

## 家政工职业化与城市居家养老社会化 ——兼论劳动者人格塑造与社会保险覆盖

郑尚元<sup>\*</sup>

---

**内容提要：**随着我国人口老龄化趋势的加快，未来居家养老需要大量的家政工，家政服务业已经被国家确定为产业序列之一，国家正在从全方位角度推动家政服务业“提质扩容”。家政服务业之从业人员中，最大比例者就是家政工，家政工的正名与职业规范是未来社会养老服务业的期待。家政工的正名就是将这些家政服务人员的职业身份予以明确，使家政工成为劳动法上的劳动者，使其能够获得劳动法的保护，获得应有的社会保险权益。

**关键词：**家政工 居家养老 劳动法 社会保险

---

### 一、居家养老与家政服务之结合——城市养老社会化之一环

#### （一）居家养老与社会化服务

2019年8月22日，国家统计局发布有关人口数据的相关报告指出，20世纪70年代以前，中国一直保持较高的生育率水平，1949—1969年，妇女总和生育率平均为5.8，出生率和自然增长率平均为33.9‰和20.8‰。进入20世纪70年代后，生育水平迅速下降，至1977年，总和生育率下降到3.0以下，20世纪末，总和生育率下降到1.8左右，出生率降至15‰以下，自然增长率降至8‰左右，2018年人均预期寿命为77岁。我国人口再生产类型进入低出生率、低死亡

---

<sup>\*</sup> 郑尚元，清华大学法学院教授。

本文为乐施会“家政工养老保险立法研究”项目（CHN-A0174-01-2021A-U）的阶段性成果。

率、低自然增长率的阶段,与现代经济发达和较发达国家类似。<sup>〔1〕</sup>2018年底,我国60岁以上老年人口总数达到了2.49亿,根据百度文库检索,自1962年开始,我国1960年代出生人口,分别是2451万(1962年)、2934万(1963年)(新中国人口出生峰值)、2721万(1964年)、2679万(1965年)、2554万(1966年)、2543万(1967年)、2713万(1968年)、2690万(1969年)。<sup>〔2〕</sup>据估计,未来短暂的九年时间内,我国将猛增老龄人口2.1亿,而每年死亡老龄人口均在千万以下,预计到2029年,我国老龄人口将超过4亿,人口结构更加老化,社会养老负担更加沉重。按照城乡一体建构养老保险制度之政策导向,这4亿多老龄人口或多或少都要领取养老金,养老金发放的数字将越来越“天文文化”。与上述数据相对应的是,1960年代出生的一代人的下一代多数为独生子女,除了养老之经济保障压力惊人之外,便是生活照料之问题更加难解。独生子女面临工作、子女照料、竞争教育的挑战,老年人的生活照料成为新时代诸多社会问题中较严重的问题之一。而求解这一社会难题几乎只有一个答案——社会化养老。社会化养老的方式包含居家养老与机构养老,于少数个体而言,可能不需要社会化服务即可完成“善始善终”的人生过程,但社会总体而言,不论居家还是机构,哪一种方式都无法摆脱社会化服务。

居家养老是中国人上千年的世代传统,既是世代繁衍和传承的社会习惯,也是历朝历代律令典章关于养老敬老之规定。以“孝道”为社会养老政策和精神导向的落脚点,便是居家养老的社会传统。“中国古代社会注重宗法伦理,其核心孝道思想不仅是一种道德准则,更内化于法律和国家政策之中,成为引导人们日常生活的行为规范。无论在法律层面还是道德层面,‘义务’都是其体系中的核心和基础。”<sup>〔3〕</sup>在一个三世、甚至四世同堂的大家庭里,老者被养于家庭内部,包括物质层面的经济保障和精神层面的心理安慰,皆属于养老的范畴。这种家庭内部的养老模式代代相传,直至当代社会仍有相当的社会心理储备。当老龄化、少子化、城市化浪潮来袭之时,尤其是近二三十年,市场化养老走近之时,仍有相当多的老年人无法适应这种社会变迁。他们认为,进入养老院养老存在着子女不孝的嫌疑或猜忌。笔者认为,居家养老仍然是中国养老模式的重要选择。一方面,客观地讲,刚刚退出职业劳动的相对低龄如70岁以下的老年人,相当多的老年人身体健康,完全具有生活自理能力和社会交往能力,他们只不过没有了职业劳动,有些老年人退养之后,仍在从事自身喜欢的工作和个人爱好,不需要去机构进行封闭性的养老。另一方面,有的家庭主观上愿意居家养老,甚至一些不具备生活自理能力的高龄老年人也并不愿意去机构养老。不论是主观因素,还是客观因素,居家养老只是形式上与历史上的家庭养老一致,高龄、少子、高楼大厦封闭、没有平房时代的街坊邻居的情形下,居家养老与社会化服务的有机结合可谓未来养老的一种趋势。社会化服务越健全,越具备相应的福利色彩,居家养老的优点才可能被放大,如果没有社会化服务,居家养老于高龄老年人、生活没有自理能力的老年人而言,几

〔1〕 参见《国家统计局:中国开始步入老龄化社会》,载 <https://baijiahao.baidu.com/s?id=1642564544042252715&wfr=spider&for=pc>,最后访问时间:2020年7月19日。

〔2〕 参见《中国1949年至2019年历年出生人口》,载 <https://wenku.baidu.com/view/aeb3cb0848649b6648d7c1c708a1284ac950055f.html>,最后访问时间:2020年7月19日。

〔3〕 郑尚元、王昭:《“老年”年龄界定与社会实际养老关系之构建——从家庭养老到社会养老之社会保险创建逻辑》,载《中国劳动关系学院学报》2020年第4期,第3-4页。

乎不可能维系。一般来讲，居家养老与社会化服务中的“社会化服务”指的是社区服务。“社区”概念源自域外，何为“社区”？居家养老之社区服务内容包含餐饮配送、基础医疗护理、紧急救援、家庭保洁、助浴、援助出行、心理关怀等各个方面。上述服务皆属于有偿服务，并具备相应的社会福利性质。上述服务内容有时被称为“家政服务”，至少，有相当多的内容是重叠或近似的。

## （二）家政业发展与居家养老服务

传统社会中的居家养老，乃是子女对父母的供养和生活照料，并没有外人的介入。大户人家可能有相关的服务人员，如丫鬟可以起到相应的服伺作用，具有鲜明的私人色彩，不属于现代社会意义上的“养老服务”范畴，而是家庭私生活的组成部分，丫鬟与主人间的关系亦非如今的服务合同关系。中华人民共和国成立后，大部分社会成员家庭生活之家务劳动全部由家庭成员亲自负担，在低工资的年代里，家庭收入并不含有支付服务人员工资的额外部分。而部分高级干部，因工作繁忙，按照国家规定配备相应的服务人员，例如厨师或警卫人员等，这些人员几乎全部为国家工作人员，或者军队人员，他们的服务完全属于革命工作，不属于服务合同关系。“家政”概念的使用决定于家政服务业的兴起，家政服务的对象中，有相当比例是老年家庭。我国家政业起步于改革开放后，大规模家政业是在 21 世纪后展开的，这一新型产业作为服务类产业的一种，是以提供家务劳动服务而形成的市场产业。其存在的社会背景便是收入差距的拉大，家庭收入可以“额外”负担相应支出。“我国新时期家政业的兴起，其萌芽于 20 世纪 80 年代中期之后，系社会收入拉大之后，社会收入分配、资源和福利分配从依靠计划分配到依靠市场分配的一个过程，例如以前养老育幼之服务多为单位和社会提供，如今，直接交给市场。”〔4〕家政业是一个市场化程度较高的产业。现实生活中，居家养老所雇佣“保姆”或家政人员皆属市场行为，一方愿买，一方愿卖，一方愿意提供合适的价格雇佣对方，另一方愿意提供相应的家务服务。养老由此开始社会化，不再是纯粹的私生活问题。

未来十几年，甚至几十年内，在智能机器人不能完全替代人工服务满足居家养老服务需求之前，家政工的人工服务将一直存在，并有可能不断发展和完善。目前，我国家政业的经营并没有相应的产业规划和产业标准，基本上处于原生态经营状态，国家只是认可了家政服务业这个业态。商务部于 2012 年 12 月 18 日公布了《家庭服务业管理暂行办法》，但该部颁规章层次较低，效力有限，对于将家政服务纳入特殊的市场消费予以规范和监督，至今也没有任何标准可言。2019 年 6 月 26 日，《国务院办公厅关于促进家政服务业提质扩容的意见》（国办发〔2019〕30 号）发布，该《意见》从“采取综合支持措施，提高家政从业人员素质”“适应转型升级要求，着力发展员工制家政企业”“强化财税金融支持，增加家政服务有效供给”“完善公共服务政策，改善家政服务人员从业环境”“健全体检服务体系，提升家政服务人员健康水平”“推动家政进社区，促进居民就近享有便捷服务”“加强平台建设，健全家政服务领域信用体系”“加强家政供需对接，拓展贫困地区人员就业渠道”“推进服务标准化，提升家政服务规范化水平”“发挥规范示

〔4〕 郑尚元：《家政工纳入养老保险制度及家政工劳动权益之保护》，载《社会科学家》2020 年第 4 期，第 17 页。

范作用,促进家政服务业可持续发展”等若干方面,促进该产业“提质扩容”。同时,该《意见》中提及,推动家政服务业与养老、育幼、物业、快递等服务业的融合发展。随着未来十年内我国老龄人口的急剧增加,养老服务将成为服务产业领域的一大板块,而居家养老恰恰与家政服务密切相关。随着技术挤压导致的失业人数增长,将有相当部分人员转身家政服务业,该产业扩容几乎可以肯定,何况市场本身具有相应的原动力。但提质问题则不是那么简单。一方面,家政服务业须纳入国家规范的产业序列,规定相应的服务标准和层次;另一方面,家政工这一群体是家政服务业的具体工作人员,他们的职业能力、职业技能将成为家政服务业提质的瓶颈和关键。事实上,早在2010年9月26日国务院办公厅曾发布《关于发展家庭服务业的指导意见》(国办发〔2010〕43号),强调“把家庭服务从业人员作为职业技能培训工作的重点,落实培训计划和农民工培训补贴等各项政策,按照同一地区、同一工种给予同一补贴的原则,统一培训补贴基本标准,统一培训机构资质规范,统一培训考核标准、考核程序和考核办法”。职业培训虽然成为《劳动法》规定的政府、企业的义务,但是,法律实施的实际效果显示,该项义务几乎成为摆设,没有得到相应的贯彻和落实。连规范的职业劳动者、明确适用《劳动法》的劳动者都难以得到相应的职业培训或规范的职业培训,那么,游离于劳动法保护之外的家政工,<sup>〔5〕</sup>对其进行职业培训的义务岂是国家政策能够落实的?但是,家政服务业的发展恰恰无法离开家政工。

## 二、家政公司、家政工及居家仰赖服务家庭三角关系透视

首先是居家养老之老年人、家政工、家政企业间的三角关系。抛开通过亲戚朋友直接雇请熟人照顾老人外,大部分城市家庭居家养老所依赖的家政人员来源于市场。一般来讲,城市家庭需要家政服务,会直接询问或从网络上查询相关的信息,这些信息包括家政公司的口碑、业绩、规模,家政工的业绩、口碑、人品等。认为合适后,需要服务的家庭成员与家政公司签订服务合同,其中包含服务期限、服务内容和价格等。这种服务合同不包含家政工的报酬,报酬是家政公司与家政工在招聘时确定的。通过实践调研,目前很少有家政公司为家政工办理社会保险,更不用说缴纳住房公积金。家政公司与私人家庭签约后,按照约定,家政公司将私人家庭事先选定的家政工派往签约家庭服务,属于典型的三方关系,如图1所示。

其中,家政公司与家政工形式上属于劳动关系,但是,现实生活中这种劳动关系并没有当然成为劳动法上的法律关系,原因之一是,从事这一职业的劳动者大多为女性,且多数来自农村,双重歧视的影响,导致其劳动法、社保法上的社会保护之缺位时隐时现。<sup>〔6〕</sup>此外,历史原因造成中华人民共和国成立以后近五十年时间里,家务劳动并非属于职业范畴,并非属于有偿劳动范畴,而是属于家庭私生活的组成部分,对于家务劳动的认知是一个渐进的过程。“照料劳动/关怀

〔5〕《劳务派遣暂行规定》明确将家政工排除在劳务派遣之外,使其工作场所保护、工作时间和职业健康的保护,以及其他人格权保护裸露于法律保护伞之外。

〔6〕参见张伟:《社会性别主流化视角下的家政工社会与法律保护分析》,载《河北法学》2010年第8期。



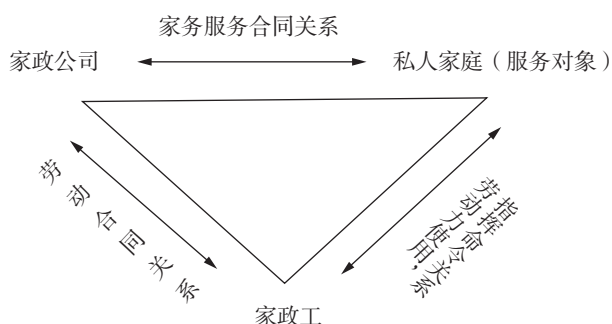


图1 三方关系示意图

劳动（care labor /work）是指为婴幼儿、老人、病人以及一切有照料需求的人提供的劳动。照料劳动提供的是与人类再生产相关的服务，而现代服务业也主要是基于人类照料需求发展出来的。”〔7〕可以预见，随着社会经济的不断发展，分工的细化，照料劳动的职业化趋势将越来越受到关注。毋庸置疑，人们对于“家政工”经常使用的是一些非职业化的称谓，例如，“保姆”“月嫂”等概念。社会歧视的因素是客观存在的，对于这一群体的劳动，劳动法主体的认知或弱于在机关事业单位做饭的厨师或相关服务人员，后者所形成的劳动关系往往被认为属于劳动法调整的劳动关系，而家政公司与家政工的劳动关系则相对模糊。现实生活中，家政工与家政公司之间多数依赖的是口头合同。如今，互联网平台服务涉入家政服务行业，如果技术得到合理、合法运用，平台用工将增加家政工招聘就业的机会、增加私人家庭养老服务获取信息的机会。但是互联网平台除了技术上的优势外，亦存在现实世界虚拟化的现象，平台与家政工之间并没有签订电子书面合同的程序，而是通过网络注册，或“加盟”后通过平台技术上的手段，实现指挥命令、服务质量考核、报酬给付的结转，这种报酬给付的形式往往表现为提成，这种技术控制下的家政工，较之实体家政公司中的家政工而言，丝毫不敢怠慢，平台控制程度丝毫不弱于实体家政公司。但是，于家政工而言，更无签订书面劳动合同的机会和可能，劳动关系更加虚拟化。

其次是私人被服务的家庭与家政公司之间的关系。从形式要件看，这往往被视为民事服务合同关系。这种形式上平等或社会习惯的认知往往会使本质的社会关系产生偏差。居家养老之老人或者其子女与家政公司签约后，相关服务必须由家政公司的家政工来提供。与其他服务类合同最大的区别在于家政工的服务类劳动并非完全自主，其劳动的指挥命令权部分地由家政公司转移至所服务的对象——老人或其子女，其工作的时间、工作的风险全部不能自控。〔8〕在典型的劳动派遣法律关系结构中，同样是类似的三重社会关系的叠构，只不过派遣单位、要派单位之间的劳动力派遣契约中呈现的是形式上的完全平等和契约内容履行上的复杂性。“劳务派遣协议具有双重性。一方面，劳务派遣单位和用工单位毫无疑问是两个独立的民事主体，二者之间没有任何从

〔7〕 佟新：《照料劳动与性别化的劳动政体》，载《江苏社会科学》2017年第3期，第43-44页。

〔8〕 部分家政工曾遭受服务对象的性骚扰，曾发生职业伤害等等皆属于职业风险。

属、管理关系，双方在劳务派遣协议中约定一方提供派遣劳动者的义务，另一方承担支付报酬的义务，这种法律关系所涉及的是私法意义上的财产关系。从这个角度，劳务派遣协议可以说是一种无名的民事合同。另一方面，劳务派遣协议同时也是劳务派遣单位与用工单位分配雇主义务的协议，这就决定了劳务派遣协议不能只受到合同法的约束，同时也涉及劳动基准法上的雇主责任分配和约定。”〔9〕劳动基准法属于典型的劳动公法，其国家标准和行业规范必须执行，例如域外关于家政工工作时间有严格的限定。〔10〕有关两个单位间的劳动力派遣协议是属于民事契约还是劳动类契约存在学术上的争议，现实中也并不清晰。家政工被家政公司派遣到私人家庭从事家政服务，《劳务派遣暂行规定》将此类派遣排除在劳务派遣范围之外，派遣单位与用工单位之间的派遣协议是否属于劳动法上的特殊协议？是否属于民事协议？关于这些问题立法未有明确规定，法理上也未厘清。从此意义上讲，居家养老中，私人家庭与家政公司之间签订的服务合同中有关服务质量标准、价款的部分属于相应的民事协议的内容，而涉及履行服务协议过程中家政工权益保护的部分则属于劳动保护的内容。在大多数上述服务协议的履行过程中，私人家庭与家政公司间不会发生纠纷，也没有家政工申诉自身权益的情况，并无区别此类服务协议性质的必要。而一旦双方产生纠纷，其中又关涉家政工权益，以公法优先于私法、雇佣特别法优先于雇佣一般法的原则，上述关系应当演变为劳动关系。

再次是私人家庭与家政工之间的关系。2006年7月10日通过的《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条第（四）项规定，“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，这一解释显然武断。家庭或者个人与家政服务人员之间的借款或其他与家政服务无关的纠纷不属于劳动争议；如果纠纷是因履行服务协议而生，不论是私人家庭对家政工的服务不满意，还是履行服务协议过程中私人家庭对家政工的指挥命令不当，皆应属于劳动争议范畴。其根本原因是照料劳动一样需要尊重。实践中，部分私人家庭的老年人仍有生活自理能力或部分生活自理能力，无非是找个家务帮手，做饭、洗衣、打扫卫生这些基本的生活服务类项目，家政工的工作属于最为一般的家务劳动服务。老年人可以直接与家政工进行有关服务的沟通和交流，老年人可以直接行使相应的指挥命令权，生活不具备自理能力或无法进行意思表示的老年人则可以通过子女或其他近亲属，行使对家政工的指挥命令权。家政工按照一般的社会习惯和公司的规定提供服务。我国法律实践中几乎没有将家政工的服务行为纳入劳动法上的职业劳动范围的情况，家政工尚未成为劳动法上的劳动者。由于私人家庭本属于私的范畴，目前公力并未介入私人家庭与家政工之间社会关系的调整，尽管已经出现了家政工权益受害的情况，甚至发生了保姆杀人的案件。〔11〕多数情况下，我国现实生活中私人家庭虽然从家政公司中聘请家政工，但其与家政公司的关系中“聘”的色彩非常淡。而私人家庭与家政工之间的关系是非常密切的。一方面，家政工每天服务于私人家庭，尤其是因居家养老的部分老年人生活自理能力的限制，家政工的服务是

〔9〕王桦宇、万江：《劳务派遣法律事务操作指引》，中国法制出版社2008年版，第70页。

〔10〕参见梁萌、陈玉佩、左际平：《照料制度与家政业劳动关系——西方主流发展模式述评》，载《中国人力资源开发》2019年第5期。

〔11〕参见《杭州保姆纵火案二审宣判：驳回上诉 维持原判》，载 [https://www.sohu.com/a/233989571\\_658437](https://www.sohu.com/a/233989571_658437)，最后访问时间：2020年12月27日。

随时随地进行的；另一方面，服务对象之老年人或其子女对于家政工的服务指令也是随时随地发生的。家政公司与私人家庭之间存在着服务合同关系，而家政公司与私人家庭对家政工都有相应的指挥命令权。前者具有很强的控制性，尤其从利益角度更加具有直接的控制性；后者即私人家庭对家政工也具有相应的控制性。“家政工的劳动空间和生活空间是合一的。因此，对家政工劳动过程的监视，同时也是对其生活空间的监视。”<sup>〔12〕</sup>私人家庭与家政工之间除控制性之外，并没有直接的契约关系、经济利益关系，两者仅仅是指挥与被指挥的关系。

### 三、居家养老之家政工劳动法上劳动者人格创制

在私人家庭服伺老年人的家政工，提供的是各项家政服务和伺候老人生活方面的服务，家政工的劳动到底能否成为劳动法上劳动者的职业劳动，家政工是否具有劳动法上劳动者人格，是家政工权益保护的关键。目前，家政工与家政公司之间的关系，形式上属于劳动法上的劳动关系，而且家政工工作场所具有特殊性，家政工与家政公司以及所服务的对象之间的法律关系只有少数劳动法学者关注，观点还是倾向于家政工也是“工”，属于劳动法保护的对象。<sup>〔13〕</sup>“目前，我国并没有专门针对家政工的法律、行政法规或部门规章，仅有少量涉及家政工的条文散见于规范性文件或司法解释之中。”<sup>〔14〕</sup>在法律实践缺少相应制度依赖的背景下，学者的论述往往成为纸上谈兵。至今，我国劳动争议处理案件中几乎很少有家政工作为劳动法上劳动者获得权利救济的先例。值此社会环境之下，家政工劳动法上劳动者地位的学术论证，即使是纸上谈兵，亦应以鼓与呼的方式向实务界宣示：“家政工也是工”。其中法理层面可以从以下几个方面展开：

其一，服务业是典型的第三产业，第三产业中的劳动者皆应属于劳动法上的劳动者。笔者在2004年主编的《劳动法学》教材中提出了劳动法调整的社会关系属于产业雇佣关系。<sup>〔15〕</sup>所谓产业雇佣关系乃是雇佣关系产业化、规模化、经营化之后所产生的一类社会关系。最初，产业雇佣仅仅存在于以制造业为主的工业领域，所以，产业关系（industrial relation）在市场经济发达国家也被转换为劳动关系，尤其是指集体劳动关系，这个语境是特定的，并且产业关系还成为一个专门的研究领域，我国并无产业关系概念，而是以“劳动关系”进行表述，或者将产业称为“行业”，但不妨碍产业关系的客观存在。这种产业关系历经百年以上，早已从单纯的工业领域拓展至商业领域，目前已经遍及第三产业中的大多数领域，例如金融、保险、餐饮等产业。20世纪90年代前，零星出现的家政服务人员几乎都为私人雇佣，并没有形成产业及其经营。随着家政经营者的出现，我国近二十年来，家政业已经发展成为一个产业，《国务院办公厅关于促进家庭

〔12〕 苏熠慧：《控制与抵抗：雇主与家政工在家务劳动过程中的博弈》，载《社会》2011年第6期，第191页。

〔13〕 参见胡大武：《我国发达地区家政服务员劳动权益保障的法律思考——基于深圳市的实证分析》，载《河南政法管理干部学院学报》2011年第5—6期。

〔14〕 谢增毅：《超越雇佣合同与劳动合同规则——家政工保护的立法理念与制度建构》，载《清华法学》2012年第6期，第77页。

〔15〕 参见郑尚元主编：《劳动法学》，中国政法大学出版社2004年版，第27页。

服务业提质扩容的意见》(国办发〔2019〕30号)明确该产业需要提升质量、扩大容量,随着我国城镇化率的不断提升,大量进城务工人员需要吸纳,这些剩余劳动力中的一部分将成为家政工,而城市扩容后亦需要大量的社会服务,其中一项便是家政服务。诚如上文所述,我国在未来十年内,老龄人口将迅速提升到4亿以上,庞大的老龄人口中有相当部分需要居家养老照料,这是一个需要大量劳动力的服务产业。“现代劳工关系可以称为产业雇佣关系,市场经济发达国家一般称为产业关系(industry relation),产业雇佣关系是笔者的一种尝试性分析。现代产业关系的法律调整已经形成了特定的法律机制,既包括个别雇佣关系的法律调整,也包括团体契约的法律调整,其中团体契约涉及工会制度,甚至政治制度等因素,为了调和劳资关系,各国多建立了集体谈判制度。”<sup>[16]</sup>家政业是由千千万万个家政公司组成的经营性产业,国家已经肯定了这个经营性产业,其“经营”的过程意味着有成本和利润,意味着有工资和剩余价值,意味着存在劳动和资本,意味着劳动法调整此类社会关系的必要。“产业”亦有“行业”之称谓,国家按照行业标准确定行业分类基准,凡是经营性活动性质相同与相类似的列为同一行业。国家大的产业分类包括第一产业、第二产业和第三产业。第一产业是农业,我国农业产业化相对缓慢,只有少数的农业经营者已经具有产业登记或注册的需要,大多数农民尚未完成经营化、市场化的过渡,我国劳动法调整的产业集中于第二产业和第三产业,家政服务业是第三产业中的一个组成部分。家政业的经营需要按照相应的登记和行业准入规则进行,其雇员,也就是家政工应当是劳动法上之劳动者。

其二,家政工须逐渐成为职业人群。在家政业产生之前,私人家庭并非通过市场与家政服务人员构建服务与被服务的关系,彼此之间形成的社会关系很容易被界定在“私法”关系的层面,家政人员也无法贴上“工人”的标签。但是随着家政服务业的发展壮大,随着家政公司经营者的经营,家政工需要逐步职业化,其服务也需规范化,这些家政工将被培训上岗,家政工获取的报酬将从家政公司的收入中分成,并被贴上“工资”的标签。并非职业劳动者都是劳动法调整的社会关系的主体,比如公务员、职业军人、医师、公立教师等,但是,劳动法上劳动者一定是职业劳动者,劳动者从事的职业是其谋生的手段。《国务院办公厅关于促进家庭服务业提质扩容的意见》也在推动家政工建立工会,使其融入职业劳动人群。该《意见》确定,支持院校增设一批家政服务相关专业,支持一批家政企业举办职业教育,甚至将家政服务列为职业教育校企合作优先领域。上述精神意味着,家政工将逐步成为规范的职业人群,既为职业人群,又是工薪劳动者,却无法获得劳动法的保护,这显然违背了“要马儿跑就需要马儿吃草”的一般社会常识。家政工,域外称之为“domestic workers”,这类工作人员同样属于工人范畴,需要执行劳动基准。家政工属于职业劳动者,职业的存在便是职业风险的存在,家政工亦须相应的风险遮蔽。

其三,家政工的从属性问题。劳动法上劳动关系双方当事人之间存在着相应的从属关系,这种从属性被广泛地运用于“劳动关系的认定”上,从属性认定劳动关系之存在在工厂法时代尤其

[16] 郑尚元:《雇佣关系调整的法律分界——民法与劳动法调整雇佣类合同关系的制度与理念》,载《中国法学》2005年第3期,第84页。



显著。由于经济发展的管制与去管制，劳动力市场的管制具有弹性，近三十多年来，世界各国劳动力市场的弹性加大，从属性判断劳动关系存否的理论受到质疑。事实上，从属性作为劳动法上认定雇主与雇员之间关系的要素永远存在，如果没有从属性，劳动关系自然也就不存在了。但是，从属性的理解或从属性的内涵则大大拓展了。“扩大解释从属劳动关系理论，将原有之人格的从属性与经济的从属性，扩大为组织的从属性与技术的从属性，促使劳动契约制度贴近从属劳动关系的新现实。”<sup>〔17〕</sup>近些年来，我国平台雇佣与网络经济快速发展，使得从属性作为判断劳动关系的要素受到质疑，使得认定劳动关系与劳务关系的劳动法调整、民法调整性质上的选择出现了分歧。<sup>〔18〕</sup>目前，家政工的使用上已经出现了实体家政公司外的平台家政服务，网络技术将私人家庭与家政工嫁接在一起，隐匿了实体经营的家政公司，弱化了家政工的组织性与职业从属性。事实上，家政公司需要对家政工进行相应的职业培训，对其服务的质量进行考核，家政工需随时接受公司指令，家政工对于公司而言具有劳动法上的从属关系是显而易见的。同时，因其工作场所的特殊性，私人家庭中的当事人，即老人或其亲属对家政工皆有一定的指挥命令权，毕竟家政工的服务对象较为特殊，<sup>〔19〕</sup>自然需要与服务对象进行沟通。家政工提供的家务劳动及其他相关服务皆从属于家政公司的命令与指挥。从属性是判断劳动关系的重要因素，但不是那么绝对。“吾人不可拘泥于‘人格从属性’及‘经济从属性’之字义解释，或略劳务供给契约当事人间之实际关系。”<sup>〔20〕</sup>我国有中国特色的事业单位，也有聘用制公务员，这些双方当事人之间形成的雇佣关系并非皆可直接适用劳动法，而上述这些当事人之间仍然存在着监督指挥和命令关系，具有明显的从属性。因此，判定劳动关系与劳务关系的标准须从多维角度入手，具体到家政公司、家政工及所服务之私人家庭之间，尽管显示出上文分析之三角关系的复杂性，尽管存在家政工工作场所的特殊性，但并不能否认家政工的劳动法人格。

其四，传统家政工属于劳动法上劳动者的其他因素。判断是否存在劳动法上劳动者人格，雇佣双方之间的关系是否属于劳动关系，还有其他若干因素。在普通法领域，雇员与独立承包商（independent contractor）之间的区别就是用人单位是否有权控制对方完成工作的方式以及步骤，除此之外，还有其他因素决定两者之间的关系，其中包括契约的期限、赔偿的方式方法、其他人是否从事同样的任务等等。<sup>〔21〕</sup>家政工照料老人有特别专业的护理知识要求，看护小孩也需要专门的知识，这也是我国家政业“提质扩容”的内在需求。从法律调整的全方位观察，若家政工不属于劳动法上的劳动者，将成为民事法律主体之合同一方，将不再含有“工”的要素，那么，只剩下服务与报酬，没有职业培训，没有工资标准及其底线，没有工作时间及其他劳动基准，没有任何职业风险遮蔽（社会保险覆盖）。初期，这种情况可能属于“两厢情愿”，但是，长久来看，既不利于保护所服务家庭的权益，也无法保障家政服务人员的权益，家政服务人员将无法正名为

〔17〕 黄越钦：《劳动法新论》，中国政法大学出版社2003年版，第9页。

〔18〕 参见王天玉：《互联网平台用工的合同定性及法律适用》，载《法学》2019年第10期。

〔19〕 其实，其他服务性工作，尤其是窗口性服务工作皆需要相应的服务态度和工作的灵活性。

〔20〕 黄程贯主编：《劳动法》，新学林出版股份有限公司2014年版，第A-17页。

〔21〕 See Alvin L. Goldman, Robertto L. Corrada, *labor law in the USA*, Wolters Kluwer law and business, 2011, p. 88.

“工”。随着社会的发展以及家政业经营规模的不断扩张,一些规模较大的家政公司与家政工之间存在的仅仅是缔约前的“平等”,缔约之后便变成托大和欺辱弱者。当下,家政工大部分属于农家妹,她们文化层次较低,维权意识较差,社会歧视普遍存在,如果没有相应的社会保护,其权益的损害将更加难以想象。当然,未来或许有大学生加入家政服务队伍,她们素质高,文化层次高,维权意识强,具备搜集证据的能力,社会保护得以加强,例如将遭受所服务对象之性骚扰上升至就业歧视的高度,其获得的赔偿金额不再仅是安慰。那么,今日启动家政工劳动法保护适逢其时,因为一切皆有一个过程。

#### 四、家政工社保法之社会保护

家政工的权益维护存在相应的难度,难点在于其劳动法上劳动者之正名,但成为劳动法保护对象并非是家政工权益维护的落脚点,换言之,家政工关注的并非仅仅是个职业劳动者的名声,而是具体的权益。从接触过家政工的人,以及接受过家政工服务的家庭的角度观察,目前,家政工权益维护最重要的不是能不能拿到工资,如果拿不到工资,当事人可以用脚投票——走人,关键的问题是职业风险无法遮蔽,家政工发生疾病、伤害、年老等事故后是否能够得到社会关怀和保护,此类问题的解决才是家政工权益维护的落脚点。其实,这些权益的维护也并不复杂。试想,假如公务员们生病需要自费、发生伤害自身承受、年老之后没有退休金,这些问题是否有人假设?其他职业群体,如医生、教师如果没有上述权益,这类问题是否有人设想?曾经有一名家政人员因为雇主擦玻璃摔倒受伤,法院判断双方属于个人劳务关系,在责任分担时,竟然认定“涂某在擦窗户时摔倒受伤,其作为成年人,并且系从事家政服务的专业人员,应对其自身安全负有相应的注意义务,故其应承担主要责任”<sup>〔22〕</sup>。此等判决有待商榷,试问哪个合法劳动者不是“成年人”?又有哪个公务员执行公务发生事故后,需要拷问他或她作为专业人员应当对自身安全负有相应注意义务?显然,如果家政工有职业伤害保险(工伤保险)的覆盖,便不会出现上述毫无法理且没有任何法定依据的判决。

##### (一) 家政工属于劳动法上之非典型用工范畴

最近十多年来,国内学界开始探索家政工权益的维护问题,关键在于确立家政工劳动法上劳动者的地位,以期使家政工获得劳动法的保护。由于尚未明确家政工的劳动法主体地位,其在工作时间、休息休假、职场特别保护(如职场性骚扰干预与预防)等方面的权益损害是客观存在的。“2010年国际劳工大会第99届会议决定将‘家庭工人体面劳动’的项目列入第100届例会的议程,进行第二次讨论,以便通过一项全面的标准依赖,家庭服务员的劳动权益在全世界范围内受到特别关注。”<sup>〔23〕</sup>国际劳工组织关注家庭工人的体面劳动问题,主要体现在政策导向上的价值指引,劳动体面与否涉及众多方面,它并非一个完全准确、科学无误的硬约束,而是为家庭工人

〔22〕 胡大武:《〈劳动合同法〉家庭用人单位资格新考——以家政工人保护为中心》,载《西南民族大学学报》(人文社科版)2014年第12期,第88页。

〔23〕 黎建飞、石娟:《论我国劳动法律调整方式从一元化向多元化的转变——以家务服务员的劳动保护为视角》,载《河南财经政法大学学报》2012年第2期,第181页。

能够得到劳动法的保护提供了一种路径依赖。经济学界将就业分为正规就业与非正规就业，这种分类基本上从劳动者职业的稳定性、社会认可度、雇主经营的态势等各方面进行大类区分，并无法定的正规就业与非正规就业的界限，也没有任何绝对严谨的正规与非正规的要素判断标准。从表象上观察，一般来说，非正规就业劳动者与用人单位未签订书面劳动合同，就业人员技能低，缺少职业培训以及就业服务，岗位工作时间不确定等等。“家政工多为非正规就业，她们是中国非正规就业者中数量较大的群体之一。但是，因为城乡差异、培训缺乏、法律真空，家政工的整体素质低、劳动报酬低、职业化程度不够、社会保障不足。”〔24〕

非正规就业转换成劳动法领域使用的术语即为非典型雇佣。所谓典型雇佣乃是雇佣形态为社会主流的、劳动合同为不定期、没有特别事由不会轻易解雇的雇佣形式，换言之，岗位相对稳定、职业技能要求较高、用人单位相对规范且经营较为稳定、雇佣合同履行期限一般较长。而非典型雇佣的特征包括：雇佣期限短、岗位技能要求低、岗位不稳定、用人单位经营业态不稳定、雇佣形式多角化等。我国《劳动合同法》将“劳务派遣”列为特别规定范畴，劳务派遣被认定为非典型雇佣几乎没有异议，雇主没有工作场所、用工场所不是雇主的、三角用工关系的存在，这决定了被派遣的劳动者将受到名义雇主、实质雇主的双重监督、指挥与命令，相对于直接签订劳动合同的劳动者而言，被派遣劳动者因“两个婆婆”的存在，其弱势程度更深，存在明显的被歧视现象。〔25〕家政工属于非典型雇佣的范畴，根本决定因素不在于家政工技能较低、培训时间短、没有社会保障等表象，而在于其工作岗位的特殊性、雇佣与使用的分离。“总之，非典型劳动关系的产生和发展有其自身的环境土壤与演进规律，有着典型劳动关系所不可替代的功能和作用，其特殊的法律属性需要通过市场机制最大程度地发挥其灵活用工的功效，需要通过法律严格规制‘假派遣’等违法行为，明确劳动者的判断基准以及派遣与外包的区分基准，对不同劳动关系下的劳动者（就业者）按照使用从属性的强弱进行分层保护。”〔26〕虽然《劳务派遣暂行规定》将家政工排除出派遣劳动者的范围，但是，客观地讲，家政工恰恰是派遣劳动的典型，家政工权益的维护无法离开派遣劳动的法理。对于家政工的权益维护，家政公司作为用人单位须负担对劳动者的私法义务以及相关的公法义务，不止于给付一定的劳动报酬，还须负担家政工社会保护之公法义务。从接受服务的私人家庭角度，并不能因签订了家政服务这样形式上平等的服务合同，便存在私法不能干预的信条，对待家政工须有相应的雇主关怀义务，工作时间等劳动基准须得到相应的维护，人格尊严须得到保障。家政工若受到雇主性骚扰，应当与其他职场性骚扰一样，列为就业歧视之一类，除了依据《民法典》第1010条的规定承担民事责任（侵权损害赔偿）外，须承担相应的劳动法上的责任，如家政工因此离职应当推定为不当解雇，予以相当于经济补偿金两倍的赔偿。

## （二）居家养老服务家政工需要社保法之社会保护——各类社会保险之覆盖

《社会保险法》第95条规定：“进城务工的农村居民依照本法规定参加社会保险。”此外，该

〔24〕 马丹：《北京市家政工研究》，载《北京社会科学》2011年第2期，第64页。

〔25〕 被派遣劳动者与正规就业的劳动者存在明显的收入差距，存在解雇保护上的制度落差。

〔26〕 田思路：《劳动关系非典型化的演变及法律回应》，载《法学》2017年第6期，第147页。

法未就非全日制用工、劳务派遣工参加社会保险作出特别的规定。该条规定之后再无其他有关法律法规就农民工参加社会保险的具体实施作出过相应的规定。从社会治理精细化的层面观察,我国民生领域诸多问题皆属于上述粗线条的精神导向或原则规定的情况,并无法律实施的可能性。家政工属于农民工范畴,其农民身份尚未去除,<sup>[27]</sup>并未完成由身份向契约的社会转变。“农民工劳动权利未获应有的保护,受侵犯严重,主要体现在:因未被认定具有工人和市民的身份而与传统的城镇职工同工不同酬、同工不同时、同工不同权……”<sup>[28]</sup>家政工又是女性农民工居多,其受到的社会歧视是毋庸置疑的。在此背景下,立法确立家政工的法律地位,制定家政工参加社会保险的具体法律法规显得异常必要。如果说《民法典》的颁布使我国民事法律从立法时代步入了解释时代,立法工作已经进入了“装修时代”,那么,我国社会保险法制建设尚处于打地基的前期阶段;如果说一般的城镇职工已经有了各项社会保险,缺乏的乃是法制的保障和权利实现的依据,那么,家政工们还尚未感受到什么是社会保险,无法体会其存在的便利和福利所在。家政工是服务类职业的一种,世界上不存在没有职业风险的职业,职业灾害、疾病、年老等都是相应的职业风险。

“无论是国内还是国外,非正规就业者多以女性为主。在家政服务业,女性特征更为明显,工作内容往往反映出她们作为妻子、女儿和照护者的传统角色。”<sup>[29]</sup>家政工居家养老服务实质上就是传统社会家庭养老照料之社会化,在传统社会里,家庭养老在孝道的约束之下,照料者一般都属于晚辈,家庭地位较之被照料者为低,多数都属女性范围,精神层面、身体层面的压力只能通过自身排解。养老服务社会化之后,作为照料者,家政工须承担所有职业压力与职业风险。这些风险大体包括以下几类:

首先,家政工工作期间的患病风险。作为劳动者,不可能不生病,年轻家政工生病的次数少、时间短,年龄较大的家政工,生病的次数多、时间长,但总有部分意外生病的情形发生。目前,家政工身份上并未完成由农民向工人的职业转换,她们多数还参加的是户籍所在地的新农保,报销比例低,且外地门诊不予报销,她们在服务地的用药和一般性治疗,目前几乎全部自费。一般来说,医疗遵循所在地原则,当然需要服务所在地的医保覆盖。医疗保险是以填补医疗费用支出为目的的社会保障制度,医疗技术的高度发达推动医疗费用飞速增长,个人收入无法填补此项支出,<sup>[30]</sup>尤其对于收入较低的劳动者而言,此项保险更为必要。家政工收入较低、职业不稳定,属于非正规就业群体,从客观需要角度她们自然不能缺少服务地医保之覆盖,从权利角度,她们的服务从个体观察,仅仅服务于私人家庭,从整体观察,其服务于社会,社会理应提供其相应的社会福利给付。这些家政工参加服务地医保,能够消除她们的职业顾虑,使其一心一意为服务对象提供服务,医保保费的缴纳应当由家政公司、家政工按比例负担,服务地政府财政按

[27] 孙立平教授认为,以户籍制度为基础的城乡壁垒,事实上是将城乡两部分居民分成了两种不同的社会身份。参见李培林主编:《农民工:中国进城农民工的经济社会分析》,社会科学文献出版社2003年版,第151页。

[28] 蒋月等:《中国农民工劳动权利保护研究》,法律出版社2006年版,第11页。

[29] 胡大武:《非正规就业劳动者“易受伤害性”及其法律规制——以家政工人为考察对象》,载《社会科学战线》2011年第8期,第211页。

[30] 参见李文静:《医疗保险法律制度研究》,中国言实出版社2014年版,第46页。



比例补贴医保保费，三方共同负担家政工的医保保费，将家政工纳入服务所在地的医疗保险体系。

其次，家政工从事居家养老服务是家政服务之一类，凡是职业都有职业伤害，也就是所谓的工伤，不论是一般的家务劳动，还是专门照料老人的生活起居，家政工都有可能发生相应的身体伤害事故。轻微伤通过治疗能够很快康复，并没有任何后遗症和伤残问题；而极少数伤害可能导致较高的医疗费用，通过治疗仍可能造成身体伤残和劳动能力的下降，虽然这种职业伤害的事故风险概率没有采掘、建筑、交通运输、冶金、机械制造等行业高，但总是存在相应的职业风险。一些相关的工伤认定申请的案件表明，即使是教师工作岗位都有风险，如工作过劳。家政工参加工伤保险并无任何制度障碍，工伤保险实行属地原则，即参加工作地的保险，而且，该类社会保险险种实行雇主缴费原则，无须个人负担费用，家政公司应当为家政工缴纳社会保险。“如果将家政服务作为一种职业，那么对发生在家政服务中的伤害事故仍然按照侵权来予以救济，既不符合现代社会工伤保险制度的意涵，也不利于对家政工和雇主的利益的保护，进而阻碍家政服务作为一项职业的发展。”<sup>〔31〕</sup>家政服务业已经被确定为国家第三产业序列之一，作为服务业的一种，其产业经营自然存在利润空间，如果一个产业没有利润，只是亏损，那么这个产业将很快消失，家政服务业属于劳动密集型产业，它的利润不可能太高，但不至于无法赢利，即使所有社会保险费都负担也没有任何问题。市场经济发达国家和地区的非典型雇佣人员皆有社会保险覆盖，证明这些非正规就业人员一样能够参加社会保险。<sup>〔32〕</sup>

最后，家政工从事养老服务，自己会不会老？答案是肯定的。任何人皆会变老，皆有养老之期待。目前，家政工多数都是年轻女性劳动者，她们形式上是“吃青春饭”的劳动者。事实上，所谓的“吃青春饭”是指青年时期的收入足以应付未来老年支出之职业类型，类似职业运动员、职业演员等等具有“明星”效应之职业类型，他们几年的收入或十几年的收入即可应付以后几十年的支出。世界范围内，养老保险缴费的基本原则，不仅设置了最低工资缴纳保费的最低基数标准，同时，对收入过高者，法律限定了最高缴费基数标准，以限定部分人群在标准之外享有相应的给付。因此，部分劳动者可能没有参加养老保险，或者参加养老保险但因给付标准与自己预期存在较大差距而对之不予关注，但这些“吃青春饭”者毕竟是少数。家政工不属于此类职业者，他们工作时虽然年轻，但工资较低，晚年没有收入保障生活将难以为继。<sup>〔33〕</sup>一部分家政工随着国家城镇化率的不断提高，随着自身服务城市时间的拉长，将永远无法回到农村，而且也不愿回到农村。她们年老之后，留在城市却没有相应的养老金，晚年毫无经济保障，其早年曾经为这个

〔31〕 宓明君：《家政工人权利保护的多元制度模式构想》，载《西南民族大学学报》（人文社科版）2011年第5期。

〔32〕 需要说明的是，我国现行社会保险费率过高，且费基实行用人单位工资总额制，一般来讲，社会保险缴费都是以本人工资作为缴费基数予以缴纳。各类保险加在一起，也不可能超过本人工资的20%。目前，我国社会保险项目中，仅养老保险，用人单位缴费比例就达到工资总额的14%~20%，缴费比例过高。所以，用人单位就在缴费基数上做文章，一些中小型企业将工资作成了“最低工资”。

〔33〕 美国劳工部、女工局曾就女性家政服务人员参加老年保险作过专门的报告，该报告称家政工老年之后需要相应的保险给付，以保障晚年的经济安全。See United States Department of Labor, L. B. Schwellenbach, Secretary, Women's Bureau, Frieda S. Miller, Director, Old Age Insurance for Household Workers, Bulletin of the Women's Bureau No. 220, United States Government Printing Office Washington, 1947.

城市提供的社会服务及社会贡献被彻底遗忘。目前,城镇一般职业群体缴费年限累计达到 15 年(180 个月缴费记录),即可获得未来请领养老金的请求权,依法主张养老金。家政工从 20 岁左右开始工作,即使属于非正规就业,即使无法保证连续就业,但累计缴费达到 15 年是没有时间上的问题的,所缺失的乃是法律制度的依赖,只要法律制度作出明确的规定,当事人可能短期内的收入略有下降,但是对于未来的期待能够得到保障,职业安定有所依托,没有任何人会嫌弃社保。现实生活中,家政工干的“工”的活,却没有“工”的待遇。笔者认为,从家政业“提质扩容”角度,从家政工职业规范化角度,从国家城镇化导向角度,从提升国民素质角度,将家政工纳入社会保险覆盖范围,增加对她们的社会保护的厚度,无疑得益的是城市、整个社会,得益的绝不仅仅是家政工群体。

---

**Abstract:** With the increase of population aging trend, the home-based care for the aged needs a lot of labor in near future. Domestic services have been identified as industry sequence. The state promotes the quality and expansion of domestic service industry in an all-round way. The largest proportion is domestic workers in the domestic service, and it is the expectation of social service for aged in the future to rectify the name and professional norms of domestic workers. The correct name of domestic workers is to clarify the professional identity of these domestic service personnel, so that they can become workers in labor law and get corresponding protection, and obtain due social insurance rights and interests.

**Key Words:** domestic worker, home care, labor law, social insurance

---

(责任编辑:朱晓峰 赵建蕊)