳动合同法》第35条的规定,需由“用人单位与劳动者协商一致”,不能由雇主

China Social Science Excellence .All rights reserved. https://www.rdfybk.com/

单方面决定，且劳动合同变更应当采用“书面形式”。

2.明确两个企业之间的法律责任与管理权限

在共享用工三方合同关系下，需要对用人单位与用工单位的法律责任和管理权范围做出区分。两者既有独立的权利义务和管理事项，也有共同的权利义务和管理事项。

在工资支付上，根据劳动关系的相对性，用人单位是对外承担工资支付的责任主体，负责支付共享员工的工资和缴纳社保，其工资来源包含在两个单位签订的共享用工协议的费用总额中，其数额在平衡与用工单位相同岗位员工工资的前提下，由用人单位综合考虑劳动者在原单位的工资数额等情况决定，同时需承担工伤认定等方面的雇主责任。用工企业也要适用与劳动指挥命令权相关的法律规定，遵守法律规定的工作时间、休息休假制度等劳动基准，与用人单位共同或单独承担一定的雇主责任。譬如，与雇主共同承担职业安全卫生法方面的安全卫生责任，男女雇佣平等法方面的雇佣平等责任，如代替雇主单独承担劳动基准法上的遵守劳动时间、休息休假等相关规定的责任，以及对未成年劳动者、女职工保护等方面的责任，等等。

在劳动管理上，共享员工应严格遵守用工单位的各项规章制度，自觉服从用工单位的管理监督和指挥命令，按照共享用工协议的内容履行工作职责，保守用工单位的商业秘密。凡违反用工单位劳动规章制度，造成不良影响的，用工单位可视情节轻重给予相应处分，情节严重或屡教不改者可要求用人单位更换或退回。在更换的情况下，两企业的共享用工协议由新的员工继续履行；在退回的情况下，该共享用工协议解除。用人单位要及时了解、核实更换或退回情况，根据事实和情节决定是否接受用工单位的要求。如果共享员工确实存在过错，应该接受退回，并对其作出相应处分，在此情形下如无法为退回员工提供工作岗位时，该员工在原用人单位的劳动者地位不能完全得到恢复和保障。对用工单位提出的无理更换或退回要求，用人单位可以拒绝。但在现实中，由于用人单位对共享员工在用工单位的工作情况难以完全掌控，并且用人单位在人员剩余、开工不足等生产经营困难的情况下会对用工单位存在某种程度的依赖性，所以对用工单位提出的更换、退回要求有时难以进行争辩或拒绝。即便如此，共享员工被更换、退回时，用人单位仍应认真倾听劳动者的陈述，在不能证明该员工存在合同不履行或不完全履行的情形时，或情节显著轻微时，要恢复其原工作岗位，原劳动合同继续履行。此外，在共享用工期间，如遇用人单位竞争上岗、岗位调整等，应将共享员工与在岗员工同等对待，做好共享员工岗位核定和后期岗位安排工作，为共享员工的到期回归提供条件。

3.明确“伪装共享用工”的禁止规则

为防止共享用工被违法滥用，我国人社部明确指出“原用人单位和借调单位均不得以‘共享用工’之名，进行违法劳务派遣，或诱导劳动者注册为个体工商户以规避用工责任”。[53]在实践中，有的雇主为了规避法律责任，可能会采取以“共享用工”代替“劳务派遣”的方式，这种行为被称为“伪装的共享用工”，是法律所不允许的，对此需要积极预防和严加禁止。如下几种情形是其主要表现形式，需保持警惕。

其一，雇主将自己隐蔽为用工单位，将直接雇佣伪装成共享用工。“用人单位”只是形式上、名义上的存在，用工单位实际上决定了共享员工的招聘录用、工资条件、岗位配置等，然后通过该用人单位签订合同，再与劳动者合意变更合同，与该用工单位进行所谓的“共享”，这是伪装的共享用工，这种情形在伪装的劳务派遣中亦十分常见，为各国法律所禁止。该情形下的所谓“用人单位”只是劳动合同的签订或工资发放的代行机构，可认定劳动者与用工单位建立了劳动合同关系，用工单位应为直接雇佣该劳动者的实质上的用人单位。

其二，劳务派遣公司将自己隐蔽为普通的用人单位，将派遣劳动者伪装成共享员工，以回避派遣法

China Social Science Excellence .All rights reserved. https://www.rdfybk.com/

的规制，这同样属于违法行为。在此情形下，要按照上述标准对共享用工与劳务派遣加以明确区分和判断，比如，用人单位(派遣公司)是否以营利为目的、是否具备作为生产企业的实体、合同履行开始时期等。

其三，用人单位诱导劳动者注册为个体工商户，再以共享用工形式将劳动者派到用工单位，由于个体工商户不具有劳动者的主体身份，存在适用劳动法的障碍，通过此番操作雇主可达到规避用工责任之目的。这种做法同样被法律所禁止。所以说，不论合同的名称及合同当事人的外在形式如何，劳动法律关系都必须根据实质的合同性质及当事人的使用从属关系加以判断。

为了更好地预防和解决各种伪装共享用工行为的发生，法律规则必须要予以明确。比如，原用人单位无特殊理由不能限制共享劳动者与用工单位直接建立劳动关系，有人担心如此一来劳动者会被用工单位所用，影响用人单位实行共享用工的积极性，甚至希望对此加以法律规制，这种思考方法并不符合根据劳资合意建立劳动关系的基本法理，也容易侵害劳动者的职业选择权，甚至会倒逼伪装共享用工的产生，在理论和实践上皆行不通。又如，有必要对共享用工期限作出适当限制，对于超过一定期限(比如1年)的共享员工应转变为用工单位的直接用工，以防止用工单位“短工长用”、将共享员工代替直接雇佣的行为。另外，还可以发挥“一重劳动关系预备转换”制度的优势，将共享用工与职业介绍和劳动合同试用期有机结合起来，以实现供需关系的有序结合与平稳调整。

四、结语

作为各国灵活用工的重要形式，共享用工在人力、家政、餐饮、快递、电商等领域得到了迅速发展，当下还出现了线上共享用工服务平台等形式，以实现员工的资源共享及企业之间的快捷合作。共享用工在当前和今后一个时期对劳动力供需调整、促进就业稳定和经济恢复发展将会发挥极其重要的作用。就我国而言，共享用工作为“狭义借调”，在三方合同的法律构成中极具特色，需要我们突破传统理论的束缚，合理界定三方权利义务范围，尊重劳资自主合意，通过劳动合同的协商变更，充分发挥共享用工的制度优势，并防范以共享用工代替劳务派遣等违法行为。以此次公共卫生安全事件为契机，系统反思和整理我国有关灵活用工的法律规定，建立和完善更为弹性和富有张力的三方劳动法律关系调整机制，使我国劳动力的供需结合更加有序流畅，用工体制中的市场要素更加充分活跃，劳动关系多元化构成更加丰富多彩。

注释：

①闫冬：《社会化小生产与劳动法的制度调适》，载《中外法学》2020年第6期，第1621、1614页。

②鉴于当前对相关概念的使用多有混淆，为便于叙述和理解，本文将此类用工形式称为“共享用工”，将从事共享用工的劳动者称为“共享员工”。

③《疫情期间出现了“共享用工”的模式，如何规范指引这种模式？》，载国务院新闻办公室网，http://www.scio.gov.cn/ztk/38650/42385/43362/43367/Document/1684220/1684220.htm，2020年7月22日访问。

④参见姜颖：《厘清各方权利义务让共享员工模式走得更远》，载《法制日报》2020年4月15日，第5版。

⑤参见《“共享用工”相关法律问题亟待解决》，载中国长安网，http://www.chinapeace.gov.cn/chinapeace/c54219/2020-02/29/content12327786.shtml，2021年12月10日访问。

⑥日语的表达为“在籍出向”。

⑦菅野和夫『労働法(第9版)』(弘文堂，2010)446-447頁。

⑧黄越钦：《劳动法新论》，中国政法大学出版社2003年版，第87页。

⑨参见杨通轩：《欧洲联盟劳动派遣法制之研究——兼论德国之劳务派遣法制》，载《中原财经法学》2003年第6期，第251页。

⑩参见《劳动合同法》(2012年修订)第五章第二节和人力资源和社会保障部《劳务派遣暂行规定》(2014年实施)的规

China Social Science Excellence .All rights reserved. https://www.rdfybk.com/

定。另外,我国台湾地区也有派遣人数比例不得超过用工单位职工总数10%的规定,但同时规定,用工单位半数以上员工加入的工会,通过其集体协议的约定,可以超过10%的派遣人数限定,但仍不能超过30%。参见我国台湾地区"劳动基准法"部分条文修正草案第9条之1第1项的规定。

⑪参见田思路主编:《外国劳动法学》,北京大学出版社2019年版,第158页;[德]沃尔冈夫·多伊普勒:《德国劳动法》(第11版),王倩译,上海人民出版社2016年版,第377页。

⑫参见田思路、贾秀芬:《日本劳动法研究》,中国社会科学出版社2013年版,第204页。

⑬安西愈『新版労働者派遣法の法律実務(上巻)』(労働調査会,2008年)259-260頁。

⑭職業安定局編著『改訂版人材派遣法の実務解説』(労務行政研究所,1991年)34頁。

⑮菅野和夫『労働法(第9版)』(弘文堂,2010)421頁;土田道夫「労働者派遣法と労働契約関係」日本労働協会雑誌330号4頁以下を参照。

⑯参见张荣芳:《被派遣劳动者的劳动权利保护研究》,武汉大学出版社2008年版,第8页。

⑰关于德国"单一劳动关系说"的产生和发展,参见李帛霖:《共享员工视角下企业借调用工的本质及效力认定》,载《中国人力资源开发》2021年第9期,第79页。

⑱参见黄越钦:《劳动法新论》,中国政法大学出版社2003年版,第90页。

⑲参见黄程贯:《德国劳工派遣关系之法律结构》,载《政大法学评论》1998年第6期,第271页。

⑳董保华:《劳务派遣的法学思考》,载《中国劳动》2005年第6期,第11页。

㉑参见黎建飞:《劳动与社会保障法教程》(第2版),中国人民大学出版社2010年版,第82页。

㉒安西愈『新版労働者派遣法の法律実務(上巻)』(労働調査会,2008年)474頁。

㉓参见「日」马渡淳一郎:《劳动市场法的改革》,田思路译,清华大学出版社2006年版,第54页。

㉔侯俊彦:《医院使用派遣劳工之研究》,台湾中正大学劳工研究所1993年版。转引自董保华:《劳动力派遣》,中国劳动社会保障出版社2007年版,第38页。

㉕李坤刚:《我国的劳动派遣及法律规制初探》,载《(广东省)人力资源派遣高峰研讨会论文集(2005年)》,第58页。转引自董保华:《劳务派遣的法学思考》,载《中国劳动》2005年第6期,第49页。

㉖[日]马渡淳一郎:《劳动市场法的改革》,田思路译,清华大学出版社2006年版,第46页。

㉗参见沈建峰:《劳动法作为特别私法》,载《中外法学》2017年第6期,第1517页。

㉘植林弘執筆部分,谷口知平『注釈民法』(有斐閣,2006)85頁。

㉙浅井清信「社外工」,季刊労働法62号130頁以下を参照。

㉚岛田信義「社外工をめぐる法律問題」,労働経済旬刊421号10頁。

㉛馬渡淳一郎『三者間労務供給契約の研究』(総合労働研究所,1992年)17頁。

㉜高木紘一「社外工、下請労働者の雇用実態と労働法上の地位」,季刊労働法110号49頁。

㉝サガラレビ事件,福岡高等裁判所1983年6月7日判決,判例時報1084号126頁。

㉞Clyde W. Summers, Contingent Employment in the United States, 18 Comparative Labor Law Journal 516(1997). 转引自郑津津:《美国派遣劳动法制之研究》,载《台湾劳动法学会学报》2000年11月第1期,第138-139页。

㉟姜颖:《劳动合同法论》,法律出版社2006年版,第341页。

㊱董保华:《劳务派遣的法学思考》,载《中国劳动》2005年第6期,第11页。

㊲曹艳春:《劳务派遣关系中的雇主替代责任研究》,载《法律科学》2006年第3期,第118页。

㊳同上注。

㊴黄越钦:《劳动法新论》,中国政法大学出版社2003年版,第88页。

㊵《劳动与社会保障法》编写组:《劳动与社会保障法》(第2版),高等教育出版社2018年版,第110页。

China Social Science Excellence .All rights reserved. https://www.rdfybk.com/

㊶参见肖竹:《劳动关系从属性认定标准的理论解释与体系构成》,载《法学》2021年第2期,第167-168页。

㊷参见田思路:《工业4.0时代的从属劳动论》,载《法学评论》2019年第1期,第84页。

㊸从此意义上说,在日本双重劳动关系的语境下,使用"共享用工"似更贴合。

㊹安西愈『新版労働者派遣法の法律実務(上巻)』(労働調査会,2008年)259-260頁。

㊺電電公社帯広局事件,最高裁判所第一小法廷昭和1986年3月13日,労働判例470号6頁。

㊻土田道夫『労働法概説』(弘文堂,2010)初版4刷発行,175-176頁。

㊼同上注,第176页。

㊽和田肇「出向命令権の根拠」日本労働法学会誌63号31頁。

㊾幾代通=広中俊雄編『新版注釈民法(16)』(有斐閣,1989)61頁。

㊿下井隆史『労働法[第4版]』(有斐閣,2009)67頁。

(51)参见田思路主编:《外国劳动法学》,北京大学出版社2019年版,第263-264页。

(52)朱艳秋:《就业非正规性:"共享员工"的现实缺陷与规制进路》,载《中国人力资源开发》2020年第12期,第72页。

(53)《疫情期间出现了"共享用工"的模式,如何规范指引这种模式?》,载国务院新闻办公室网,http://www.scio.gov.cn/ztk/38650/42385/43362/43367/Document/1684220/1684220.htm,2020年7月22日访问。

Sharing of Labor Employment: Tripartite Contract in the Situation of "Narrow Sense of Secondment"

Tian Silu

Abstract: "Shared employment" is an important part of the diversified employment system. It is the same form as "secondment" and "labor dispatch", involving laborers, employers(lending units), and employing units(borrowing units) tripartite contractual relationship, but these three types of employment still have many differences. From the analysis ofthe concept and connotation, "shared employment" belongs to "narrow sense secondment". Most of the existing theories on the legal constitution of tripartite contracts are based on the traditional dual main structure of labor and capital, which cannot effectively explain the current multiple and complex labor contract relationship. It is necessary to start from the nature of the tripartite contract, re-understand the theory of labor relations generated by the combination of labor and means of production, use the theory of subordination(human subordination), and the theory of the composition of the employer's command and management power. In the tripartite contract relationship, the shared employee only has a single labor relationship with the employer, and generally does not have an implied or double labor contract relationship with the employing unit, but there is the possibility of a "similar labor contract" between the civil contract and the labor contract. The employer's responsibility is mainly borne by the employer. At the same time, the employing unit can exercise part of the command and order power transferred by the employer, and assume certain employer responsibilities independently or jointly with the employer based on the partial use subordination. The implementation of shared employment should be agreed by both labor and capital, with the necessity of production and operation, the rationality of personnel selection and the legitimacy of contract change, to perform the labor contract change procedures, clarify the legal responsibility and management authority between the two enterprises, and prevent illegal acts such as "shared employment" instead of "labor dispatch".

Key words: shared employment; secondment; labor dispatch; tripartite contract

China Social Science Excellence .All rights reserved. https://www.rdfybk.com/