

劳动者兼职自由的保护与合理限制

战东升*

摘要:近年来,随着数字经济和信息通信技术的不断发展,涌现出大量新型的就业形态,全日制劳动者从事兼职的现象愈发普遍。尽管我国现行劳动法并不禁止劳动者兼职,但是劳动者的兼职行为仍然受到用人单位的诸多约束,司法实践亦对劳动者兼职自由进行不合理限制,原因在于立法和理论未能为劳动者兼职权利的实现提供有效支撑。从域外经验、法理基础和独特价值来看,劳动者兼职自由应为劳动者的一项重要权利。在兼职自由模式下,如果劳动者与兼职单位建立双重或者多重劳动关系,则应将其纳入非典型劳动关系予以保护,并对兼职劳动的工作时间、工伤保险、失业保险等劳动者保护性规则进行重构,以达到更好保障劳动者兼职权益之目的。同时,为了平衡劳动者与用人单位之间的利益,基于劳动者的忠实义务,有必要对劳动者兼职的事由、程序、责任进行合理限制。

关键词: 兼职 职业选择自由 非典型劳动关系 社会保险 合理限制

一、问题的提出

近年来,随着数字经济和信息通信技术的不断发展,涌现出大量新型的就业形态与工作模式,很多劳动者下班时间选择做兼职。^① 相关调研数据显示,2021年,51.85%的职场人拥有副业,相比2011年增长33.1%;其中,“增加收入来源”是人们开展副业的最主要原因,这一人群占

* 西南政法大学经济法学院教授、博士后研究人员

基金项目:司法部法治建设与法学理论研究部级科研项目(21SFB2023)

^① 作为本文研究对象之兼职,是指全日制劳动者的兼职,不包括非全日制劳动者的兼职。在此前提下,全日制劳动者的兼职又可细分为两种类型:(1)在与本单位保留劳动关系的同时,与其他用人单位建立双重或者多重劳动关系;(2)在与本单位保留劳动关系的同时,利用业余时间发展副业而未与其他用人单位建立劳动关系。由于后者所产生之劳动法上的问题较少,故本文将前者作为研究重点。同时,为了行文方便,本文会使用如“副业”“多数就业”等概念,其含义与兼职没有本质上的不同。此外,《中华人民共和国劳动合同法》第69条第2款明确规定非全日制用工劳动者享有兼职的权利,即“从事非全日制用工的劳动者可以与一个或者一个以上用人单位订立劳动合同;但是,后订立的劳动合同不得影响先订立的劳动合同的履行”。

比为59.03%;其次是“增加安全感,以防失业”(21.06%)、“发展兴趣爱好”(12.27%),等等。^① 美团发布的《2020上半年骑手就业报告》显示,通过美团获得收入的骑手总数达295.2万人,其中近4成骑手有其他职业,包括律师、金融从业者、软件工程师等群体。^② 以往非全日制劳动者从事兼职的现象较为常见,但是近年来全日制劳动者与其他单位建立双重或多重劳动关系的现象也越来越普遍。从立法层面而言,目前我国劳动法虽然没有明确规定全日制劳动者享有兼职权利,但是也并不禁止劳动者的兼职行为。^③ 为了防止劳动者兼职可能对本职单位的利益造成不良影响,《中华人民共和国劳动合同法》(以下简称《劳动合同法》)第39条第4项、第91条等条文对全日制劳动者兼职行为的不利后果有所规定。

实践中,全日制劳动者的兼职行为受到诸多约束。用人单位为保护自身利益,往往通过劳动合同或规章制度明确禁止或限制劳动者的兼职行为,如要求劳动者从事兼职要事先经过批准,如果劳动者违反规定兼职,可能导致“主业”不保。^④ 但是,随着新就业形态的发展以及劳动力就业市场的变化等,特别是在近年来国家出台一系列支持和鼓励兼职创新创业政策文件的背景下,^⑤ 当前的劳动者兼职法律规制模式是否具有正当性和合理性,值得我们进行深入研究。申言之,用人单位能否在规章制度中一律禁止或全面限制全日制劳动者兼职? 兼职能否成为全日制劳动者的一种权利? 劳动者的兼职权利应受到什么样的限制? 在兼职劳动过程中如何实现劳动者权益与雇主利益的平衡? 在兼职自由模式下如何更好地保护兼职劳动者的合法权益? 为了回答上述问题,笔者拟通过对司法实践中劳动者兼职受到不合理限制的现状与成因进行考察分析,并对劳动者的兼职权利及其合理限制加以论证,重构兼职自由模式下劳动者保护性规则,以期为我国劳动者兼职规制的理论和立法完善以及更好保障劳动者的兼职权益提供有益参考。

二、我国司法实践对劳动者兼职的不合理限制

(一)司法现状:禁止或限制兼职条款的形式审查

我国劳动法没有禁止全日制劳动者兼职,根据“法无禁止即可为”的法理,劳动者原则上可以与本单位以外的其他用人单位建立双重或多重劳动关系。但是,实践中本单位往往将禁止或限制兼职的相关条款写入规章制度或者劳动合同之中,以此达到禁止或限制劳动者兼职的目的,比较典型的表述是“一律禁止劳动者在外兼职”“未经单位批准不得在外兼职”(以下简称“禁止或限制兼职条款”)等。并且,为了树立条款的权威性,劳动者一旦违反,轻则会被处以罚款,重

^① 参见沈春来:《年轻人有个副业不香吗》,《京江晚报》2022年3月24日。

^② 参见李心萍:《副业也有大能量》,《人民日报》2021年1月8日。

^③ 参见最高人民法院民事审判第一庭:《劳动争议案件审判指导》,法律出版社2018年版,第479页;薛长礼:《多重劳动用工关系的法理与法律规制》,《中国劳动关系学院学报》2020年第4期;蒋雨露:《“互联网+时代”多重劳动关系的法律应对》,《社会科学战线》2021年第10期。

^④ 参见郑理:《“斜杠青年”被原单位开除为何上了热搜》,《工人日报》2022年11月18日。

^⑤ 这些文件主要包括:中共中央办公厅和国务院办公厅《关于实行以增加知识价值为导向分配政策的若干意见》(厅字〔2016〕35号)、人力资源和社会保障部《关于支持和鼓励事业单位专业技术人员创新创业的指导意见》(人社部规〔2017〕4号)、国家发展和改革委员会等13部门《关于支持新业态新模式健康发展 激活消费市场带动扩大就业的意见》(发改高技〔2020〕1157号)。

则还可能被单位开除。值得注意的是,此种禁止或限制劳动者兼职自由的方式通常能够得到人民法院的支持。由此可见,我国司法对劳动者兼职持消极态度,劳动者的兼职权利实际上受到了较大的限制。

例如,在浙江省杭州市中级人民法院审理的一起劳动争议案件中,^①人民法院基于以下事实作出判决:(1)用人单位制定的《奖惩管理办法》中规定,员工兼职或未经许可兼营与本公司同类业务,经查属实者,视为严重违反公司规章或纪律,得予以解除劳动关系;(2)用人单位有证据证明劳动者在其他用人单位兼职相关人力资源管理工作,虽然劳动者主张其未进行兼职,但无法提供有力证据予以证明。最终人民法院认为劳动者存在兼职行为,违反了用人单位《奖惩管理办法》的相关规定,故用人单位解除劳动合同的行为合法,而且无须支付经济补偿金。2022年北京市第三中级人民法院也审理过类似劳动争议案件,^②并基于以下事实作出判决:(1)用人单位提供的《员工手册》和《劳动合同书》中都有明确的禁业性条款,即劳动者未经许可不得于劳动关系存续期间在其他单位做有酬兼职;(2)劳动者在其他用人单位从事保险销售工作;(3)虽然劳动者主张其未进行兼职,只是帮助朋友收取佣金后返还,但没有提供有力的证据证明。人民法院认为:“用人单位与劳动者应当按照劳动合同的约定,全面履行各自的义务。劳动者存在严重违反用人单位规章制度情形的,用人单位可以解除劳动合同。”^③最终,人民法院以劳动者兼职违反劳动合同和用人单位规章制度中的禁止兼职规定而认定用人单位解除劳动合同合法并驳回劳动者的相关诉讼请求。

结合上述两个典型案例可知:(1)在司法实践中,“禁止或限制兼职条款”通常会被认定为有效。这是因为,人民法院对用人单位规章制度的审查多是一种形式审查,仅审查判断劳动者对规章制度的内容是否知情、同意,以及规章制度制定程序是否民主合法,若兼职劳动者无法举证证明自己对于规章制度内容并不知情或者规章制度的制定程序存在瑕疵,则人民法院通常会认可“禁止或限制兼职条款”的效力。对此,有人民法院就明确表示:“员工手册规定劳动者未经许可可为任何其他公司工作、从事第二职业者的行为属严重违反公司规章制度,上述内容并不违反法律、行政法规的相关规定,属合法有效”。^④且有人民法院进一步指出:“用人单位在劳动合同或规章制度中规定不得‘兼职’的本意,是希望员工在自己的工作职责范围内提供劳动,以求员工最大限度地为单位创造利润,而不希望员工利用公司资源、工作之便,从事兼职工作。”^⑤总之,鲜有人民法院会考虑到“禁止或限制兼职条款”本身的合理性,并进行实质审查,如其是否严重限制了劳动者的职业选择自由(兼职自由)或者严重侵害了劳动者的私生活自由,等等。(2)作为劳动者违反兼职约定的后果,用人单位通常会选择解除与劳动者之间的劳动合同,人民法院也一般予以认可。申言之,如果用人单位的规章制度禁止或限制兼职,那么劳动者一旦违反,用人单位就可依据《劳动合同法》第39条第2项和第4项的规定,行使单方解除劳动合同的权利,人民法院对此往往只进行形式审查并予以认可。而只在少数案例中人民法院会对劳动者兼职是否属于严重

^① 参见浙江省杭州市中级人民法院(2014)浙杭民终字第1926号民事判决书。

^② 参见北京市第三中级人民法院(2022)京03民终4787号民事判决书。

^③ 北京市第三中级人民法院(2022)京03民终4787号民事判决书。

^④ 北京市第三中级人民法院(2021)京03民终18366号民事判决书。

^⑤ 上海市第一中级人民法院(2018)沪01民终5975号民事判决书。

违反用人单位规章制度,或者是否严重影响其本职工作,抑或是否存在用人单位提出后拒不改正的情况进行实质审查。例如,有人民法院认为,即使劳动者存在兼职行为,但只要用人单位未举证证明劳动者兼职行为影响其在用人单位的正常工作或者给用人单位造成了经营管理上的不利影响,用人单位解除与劳动者的劳动合同就不具有合理性。^①但是,在司法实践中此种对劳动者兼职情况进行实质审查的案件并不多见。

综上所述,在我国司法实践中,一方面,大多数人民法院允许用人单位在规章制度或劳动合同中对劳动者兼职行为进行禁止或者限制,较少对这一做法的合法性和合理性进行审查,整体上对“禁止或限制兼职条款”持肯定态度;另一方面,如果劳动者存在兼职行为,很多人民法院会以劳动者违反用人单位规章制度为由,确认用人单位享有单方解除劳动合同的权利。然而,不区分事由,一律禁止或限制劳动者兼职且对兼职劳动者直接解除劳动合同的做法,无论是从实体层面还是从程序层面看,都构成对劳动者兼职自由的不合理限制,其正当性和合理性值得反思。

(二)成因分析:立法和理论未能提供有效支撑

笔者认为,造成我国上述司法现状的原因主要有二:一是我国法律法规没有明文规定劳动者的兼职权利,导致司法机关对此无法形成正确和统一的认识;二是学术界对兼职能否成为劳动者的一项权利尚未达成共识,无法为司法实践提供有效的理论支撑。

1.立法上未明确规定劳动者的兼职权利。目前,《劳动合同法》第39条第4项和第91条对劳动者的兼职行为作出了相关规定:第39条第4项将兼职与严重违反用人单位规章制度、严重失职等劳动者过错情形等同,一并视作用人单位可以行使单方解除劳动合同权利的法定情形;第91条则规定兼职单位若雇用与其他单位仍存在劳动关系的劳动者,致使其他单位产生损失的,兼职单位和劳动者需要承担连带赔偿责任。对此,有学者认为,目前兼职劳动关系在法律上得不到有效救济,由此可以看出,我国的劳动法律虽然不禁止劳动者兼职,但是也不提倡和支持劳动者兼职。^②现行法律法规对劳动者兼职的这一消极态度,直接导致人民法院对用人单位通过规章制度或者劳动合同禁止或限制劳动者兼职权利的做法予以认可。人民法院更偏向于尊重双方的约定,认为双方之间是一种平等关系,而忽略双方之间存在的从属性,因此无法对禁止或者限制劳动者兼职的条款做出合理判断。概言之,司法实践中,人民法院的判决结果通常是保障建立正式劳动关系之本职单位的权利,最终只由兼职劳动者以及兼职单位承担不利的法律后果。

2.学术界对兼职能否成为劳动者权利未达成共识。我国传统的一重劳动关系理论认为,一个劳动者对应一个用人单位,劳动者在同一时间段内只能拥有一个劳动关系,该理论为众多劳动法学者所支持。^③基于此,劳动者只能与一家用人单位建立劳动关系,亦即否定了兼职的可能性,劳动者不享有兼职的权利。换言之,该理论将劳动者未经本职单位允许而不与兼职单位建立劳动关系视为劳动者的一项义务,不履行义务则需要承担不利后果。同时,支持该理论的部分学者还认为,双重劳动关系涉嫌违法,可能会危及集体和国家利益,破坏劳动权利与义务的统一性。

^① 参见江西省南昌市中级人民法院(2021)赣01民终58号民事判决书。

^② 参见问清泓:《多重劳动关系合法性考辩》,《决策与信息》2021年第9期。

^③ 参见黎建飞:《劳动与社会保障法教程》,中国人民大学出版社2007年版,第225页;王全兴:《劳动法》,法律出版社2008年第3版,第177页。

究其原因在于,若允许一些掌握技术或机密的员工兼职,则可能违反竞业限制或者泄露商业秘密。^①

与之相对,部分学者支持双重或多重劳动关系理论。他们认为一重劳动关系理论成立的基础是建立在工业化社会时期的劳动用工形式上,即劳动者只能在用人单位提供的工作场所进行劳动,劳动过程被牢牢控制和严密监控,其很难有兼职的客观可能。然而,知识经济时代和互联网时代的到来大大解放了劳动力,企业数字化转型解除了工作时间和场所的束缚,劳动者的工作方式也更加灵活化和多样化,不再局限于体力劳动,一部分劳动者即有机会在不影响其本职工作的前提下进行兼职或发展副业。^②是故,坚持劳动关系单一性的立场不仅与劳动力通过市场配置的原则不符,难以适应劳动市场的复杂化和多样化,也与基本劳动权利保护的某些理念难以统一。^③因此,在双重或多重劳动关系理论下,劳动者享有兼职的权利并且受法律保护。

学术界对劳动者是否享有兼职权利未达成共识,这一情况也影响到司法实践,各级人民法院的法官对劳动者是否享有兼职权利也未形成统一的裁判观点。但是,因我国司法实践受传统一重劳动关系理论影响较大,故在用人单位禁止或限制劳动者兼职时,人民法院往往会予以认可。

三、劳动者兼职自由的实践与理论证成

(一)域外经验

俄罗斯劳动立法清晰地表明兼职是劳动者的一项权利。《俄罗斯联邦劳动法典》第282条规定:“兼职是指员工在主要工作之余按照劳动合同条件完成其他定期有偿的工作。允许与不限数量的雇主签订兼职工作劳动合同,联邦法另有规定的除外。员工既可以在其主要工作地也可以在其他单位履行兼职工作。”^④由此可见,俄罗斯劳动立法明确赋予劳动者进行兼职的权利。在德国,法律虽然没有对劳动者的兼职自由作出明确规定,但是理论界与实务界普遍认为兼职是劳动者的自由,属于《德国基本法》所规定的职业选择自由权的范畴。^⑤

在日本,长期以来很多公司都禁止劳动者从事兼职,但是判例法始终认为从事兼职原则上是劳动者的自由,只有例外情形下才可以禁止。早在2005年,日本厚生劳动省发布的《关于今后劳动合同法制研究会报告书》指出:“对于如何利用工作时间以外的时间基本上是劳动者的自由。鉴于劳动者有职业选择的自由,以及近年来作为多种工作方式之一从事兼职的劳动者也在不断增加等情况,故关于禁止劳动者兼职或采许可制的就业规则的规定和个别合意,除有不得已的事由外,应当无效”。^⑥2017年3月,在日本政府公布的《工作方式改革法案》中,“副业、兼职”作为“灵活工作方式的环境整備”事项被正式提出。受此影响,2018年1月,日本厚生劳动省修订了就业规则(规章制度)的参考文本。之前的参考文本禁止员工从事兼职,但新的参考文本允许员

① 参见邵芬:《双重劳动关系探源及其思考》,《法学评论》2001年第1期。

② 参见蒋雨露:《“互联网+时代”多重劳动关系的法律应对》,《社会科学战线》2021年第10期。

③ 参见蒋月:《论兼职劳动关系的劳动法律规制》,《福建政法管理干部学院学报》2007年第3期。

④ 《俄罗斯联邦劳动法典》,蒋璐宇译,北京大学出版社2009年版,第164页。

⑤ 参见[德]W.杜茨:《劳动法》,张国文译,法律出版社2005年版,第56页。

⑥ 厚生労働省「今後の労働契約法制の在り方に関する研究会報告書」(平成十七年九月十五日),<https://www.mhlw.go.jp/shingi/2005/09/s0915-4.html>, 2023-05-28。

工从事兼职,即劳动者可以在工作时间以外从事其他公司的业务。与此同时,2018年1月,日本厚生劳动省公布的《关于促进副业、兼职的指南》明确指出,企业原则上应允许劳动者从事副业或兼职。^①

2019年6月20日,欧洲议会和理事会发布了《欧盟关于透明和可预测工作条件的第2019/1152号指令》(以下简称《工作条件指令》),旨在更好地巩固欧盟范围内各国劳动者的基本权利,并加强实施欧洲社会权利支柱的各项原则。根据该指令,欧盟成员国应在2022年8月1日前将该指令转化为国家法律。其中,《工作条件指令》第9条规定:“成员国应确保雇主既禁止雇员在与该雇主确定的工作时间之外受雇于其他雇主,也不使雇员因此受到不利待遇”。^②2022年6月,荷兰通过了《实施欧盟关于透明和可预测工作条件指令的法案》,其中规定禁止或以其他方式限制雇员在正常工作时间以外从事兼职活动的条款无效,除非能以客观理由为依据。^③

(二)法理基础

域外国家或地区几乎都承认兼职是劳动者的一项重要权利,其法理依据主要表现在如下两个方面。

1. 职业选择的自由。职业选择的自由是指个体可以根据自身条件,选择其所愿从事的职业的自由。^④《世界人权宣言》第23条第1项规定:“人人有权工作、自由选择职业、享受公正和合适的工作条件并享受免于失业的保障。”《经济、社会及文化权利国际公约》第6条第1款规定:“本盟约缔约国确认人人有工作之权利,包括人人应有机会凭本人自由选择或接受之工作谋生之权利,并将采取适当步骤保障之。”可以看出,职业选择的自由是一项基本人权,不仅有助于保障劳动者的生存利益,也有利于维护“人的自由与尊严”这一具有至上性的社会共同价值。^⑤一般而言,“职业自由的基本权利并不规定一个人只能从事一个职业。它也保护从事几个职业和行业的行为”。^⑥

《德国基本法》第12条明确规定:“所有德国人均有自由选择其职业、工作地点及训练地点之权利。”《日本国宪法》第22条第1款规定:“在不违反公共福利的范围内,任何人都有居住、迁移以及职业选择的自由”,第27条则规定国民享有劳动之权利与义务。日本宪法未将职业选择与劳动权规定在一起,而是与居住、迁移规定在一起,表明其认为职业选择是一种自由,不得随意被

^① 濱口桂一郎「副業・兼業に関する労働政策の展開」, https://www.jil.go.jp/event/ro_forum/20220125/houkoku/01_kenkyu.html, 2023-05-28 参照。

^② Directive (EU) 2019/1152 of the European Parliament and of the Council of 20 June 2019 on Transparent and Predictable Working Conditions in the European Union, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32019L1152>, 2023-05-28。

^③ 参见苏伊伟:《欧盟多国关于〈工作条件指令〉的转化与适用》, <https://www.51ldb.com/shsldb/wq/content/0182d2abcb30c0010000df844d7e124a.html>, 2023-05-28。

^④ 参见[日]阿部照哉、[日]池田政章、[日]初宿正典等:《宪法(下册)——基本人权篇》,周宗宪译,中国政法大学出版社2006年版,第206页。

^⑤ 参见胡玉浪:《海峡两岸职业自由权制度比较研究》,《福建警察学院学报》2013年第2期。

^⑥ [德]罗尔夫·施托贝尔:《经济宪法与经济行政法》,谢立斌译,商务印书馆2008年版,第167页。

侵犯。^①在日本,劳动者兼职的自由作为职业选择自由的具体表现已经得到广泛认可。^②

《中华人民共和国劳动法》第3条明确规定:“劳动者享有平等就业和选择职业的权利。”《中华人民共和国就业促进法》第3条规定:“劳动者依法享有平等就业和自主择业的权利。”也就是说,劳动者享有自由选择职业的权利,有权选择符合自身意愿、素质、能力、兴趣爱好的职业。自由择业权是劳动者个人劳动权利的体现,既可以帮助劳动者充分展现自身的才能,也有助于促进生产力的发展和社会进步。因此,在我国劳动立法明确赋予劳动者享有自由择业权的情形下,劳动者原则上应享有兼职自由的权利。

2. 工作时间之外的自由。19世纪60年代,国际劳工运动发起了一场关于工作时间的斗争,在1866年的日内瓦代表大会上,“8小时工作,8小时自己支配,8小时休息”的口号被首次提出,呼吁各国尽快进行立法。其中,劳动者自己支配的8小时内的行为自由不应受到限制,即工作时间以外的时间是劳动者的私人时间,员工可以自由利用。劳动者可以选择在自身支配的8小时进行劳动,这是对自己时间的处分,不应受到干涉;而兼职是劳动者利用业余时间从事的职业,是私人行为,故本单位无权对此进行干涉。对本单位而言,其购买的只是一定量的劳动力的使用价值,也就是劳动合同约定的支付工资的时间,即正常的工作时间和合法的加班时间,法律不应支持其对劳动力使用价值的超值获取。如此一来,本单位对劳动力的使用权应当限定在法定和约定的工作时间之内。因此,劳动者在不影响本单位利益的前提下有权自由支配其剩余的劳动时间。当劳动者与兼职单位达成用工合意后,只要不与本单位在工作时间上发生冲突,不侵害本单位的正当商业利益,劳动法就应当对兼职劳动予以承认和保护。^③

总之,劳动者在正常工作时间之外兼职原则上是劳动者的自由,本单位只有在拥有正当理由的情况下才可以禁止或限制劳动者的兼职。在美国,公司不能无理由地限制员工的兼职活动,劳动者有权在合理范围内自由选择兼职工作;劳动者在不影响本职工作的情况下,有权支配自己的时间,包括从事兼职工作;只有当兼职工作对公司的业务造成实质性的负面影响时,公司才能合法地限制劳动者的兼职活动。换言之,除非兼职工作会对公司的业务产生重大影响,否则劳动者有权管理自己本职工作以外的时间并自由选择兼职工作。这一观点在劳动争议中得到广泛认可,并成为美国劳动法实践中的一项重要原则。^④

(三)独特价值

对我国劳动者兼职自由的保护,除了上述理由之外,还基于其独特的价值。

1. 有利于促进就业和人才流动,充分发挥劳动力价值。2015年,国际劳工组织提出“非标准就业”的概念,即不同于标准就业的、更加灵活的就业形式,其中就包括兼职。^⑤相关统计数据显

^① 参见张学慧、谭红、游文丽:《论选择职业自由》,《同济大学学报》(社会科学版)2008年第6期。

^② 参见[日]中洼裕也、[日]野田进:《劳动法的世界》,田思路、龚敏、邹庭云译,商务印书馆2022年第13版,第407页。

^③ 参见蒋雨露:《“互联网+时代”多重劳动关系的法律应对》,《社会科学战线》2021年第10期。

^④ See Carlton J. Snow & Elliott M. Abramson, *By the Light of Dual Employment: Standards for Employer Regulation of Moonlighting*, 55(4) *Indiana Law Journal*, 602-603(1980).

^⑤ 参见国际劳工组织:《2015年世界就业和社会展望——工作性质的不断变化》,中国财政经济出版社组织翻译,中国财政经济出版社2016年版,第30~31页。

示,2016年欧盟28个成员国兼职就业的比重为19.5%。^①值得注意的是,近些年我国新就业形态规模增长迅速,具有显著的“非标准性”“兼职工作便利化”等特征,将拥有正式工作的人也拉入从事兼职工作的范畴。^②当前,兼职是促进就业的重要方式,可以充分利用劳动者的空闲时间,发挥劳动力的社会价值,促进人才向不同领域流动。2017年,人力资源和社会保障部出台的政策文件也体现了这一思路,其指出支持和鼓励事业单位专业技术人员兼职,是鼓励事业单位专业技术人员合理利用时间激发和释放创新创业的重要举措,有利于推动创新成果向产业和现实生产力转化。^③

2. 有利于兼职单位降低成本,提高生产效率。针对某些特定的工作任务,如临时性、非主营业务的工作,兼职劳动者可能比全职劳动者更具优势:兼职劳动者通常按时或按任务数量接受兼职单位雇用,在工作分配与报酬给付方面更加灵活;兼职单位无须为兼职劳动者提供长期、固定的工作地点与工作设备,一套办公设施可以提供给多个不同时间段的兼职劳动者使用,有利于降低成本。如前所述,目前我国大量的职场人从事兼职,这也意味着兼职使得兼职单位拥有了全职劳动者以外的另一个庞大的人力资源市场,相比过去有了更多的选择,可以雇用更加适合自身业务的劳动者,提高企业的生产效率。

3. 有利于满足劳动者物质和精神的双重需求。兼职可以增加劳动者收入,缓解生活压力。我国市场经济发展迅速,但随之而来的是经济压力的增大,不少劳动者面临着巨大的生活压力。随着新业态经济的发展,不少劳动者选择兼职送外卖、开网约车、从事微商等来缓解经济压力。兼职还可以满足劳动者实现自我价值的精神需要,促进劳动者全面发展。一些拥有全日制工作的劳动者具有较高的知识文化水平、丰富的工作经验和社会资源,其就业观念和思想意识更加先进,不再单一地追求物质利益而是追求工作的自由和自我价值的实现,对本职工作现状的不满以及对发挥个人价值的追求促使他们选择兼职。^④

4. 有利于提高劳动者的抗失业风险能力,稳定就业秩序。就业形势易受公共卫生事件、金融危机等突发事件的冲击。《“十四五”就业促进规划》提出要及时制定完善应对重大公共安全、卫生等事件的稳就业预案,切实做好失业保障。兼职自由能够有效降低全日制劳动者的失业风险,助推就业回暖,稳定就业秩序。人力资源和社会保障部在相关文件中提到,为贯彻国家关于稳就业、保居民就业决策部署,支持人力资源服务机构开发适应就业多样化需求的灵活就业平台,广泛发布短工、零工、兼职及自由职业等各类需求信息,拓宽就业渠道,为劳动者居家就业、远程办公、兼职就业创造条件。^⑤

5. 有利于加强对兼职劳动者权益的保护。如前所述,我国劳动法虽未禁止劳动者从事兼职

^① 参见方伟:《关注灵活就业大学生群体》,《中国青年报》2021年10月18日。

^② 参见《灵活就业新形态:新特征、新挑战、新应对——灵活就业新形态专家观点集锦》,《中国就业》2021年第6期。

^③ 参见人力资源和社会保障部《关于支持和鼓励事业单位专业技术人员创新创业的指导意见》(人社部规〔2017〕4号)

^④ 参见何勤、杨宜勇、程雅馨等:《共享经济下平台型灵活就业劳动者就业选择影响因素差异研究——以“微工网”为案例》,《宏观经济研究》2019年第8期。

^⑤ 参见《人力资源和社会保障部办公厅〈关于开展人力资源服务机构稳就业促就业行动的通知〉》(人社厅函〔2022〕105号)。

劳动,但实践中用人单位往往利用其在劳动关系中的优势地位,通过规章制度或劳动合同相关条款达到禁止或限制劳动者兼职的目的。由于劳动者在劳动关系中通常处于弱势地位,为了保住自己的工作,往往不得不选择接受这一限制,这实际上是用人单位利用其优势地位对劳动者自由择业权的一种限制。在用人单位禁止或限制兼职的情形下,劳动者出于各种原因仍可能在私下从事兼职工作,一旦被用人单位发现,将面临被解除劳动合同的风险。除此之外,劳动者的兼职行为常常被认定为劳务行为,有关劳动报酬、工作时间、工伤认定等事项不受劳动法的调整,发生纠纷后也只能通过民事法律程序解决。^① 将兼职明确为劳动者的一项重要权利可以矫正劳动者的弱势地位,为劳动者的合法权益提供更加全面的保障。

四、兼职自由模式下劳动者保护性规则的重构

(一) 纳入非典型劳动关系予以保护

在劳动者兼职自由模式下,劳动者与兼职单位所形成的法律关系的性质应如何进行认定?按照本文对兼职及其类型的界定和区分,如果劳动者与兼职单位建立双重或者多重劳动关系,则应当按非典型劳动关系进行处理,给予兼职劳动者劳动法上的保护。兼职劳动在《国际劳工组织第175号公约》中被称为部分工时工作,是在向“后工业社会”转型中,随着信息社会和知识经济发展而衍生出来的一种灵活用工方式。^② 对利用业余时间从事副业而未与对应用人单位建立劳动关系的兼职劳动者,往往通过委托合同或承揽合同的方式进行独立兼职,其虽可以对工作时间、场所进行自由选择,也可以拒绝不称心的工作,但个人承担的风险相对较大,原则上应作为民法上的劳务关系来处理,这类兼职劳动者不受劳动法保护。但是,如果依据劳动关系的客观事实认定原则^③能够认定此类劳动者与兼职单位之间具有从属性而存在劳动关系,则双方之间亦应作为非典型劳动关系受到劳动法上的保护。^④

(二) 合并计算并自主申报工作时间

当前,我国劳动法律规范只规定了单一劳动关系下的最高工时标准,即劳动者的标准工作时间上限为202.64小时/月。^⑤ 那么在双重或多重劳动用工关系下,劳动者的工作时间是合并计算还是分开计算?是否可以突破202.64小时/月?从法理和比较法的角度来看,劳动者的休息权是域外各国宪法普遍规定的基本权利,既是一项基本人权,也是社会文明进步的象征。由于兼职本身也是一种劳动,为了确保劳动者工作与生活的平衡,同时考虑到劳动者的身心健康,其工作时间也应当受到劳动基准法的规制。有学者指出,虽然原则上应允许劳动者从事多个时间上互不冲突的工作,但劳动者总的工作时间不应过多超出法定工作时间,否则除第一个劳动关系外的

^① 参见郑理:《“斜杠青年”被原单位开除为何上了热搜》,《工人日报》2022年11月18日。

^② 参见何小勇:《兼职劳动的法理基础及其规制路径选择》,《河南财经政法大学学报》2019年第2期。

^③ 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。

^④ 参见仲琦:《中日副业兼职劳动时间规制探讨》,载林嘉主编:《社会法评论》(第七卷),中国人民大学出版社2020年版,第93页。

^⑤ 参见薛长礼:《多重劳动用工关系的法理与法律规制》,《中国劳动关系学院学报》2020年第4期。

其他劳动关系应无效。^①

在德国,对双重或多重劳动用工关系中劳动者的工作时间,法律要求合并计算。虽然允许有例外情况,但原则上实行8小时/天工作制,如果工作时间内上限超过10小时/天或者48小时/周就属于违法,雇主须承担相应的法律责任。此外,雇主负有记录所有工作时间的义务,为了避免用工风险,可要求劳动者报告有无兼职及其工作时间的情况,而劳动者有如实报告的义务。^②另外,根据欧盟《工作时间指令》的相关规定,劳动者的工作时间受到不超过48小时/周和11小时/天的限制。但是,对于劳动者在多个工作场合的工作时间是否合并计算,没有明确规定。在2005年工作时间指令修正案的审议中,欧洲议会提出了新设工作时间总计的方案,但最终未能通过。^③在日本,2020年7月,日本首相官邸制订了“成长战略实行计划”。其中,关于兼职劳动者的工作时间问题,提出“关于兼职、副业的开始以及兼职、副业单位的工作时间的把握,新设劳动者自主申报制,并规定其程序和方式;在出现申报遗漏和虚假申报的情况下,即使因兼职企业的超额劳动而超过了上限时间,本职企业也不被追究责任”^④的解决方案。2020年8月,日本厚生劳动省通过了《关于促进副业、兼职之指南》的修改案,正式确立了以兼职劳动者自主申报的合并计算作为原则的计算方法。^⑤

上述国家或地区的理论与立法经验值得我们借鉴。具体而言:(1)基于对劳动者身心健康等方面的考量,劳动者在不同用人单位的工作(加班)时间宜采取合并计算的方式。鉴于目前我国全日制工时制度存在一定的妥协空间,可在此基础上,对劳动者的工作时间设置合理的工时基准。^⑥首先,劳动力再生产要求劳动者通过休息以恢复劳动能力,这也正是工时制度的目的之一:通过严格限制工时使得劳动者拥有充分的休息时间,以此保证劳动者有充沛的精力能再次投入劳动生产。这种工时制度所保障的休息时间对兼职劳动者往往更加重要,因为他们通常为工作投入更多的精力。其次,劳动者的身份具有双重性,其不仅需要履行劳动给付的社会义务,还须承担家庭义务,而两种义务的履行需要合理地平衡工作时间,劳动时间的延长也就意味着履行家庭义务时间的减少,容易导致社会与家庭的不和谐。^⑦(2)工时的计算应以劳动者的自主申报为前提,设计较容易管理的合并计算方法。首先,如果强制劳动者申报其在兼职单位的劳动时间,容易产生就业歧视和侵犯劳动者个人隐私等问题。^⑧其次,由于本职单位与兼职单位之间缺乏沟通机制,因此对不同工作场所的工作时间进行合并计算,实际上是比较困难的。为了鼓励本

① 参见黄越钦:《劳动法新论》,中国政法大学出版社2003年版,第87页。

② 山本陽大「ドイツにおける兼業規制の法的構造」季刊労働法232号(2011年)参照。

③ See Directive 2003/88/EC of the European Parliament and of the Council of 4 November 2003 Concerning Certain Aspects of the Organisation of Working Time, <https://earlex.europa.eu/eli/dir/2003/88/oj>, 2023-05-28.

④ 未来投資會議「成長戦略実行計画案」(令和二年七月三日), <https://www.kantei.go.jp/jp/singi/keizaisai-sei/miritoshikaigi/dai40/siryou1-1.pdf>, 2023-05-28 参照。

⑤ 厚生労働省「副業・兼業の促進に関するガイドライン」, <https://www.mhlw.go.jp/file/06-Seisakujouhou-11200000-Roudoukijunkyo/0000192844.pdf>, 2023-05-28 参照。

⑥ 有学者建议将我国加班时间的上限改为:每日不得超过4或5小时,每月不得超过48小时。参见赵红梅:《论我国工时制度的缺陷、价值功能及其完善》,《环球法律评论》2020年第1期。

⑦ 参见问清泓、何飞:《论非全日制用工中的多重劳动关系》,《当代经济》2011年第8期。

⑧ 参见仲琦:《中日副业兼职劳动时间规制探讨》,载林嘉主编:《社会法评论》(第七卷),中国人民大学出版社2020年版,第95页。

单位允许劳动者兼职抑或促使兼职单位招用兼职劳动者,就有必要减轻用人单位用工管理上的法律风险,不宜苛以用人单位过多的法律责任。劳动者在不同用人单位的工时总量宜由其本人把握并向用人单位进行自主申报,用人单位只需根据劳动者的申报确保劳动者不违反工时制度即可。换言之,若因劳动者虚假申报而导致用人单位安排的加班时间超过了法定工时基准,则不应追究用人单位劳动基准法上的法律责任。最后,劳动者在兼职单位的劳动时间不以日为单位,而是设定以周或者月等较长期间为单位的工作时间上限,并以此为前提允许各用人单位进行劳动时间管理,从而使劳动时间管理变得相对容易,风险管控成为可能。^①

(三)优化工伤认定与待遇计算规则

当前,我国的工伤认定须以用人单位与劳动者建立劳动关系作为前提和基础。然而,在劳动者从事兼职的情况下,用人单位与劳动者之间既有可能同时存在多个劳动关系,也有可能劳动关系与劳务关系并存,这导致工伤认定结果存在不确定性。目前,在行政部门和司法机关的双重努力下,^②通过工伤保险多重性缴纳与劳动关系多重性相统一,基本能够解决兼职劳动者的工伤认定问题。^③然而,实践中兼职劳动者发生工伤时,在具体的工伤认定和工伤待遇等方面,仍有进一步探讨的空间。

1. 工伤的认定。工伤的认定主要涉及以下两个方面:(1)工伤认定时具体要素的考量。例如,作为工伤认定重要要素之一的工作时间,在工伤认定时能否将劳动者在多个用人单位的工作时间进行合并计算,这对某类工伤的认定(如“过劳死”)非常重要。关于这个问题,我国无论是理论界还是实务界均鲜见讨论。2019年12月,日本厚生劳动省劳动政策审议会工伤保险部会审议通过了《关于多数就业者工伤保险给付等的报告》。针对兼职劳动者的工伤认定,该报告指出,应结合所有就业单位业务上的负荷进行评价,以此进行业务起因性的判断。^④这一做法值得我们借鉴。(2)兼职途中的工伤认定。我国《工伤保险条例》第14条规定,劳动者在上下班途中因非本人主要责任的交通事故而受伤的,应当认定为工伤。但是对于在兼职途中因发生交通事故而受伤是否认定为工伤,我国还没有明确的规定。例如,关于劳动者从本单位下班去往兼职单位上班的途中因发生非本人主要责任的交通事故而受伤,能否认定为工伤的问题,目前无法得出明确的结论。对此,2005年修改的《日本劳动者灾害补偿保险法》第7条第2款第2项明确规定在兼职通勤期间因发生交通事故而受伤的,可以认定为工伤。^⑤这一做法体现了日本劳动法从保护兼职劳动者权益角度出发,逐步构建双重或多重劳动关系工伤保障体系的立法倾向,对我国

^① 参见仲琦:《中日副业兼职劳动时间规制探讨》,载林嘉主编:《社会法评论》(第七卷),中国人民大学出版社2020年版,第95页。

^② 2011年,人力资源和社会保障部《关于实施〈中华人民共和国社会保险法〉若干规定》明确规定:“职工(包括非全日制从业人员)在两个或者两个以上用人单位同时就业的,各用人单位应当分别为职工缴纳工伤保险费。职工发生工伤,由职工受到伤害时工作的单位依法承担工伤保险责任”。最高人民法院《关于审理工伤保险行政案件若干问题的规定》(法释〔2014〕9号)规定:“职工与两个或两个以上单位建立劳动关系,工伤事故发生时,职工为之工作的单位为承担工伤保险责任的单位。”

^③ 参见薛长礼:《多重劳动用工关系的法理与法律规制》,《中国劳动关系学院学报》2020年第4期。

^④ 厚生労働省労災保険部会「複数就業者に係る労災保険給付等について(報告)」, https://www.mhlw.go.jp/stf/newpage_08596.html, 2023-05-28 参照。

^⑤ 荒木尚志ほか編『注釈労働基準法・労働契約法 第3巻——個別の労働関係諸法』(有斐閣、2024年)8頁参照。

进一步完善兼职劳动者权益保障制度有着较强的启示意义。

2. 工伤待遇的计算。根据我国《工伤保险条例》第 35、39、40 条的规定,伤残津贴、供养亲属抚恤金、生活护理费等津贴或费用的计算与劳动者的工资水平密切相关。在此一个关键问题是:如果劳动者兼职存在两个及以上用人单位时,其工资能否进行合并计算。对此,日本有关工伤待遇的合并计算方法值得我们借鉴。日本大阪地方法院在一个案件中指出,因为无法期待对劳动灾害的发生不负责任之雇主责任的履行,所以即使受灾劳动者在多个工作场所工作,根据劳动灾害保险法计算支付额时的平均工资,也只能以发生劳动灾害的工作场所的工资为基础。^①然而,这种计算方法对劳动者而言显然不利。因此,2004 年 7 月日本厚生劳动省发布的《工伤保险制度研究会中间汇总》就提出应根据多个工作单位工资总计的金额来计算支付基础日额。经过日本厚生劳动省主导的一系列讨论,2020 年 3 月修改的《日本劳动者灾害补偿保险法》明确规定多岗位就业者的工伤支付额合并计算非灾害发生工作场所的工资额,但非灾害发生工作场所的雇主不承担劳动基准法上的灾害补偿责任。^②也就是说,雇主不承担劳动基准法上的责任,但作为国家制度的工伤保险采取的是合并计算的方法。

(四)完善失业保险缴费与待遇机制

失业保险制度是社会保险制度的重要支柱,具有反经济周期的作用,有助于在劳动者失业时保障失业人员的基本生活。近年来,工作时间和工作地点的去标准化使劳动力市场发生了极大的变化,整个社会的就业体系不如之前那般稳定,这也促使失业保险制度不得不进行调整。特别是在劳动者兼职数量不断增多的背景下,失业保险制度如何调整才能适应时代的发展,成为实践中亟待解决的难题。对此,主要存在两个方面的问题:一是兼职劳动者存在两个及两个以上用人单位时,不同用人单位是否都需要为劳动者购买失业保险;二是当劳动者在兼职单位失业时,是否可以享受失业保险待遇。

在法国,劳动者在为多个雇主工作的情况下,不论工作时间的长短,都可以成为失业保险的被保险对象。如果劳动者在任一雇主处失业,根据失业保险费用的缴纳期间,可以领取最长 2 年的失业津贴,金额为之前工资的 57%至 75%。在此期间,如果劳动者又失去其他工作场所的工作,则该劳动者的失业津贴和最长给付期间将被重新计算。其中,失业津贴将以劳动者多个工作场所的工资为基础进行合并计算。^③日本厚生劳动省 2006 年 2 月发布的《关于失业保险制度讨论的整理》提出了关于失业保险能否适用于“多任务持有人”的问题。日本 2020 年 3 月修改的《日本失业保险法》明确规定,以 65 岁以上的高龄劳动者为对象,以本人的申请为起点,合计 2 个工作场所的工作时间达到 20 小时以上的劳动者,可以适用该法。待遇支付方式为高龄求职者支付(临时金方式),即使只从 1 个工作场所离职,也可以根据该工作场所的工资进行计算。值得注意的是,《日本失业保险法》此次以 65 岁以上为对象之“多任务持有人”的制度修改具有效果验证的意义,今后制度的适用范围有望进一步扩大。截至目前,在厚生劳动省“对在多个工作场所被

① 大阪地判平成 26.9.24 判決「労働判例」1112 号 81 頁参照。

② 濱口桂一郎「副業・兼業に関する労働政策の展開」, https://www.jil.go.jp/event/ro_forum/20220125/houkoku/01_kenkyu.html, 2023-05-28 参照。

③ 樋口英夫など「諸外国における副業・兼業の実態調査—イギリス、ドイツ、フランス、アメリカ—」JILPT 資料シリーズ No.201(2018 年)参照。

雇用者适用失业保险的研讨会”以及劳动政策审议会失业保险部会等关于兼职的“多任务持有人”的讨论也正在进行,但并没有将年龄限定为65岁以上,而是包括全体劳动者。^①

失业保险与工作紧密相关,事实上只要劳动者“工作”就伴随着失业风险,需要失业保险的保障。上述立法经验值得我们借鉴:一方面,需要建立以劳动者为主体的失业保险账户制度,凡是与劳动者建立劳动关系的用人单位,都应当按照劳动者一定的工资比例为劳动者缴纳失业保险费。如此一来,劳动者在遭遇失业风险时能够得到充分的保障,这不仅有助于维护兼职劳动者的合法权益,也有利于提升劳动者兼职的积极性,推动兼职劳动的良性发展。另一方面,在双重或多重劳动关系下,只要劳动者在任一用人单位失业并符合领取失业保险金的条件,劳动者就有权享受失业保险待遇。当然,对兼职劳动者在兼职单位能够享受失业保险的具体条件,如失业保险费的缴费基数、缴费时长、保险待遇等方面都有待进一步深入研究。

五、劳动者兼职自由的合理限制

任何权利都不是绝对的,劳动者的兼职自由也不例外,其权利的行使亦应受到一定的限制。实践中,很多用人单位不允许员工从事兼职的主要原因在于:会使员工对本职工作不专心;破坏用人单位秩序;破坏用人单位形象与信誉;泄露用人单位的商业机密;等等。因此,从劳动法的角度来看,限制劳动者兼职自由的主要依据在于,劳动者兼职可能对雇主的权益造成损害,即劳动者的兼职自由与雇主的权益存在冲突。^②一般认为,对劳动者的兼职自由加以限制的理论基础在于劳动者的忠实义务。有学者在总结劳动者忠实义务的具体内容时,将兼职限制义务作为其具体内容之一,并与劳动者所应承担的保密义务、竞业禁止义务、不发表伤害企业之言论义务等相提并论。^③总体来看,劳动者的忠实义务虽然不是封闭的,但也不宜将该义务的范围过分扩张。^④笔者认为,劳动者基于其对雇主权益的忠实义务,其兼职自由应在兼职事由、程序、责任等方面受到合理限制。

(一)事由限制:兼职范围的约束

在德国,原则上劳动者享有兼职的自由,法律可以对劳动者兼职的范围做出合理限制,但仅限于“非法劳动”“竞业禁止”和不损害主要劳动关系中的劳动给付义务等情形;此外,《德国联邦休假法》第8条间接地对劳动者兼职作出了规定,劳动者在休假期间不得违反休假目的从事任何职业活动,无论是雇用还是自营。^⑤在日本,日本厚生劳动省2018年1月修订的就业规则的参考文本(模版)第67条规定,在符合以下情形时,公司可以禁止或限制劳动者兼职:(1)有劳务提供上的障碍时;(2)泄露企业商业秘密时;(3)有损公司名誉和信用或破坏信赖关系的行为时;(4)

^① 濱口桂一郎「副業・兼業に関する労働政策の展開」, https://www.jil.go.jp/event/ro_forum/20220125/houkoku/01_kenkyu.html, 2023-05-28 参照。

^② 在劳动法领域,劳动者的言论自由同样受到类似限制。参见谢增毅:《劳动者社交媒体言论自由及其限制》,《法学研究》2020年第4期。

^③ 参见许建宇:《劳动者忠实义务论》,《清华法学》2014年第6期。

^④ 参见黄越钦:《劳动法新论》,中国政法大学出版社2003年版,第135页。

^⑤ 参见[德]W.杜茨:《劳动法》,张国文译,法律出版社2005年版,第56、96页。

因竞业而损害企业利益时。^① 司法实践中,日本东京地方法院在一个案件中指出,在判断就业规则中的兼职许可时,应根据劳动者提供劳务是否达到履行不能或者不完全履行的有无及其程度,妨碍企业秩序的有无及其程度,事业或业务的内容和性质,特别是对公司的社会评价产生的影响等因素进行综合判断。^② 根据欧盟《工作条件指令》第9条的规定,如果以健康安全、保护商业秘密、维持公共服务的完全性或避免利益冲突为由,就可以对劳动者兼职进行禁止或限制。^③

从理论上讲,兼职属于劳动者的职业选择自由,在用人单位无法证明劳动者的兼职行为会侵害其合法权益的情况下,原则上无权干涉劳动者在工作时间以外的行为。^④ 从比较法来看,域外国家或地区的立法或司法在对劳动者兼职权利予以承认的同时也都对其进行一定的限制,并且鉴于兼职限制对劳动者权益的侵害,多将兼职限制的事由具体化。概括而言,对劳动者兼职事由的限制至少包括妨碍劳动义务的履行、泄露企业商业秘密以及违反竞业限制义务这3种情形。

1. 妨碍劳动义务的履行。在日本,法院指出若劳动者因未经雇主许可长时间从事兼职而影响到本职工作,则雇主对该劳动者的惩戒行为有效。^⑤ 因此,劳动者兼职应以不过分妨碍劳动义务的履行为限。日本东京地方法院在一个案例中指出,劳动者每天在酒馆擅自兼职6小时,一直持续到深夜,超过了利用业余时间打工之限,从一般社会观念来看,对向公司提供劳务可能造成障碍,因而判断公司的解雇行为有效。^⑥ 此外,实践中还可能出现劳动者兼职时因意外受伤导致无法履行本职工作的情况。例如,在德国一起案件中,一家公司因员工在兼职工作中眼部受伤缺勤两日而开除了该员工,因为该公司规章制度规定如果员工的本职工作因第二份工作受到影响,可给予其纪律处分。德国法院认为,尽管该员工对于公司造成的损害较小,但由于违反了公司规定,依然需要受到纪律处分,并将处分由开除改为停职30天。^⑦ 由此可见,劳动者在兼职工作中因意外受伤导致无法履行本职工作,应当承担相应的责任,意外受伤不应当成为劳动者因兼职而妨碍本职工作的理由。因此,在双重或者多重劳动关系中,劳动者在全日制工作之外的兼职行为应以不妨碍劳动义务的履行为前提,特别是其在从事兼职工作时应自觉保证自身的休息时间和职业安全,从而确保能够充分履行本职工作的劳动义务。

2. 泄露企业商业秘密。在劳动关系存续期间,劳动者本身因为其专业及岗位的特殊性,可能会掌握企业的一些商业秘密,劳动者兼职可能使这些商业秘密被泄露或不当使用,损害用人单位的利益。尤其是一些高级管理人员和技术型劳动者,如果不对其兼职进行限制,则会导致企业

① 厚生労働省「モデル就業規則」, https://www.mhlw.go.jp/stf/seisakunitsuite/bunya/koyou_roudou/rou-doukijun/zigyonushi/model/index.html, 2023-05-28 参照。

② 東京地判昭和56.12.24「判例時報」1036号109頁参照。

③ See Directive (EU) 2019/1152 of the European Parliament and of the Council of 20 June 2019 on Transparent and Predictable Working Conditions in the European Union, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32019L1152>, 2023-05-28.

④ 参见许建宇:《劳动者忠实义务论》,《清华法学》2014年第6期。

⑤ 参见[日]中注裕也、[日]野田进:《劳动法的世界》,田思路、龚敏、邹庭云译,商务印书馆2022年第13版,第407页。

⑥ 東京地判昭和57.11.19「労働関係民事裁判例集」33卷6号1028頁参照。

⑦ See Carlton J. Snow & Elliott M. Abramson, *By the Light of Dual Employment: Standards for Employer Regulation of Moonlighting*, 55(4) *Indiana Law Journal*, 601(1980).

商业秘密处于极不安全的状态。^① 1997年,《关于加强科技人员流动中技术秘密管理的若干意见》的重点就在于防范技术秘密泄密,其中规定科技人员可以进行兼职活动,但不得向兼职单位泄露本单位技术秘密,且不得套取兼职单位技术秘密。毋庸置疑,无论是在商业秘密的创造还是保护方面,企业都需要投入大量的人力物力,而这也加大了企业投资的风险性。因此,出于保护企业商业秘密的需要,对负有保密义务的劳动者的兼职自由作出一定的限制是合理的,这一群体的兼职应以不侵犯或泄露企业的商业秘密为限。本着诚实信用原则,其他用人单位在雇用兼职劳动者时,也不应以获取劳动者原用人单位的商业秘密、进行不正当竞争为目的,如果出现侵犯商业秘密、对原用人单位造成损失的情形,应当由雇用兼职劳动者的用人单位和劳动者承担连带赔偿责任。

3. 违反竞业限制义务。《瑞士债法典》第321条(A)规定:“雇员不得违反诚实信用原则为第三人从事有偿工作,特别是与雇主竞业的有偿工作。”^②对此,我国有学者认为,基于忠诚义务,劳动者在职期间未经本单位许可,不得到其他单位兼职,更不得从事与本单位有竞争性的工作事务。^③但是,对于兼职是否等同于竞业,我国有学者认为,不应当以忠实义务的名义对普通劳动者适用竞业限制,直接将劳动者兼职等同于竞业限制是用人单位权利滥用的表现。^④鉴于竞业限制的主要功能在于保护用人单位的商业秘密及其他保密信息,笔者建议将限制兼职自由的劳动者范围限定为“负有保密义务的劳动者”。这样既与竞业限制的制度功能相契合,与现行法对离职后竞业限制义务的履行主体范围保持一致,^⑤又因被限定的主体范围具有一定的明确性,使绝大多数劳动者的兼职自由得以保障。

(二)程序限制:兼职的告知义务

对劳动者兼职权利的限制,不仅体现在兼职事由方面,也体现在程序方面。在德国,雇员对雇主应负有通知或告知其工作情况的特别从属义务。^⑥笔者认为,我国法律也应明确规定劳动者在兼职时,对用人单位负有及时通知或告知的义务,确保本职单位和兼职单位能够及时了解劳动者的兼职情况,并对兼职可能给单位造成的风险进行评估。一方面,劳动者负有向本单位告知的义务,即将其兼职的事实告知本单位,从而保障本单位对其员工兼职情况的知情权。如前所述,在双重或多重劳动关系中涉及用人单位、劳动者和第三方的权利义务分配和平衡,劳动者从事兼职活动不仅会对本单位劳动义务的正常履行造成影响,还可能因兼职单位与本单位存在竞业关系或者泄露公司的商业秘密,对本单位的利益造成损害。另一方面,劳动者在订立兼职合同时也应履行告知义务,将其已与本单位存在劳动关系的事实告知兼职单位。对兼职单位而言,其在雇用兼职劳动者时就承担了相较于典型劳动关系更大的用工风险,劳动者是否与其他单位存在劳动关系,是否负有竞业禁止义务等都有赖于劳动者的明确告知。因此,兼职单位应对劳动者的工作情况享有知情权,以保障其能够根据劳动者反馈的具体情况做出正确判断,从而减少用工风险。

① 参见问清泓:《多重劳动关系合法性考辩》,《决策与信息》2021年第9期。

② 《瑞士债法典》,吴兆祥、石佳友、孙淑妍译,法律出版社2002年版,第78页。

③ 参见许建宇:《劳动者忠实义务论》,《清华法学》2014年第6期。

④ 参见何小勇:《兼职劳动的法理基础及其规制路径选择》,《河南财经政法大学学报》2019年第2期。

⑤ 参见江锴:《劳动者在职竞业限制义务属性之辨》,《法学》2019年第1期。

⑥ 参见[德]W.杜茨:《劳动法》,张国文译,法律出版社2005年版,第63页。

但应当注意的是,劳动者对用人单位负有通知或告知义务,并不意味着其兼职必须取得本单位的同意。究其原因,首先,从理论上讲,劳动者的兼职是在工作时间之外进行的,不属于本单位的管理权限范围。兼职原则上不需要征得本单位的同意,本单位没有正当理由不能限制劳动者兼职。其次,如果劳动者进行兼职需要得到本单位许可或批准的话,则本单位可以批准也可以不批准,如此一来,劳动者的兼职权利将大大受限。再次,如果认为劳动者必须征得本单位的同意才能进行兼职,那么就有悖于市场经济下的自由交易和公平理念。若本单位根据劳动者的通知或告知判定兼职将会侵害单位权益,则可以不同意劳动者进行兼职,反之则不对劳动者的兼职进行限制。若本单位以此为由不同意劳动者兼职,则其应当负有一定程度的说明义务,即对劳动者兼职会对本单位造成不利后果的因果关系进行实质性说明,以防止本单位在没有足够依据的情况下就做出劳动者兼职将会侵害单位利益的判断,进而限制劳动者的兼职自由。若本单位仅给出不同意的意见而未说明原因,则劳动者有权要求本单位进行说明,经劳动者要求后本单位仍无法给出充分理由的,劳动者仍然可以自行兼职。由此发生劳动争议时,应当由劳动仲裁机构或人民法院对兼职是否真正影响本单位的利益进行实质审查。

(三)责任追究:不当兼职的惩戒

对劳动者违反上述兼职事由和程序规定的,用人单位有权依据企业规章制度对其进行惩戒,或者要求其承担相应的法律责任。对此,《劳动合同法》第 23 条和第 90 条也有相关的规定。值得注意的是,《劳动合同法》第 39 条第 2 项和第 4 项将劳动者违反规定兼职的行为作为用人单位单方解除劳动合同的法定情形。特别是实践中很多用人单位并没有严格结合兼职的影响程度或者有无纠正不改的现象来决定劳动者去留,实际上相当于劳动者一旦在其他单位从事兼职工作,则用人单位就享有劳动合同解除权。^① 笔者认为,对劳动者不当兼职一律采取解雇这一严厉的处罚手段,严重侵犯了劳动者在一定期间内拥有相对稳定职业的权利。同时,用人单位单方劳动合同解除权行使的任意性也严重损害了劳动者兼职自由的权利。

在日本,当劳动者违反兼职事由和程序规定进行不当兼职时,雇主并不能以此为由直接解除劳动合同。一般而言,对违反规定从事兼职并损害用人单位利益的劳动者,雇主可以采取警告、减薪、停止出勤等惩戒措施。但是,惩戒行为必须符合正当程序,且与劳动者的过错行为相适应,否则该惩戒行为将归于无效。^② 即便在我国明确禁止公务员从事兼职并领取薪酬的情况下,如果相关人员违反兼职规定,也并不必然受到开除处分。根据《中华人民共和国公务员法》《行政机关公务员处分条例》的相关规定,将按照不同的处分权限和处分程序,根据其兼职的情节严重程度,由行政机关给予记过、记大过、降级、撤职或开除处分,同时受处分者有权申请复核或进行申诉。因此,对劳动者的不当兼职,不宜直接赋予用人单位单方解除劳动合同的权利,而应考量劳动者不当兼职的过错程度及其造成损害的情况等进行相应惩戒,如警告、训诫、罚款等,解雇只能作为最后手段来使用。

^① 参见翁玉玲:《由双重劳动关系引起的过错辞退:立法、缺失与完善》,《中国劳动》2014 年第 7 期。

^② 参见[日]中洼裕也、[日]野田进:《劳动法的世界》,田思路、龚敏、邹庭云译,商务印书馆 2022 年第 13 版,第 401~405 页。

六、结 语

近年来,全日制劳动者兼职的现象越来越普遍,但是劳动者的兼职行为在实践中仍然受到诸多约束,司法实践亦对劳动者兼职自由权利进行了不合理限制。基于本文的研究,我们发现立法和理论未能给劳动者兼职权利提供有效支撑是导致其受到不合理限制的重要原因。通过对域外劳动者兼职理论、立法与司法的考察,在总结分析劳动者兼职的法理依据和独特价值的基础上,笔者认为,兼职自由应被视为劳动者的一项重要权利。在兼职自由模式下,若劳动者与兼职单位建立起双重或者多重劳动关系,则应将其纳入非典型劳动关系处理,通过重塑劳动者兼职的工作时间、工伤保险、失业保险等制度,以达到保障劳动者兼职权益之目的。同时,对劳动者兼职的规制力度需要慎重把握,防止出现兼职的非劳动关系化现象。基于劳动者的忠实义务,亦应对兼职范围、兼职程序和兼职责任进行合理限制,以更好地平衡劳动者与用人单位之间的利益。

Abstract: In recent years, plenty of new employment forms have emerged as digital economy and ICT develop rapidly, and it has been increasingly common that full-time workers engage in part-time jobs. Although part-time jobs are not prohibited in China's existing labor law, the part-time behaviors of workers are still largely restricted by employers. Besides, judicial practices have unreasonable restrictions on the part-time liberty of workers, for legislation and theories haven't provided effective support for the fulfillment of workers' part-time rights. From the perspectives of overseas experiences, legal basis, and unique values, the part-time liberty of workers shall be an important right of workers. In the part-time liberty mode, if any laborer establishes dual or multiple labor relations with the employer offering part-time jobs, such relations shall be included in non-typical labor relations and the working hours, employment injury insurance, unemployment insurance, and other protective rules for workers shall be rebuilt to better guarantee the part-time rights and interests of workers. In addition, to balance the benefits between workers and employers, it is necessary to conduct reasonable restrictions on the part-time job causes, procedures, and responsibilities for workers.

Key Words: part-time job, liberty of career choice, non-typical labor relation, social insurance, reasonable restrictions

责任编辑 翟中鞠