

# 口头劳动合同和事实劳动关系

## ——试论事实劳动关系确认之主臬

刘婷

**摘要** 事实劳动关系是我国市场转型时期特有的过渡性概念,自其提出以来,不论是其外延还是内涵都具有极大的不确定性,其表现形式的多样化增加了界定的困难。探讨口头劳动合同与事实劳动关系确认之主臬,在当今社会具有十分现实的研究与指导意义。

**关键词** 口头劳动合同 事实劳动关系 确认之主臬

**作者简介:**刘婷,华东政法大学法律硕士(非法学)研究生,研究方向:民商法。

**中图分类号:**D922.5

**文献标识码:**A

**文章编号:**1009-0592(2013)02-071-02

### 一、事实劳动关系的产生与形式

根据我国《劳动法》第十六条规定,一直以来我国劳动关系的主要表现,都是以劳动合同关系为基础。但事实上,在实践中在出于各种因素:如一些用人单位为规避劳动合同有关的法定义务,如五险一金的缴纳,特殊人员的福利等等,事实上与劳动者建立了劳动关系,却不签订书面劳动合同。而依照法律规定,劳动合同应采用书面形式地的情形下,此时合同未采用法定形式将产生何种法律效力?亦或合同订立却因违法而无效,此时已付出劳动的劳动者权力应不应该保护?如何保护?对此,我国《劳动法》没有做出明确的规定。但这种状态目前却是较为普遍的存在,由此“事实劳动关系”概念的界定和再认识就显得十分必要。

我国在立法中第一次使用事实劳动关系这一概念,是在劳动部《关于贯彻执行〈中华人民共和国劳动法〉若干问题的意见》的第十七条中,按照该条的规定,我们可以得出结论,事实劳动关系实际上就是劳动者与用人单位之间形成事实上的劳动力使用关系。<sup>①</sup>但是,显然这一规定并不符合《劳动法》第十九条规定的建立劳动关系所必须具备的形式要件。当时我国劳动用工制度本身就处于十分复杂的转型期,而且同时期的相关法律理论也十分不成熟,“事实劳动关系”这个概念在那种大背景下的提出,可以说是先天不足,后天又缺乏理论支持和实践论证。事实上,没有劳动合同的事实劳动关系只是在原劳动和社会保障部的规章中有明确规定,参照前文可知,连“事实劳动关系”这个概念也是首先提出来的。而之后很久以来对事实劳动关系的调整几乎都是附带式的将其纳入劳动合同关系体系,其中最突出的表现就是在实践中我们往往把解除劳动关系和解除劳动合同完全等同起来,这一点体现了我国现有劳动法律对于劳动合同局限的调整模式,仍然是以劳动合同调整为中心。而考虑到劳动法本身的重要立法目的——保护劳动者利益,决定了我们必须要把没有劳动合同之实却有劳动事实的缺乏保障的非劳动合同关系纳入到保护范围之内。此时厘清“事实劳动关系”之概念、确定事实劳动关系之主臬,固然是本领域理论研究之需求,也是对于劳动者保护与司

法实践所必需。

台湾学者黄越钦认为,事实劳动关系是指无劳动契约或无有效劳动契约,而为劳动之给付。<sup>②</sup>根据中国的实际情况,学界主流观点是,事实劳动关系是指因履行无效的合同或因无书面劳动合同而存在劳动关系的一种事实状态。而在现实社会中,事实劳动关系的表现形式多种多样,甚至很难与其他概念的内涵进行区分和辨别,事实上很多人都认为探讨事实劳动关系本来就是劳动合同范畴之外的问题,这其中笔者认为口头劳动合同与之联系最为密切;其内容和效果也颇具探讨价值。

### 二、口头劳动合同与事实劳动关系

劳动关系合同调整方式是指劳动关系应由劳动合同来调整,因此劳动关系的产生、变更、消灭由劳动合同的订立、变更和终止等决定。理论依据是劳动关系本质上是一种债的关系,所以理应由双方当事人协商决定。其主要特征是劳动合同决定劳动关系。又,按照《劳动合同法》第十条规定可知《劳动合同法》坚持订立劳动合同的唯一合法形式是书面合同,同时还以支付双工资的处罚方式(第82条)督促用人单位与劳动者签订书面劳动合同。亦即,书面合同的签订是劳动合同的形式合法性要件。然而在这种方式下,劳动事实本身只是劳动合同履行的结果;而不是劳动关系成立的必要条件。法律保护这种事实劳动关系,可以说仅仅是基于对劳动者的利益保护的考虑,所以在保护力度上,与对劳动法律关系的保护相比当然还是有所区别的。

但是事实是无论相关的劳动法律如何强调劳动合同订立的书面形式要求,在劳动实践中特别是在当前社会转型时期劳动生活中,存在一定数量的口头劳动关系是不可避免的,这不是我们愿不愿意看到的问题,而是我们必须正确面对的现实。在现实生活中,严格按照法律规定签订的书面合同固然存在,也当然反映劳动者和用人单位之间的契约关系。但我们必须注意的是,很多情况下即使是不采取书面的方式,同样也能反映出劳动者与用人单位的劳动关系。当劳动者事实上以用人单位雇员身份从事劳动,并因自己的劳动从该单位获得相应报酬,且主体适格——除

## ◆ 法律经纬

非该劳动者是被强制或者因其他因素被迫劳动——我们理应认为该劳动者实际上已经和用人单位形成合意,因为正是双方达成的合意才导致了这种事实结果的存在。只不过这里的合意并没有写在纸上,而是诉诸了口头或是以默示的方式表达,因此这种事实劳动关系本质上就是一种口头或默示劳动合同关系。

而对照世界多数国家和地区的劳动立法,可知他们大多对于通过口头形式建立的劳动关系都是认可的,其中法国劳动法严格限制签订定期劳动合同,规定只有临时性、季节性的工作者暂时的替代工作才能订立固定期限劳动合同,并且要求书面合同的形式;在德国,私法自治是德国民法基本原则,而劳动合同作为私法上的合同,当然适用这一原则;因此德国劳动法原则上不对劳动合同的形式作任何限制;而在日本和韩国同样也没有限制劳动合同的形式。可见随着社会经济的不断发展,劳动关系日益复杂,书面劳动合同的调整功能在不断弱化,且书面劳动合同也并非劳动关系的唯一证明。而符合劳动合同生效的所有要件,但是唯独欠缺书面形式的劳动合同效力应该如何确定呢?

当今中国在实践中,按照一些学者的观点,事实劳动关系与口头劳动合同关系是两个概念,只是边界较为模糊,不宜辨别,二者都存在劳动关系,前者存在并能够证明口头约定,后者不存在或者不能证明口头约定。也就是说口头约定可以成就劳动合同关系,其依据是我国《劳动合同法》第10条第11条。该规定更是确立了口头劳动合同的有效性。

但是笔者认为,在当下的立法氛围之下,事实劳动关系作为我国社会过渡期特有的产物,其外延是劳动关系双方当事人建立劳动关系或变更原劳动关系时,没有订立书面的劳动合同,或者没有订立有效的劳动契约的法律规定的形式,但事实上劳动者付出了劳动的法律关系。而口头劳动合同下的劳动关系显然还是无法超越劳动事实关系的外延。也就是说现在在我国,由于没有相应的法律根据,我们虽然保护事实上的劳动关系,却没有承认口头合同的效力,所以我们对事实劳动关系的保护是可能承认口头劳动合同效力的动力,而不是相反。硬要说《劳动合同法》中对于事实劳动关系的救济条款是对口头合同效力的承认未免牵强。我们借用王利明教授的观点来说明这个问题,王利明教授认为:“从我国法律用语看,法律采取‘应当’的表述方法,并不完全意味着该规定是一种强制性规范”。根据法律规定的“应当”或“不得”被认为包括五种类型:(1)训示规定;(2)效力规定;(3)取缔规定;(4)证据规定;(5)转换规定。依照这五种规定类型,违反法律中的“应当”条款,其实并不“应当”必然导致合同的无效。笔者认为《劳动合同法》对书面形式的规定,应同时视为效力规定与转换规定,亦即事实劳动关系可以由没有订立书面劳动合同而产生的劳动关系转换得来。也就是说在中国劳动法之下,口头劳动合同的效力虽然没有法律明令否决,也没有被法律所承认与规

制,在实际的救济中可视为无劳动合同。也就是说现有的劳动法规对因口头合同事实劳动关系的保护力度还是仅限于事实劳动保护之范畴,其圭臬在于现有的劳动部门法律。

如此追溯下去,若我们假定订立书面合同是生效前提。那么口头合同就等同于无效合同,依此类推,无书面形式劳动合同都是无效合同,当今劳动法领域很多人把事实劳动关系分为无书面形式的劳动合同和无效的劳动合同就没有任何意义。这其中存在着种种的悖论和矛盾也是事实劳动关系中亟待解决的问题。缩小劳动事实关系的内涵或是扩大劳动合同关系的外延,似乎才是解决这些矛盾的关键所在。

## 三、小结

事实劳动关系,是我国特有的经济转型时期的社会现实与法律文化催生出的过渡性概念。虽然《劳动合同法》准用本法中关于无固定期限劳动合同的一些法律理论和规定来处理事实劳动合同出现的法律问题;但是,长久以来由于我国劳动力市场的不成熟与不完善,对此问题的研究以寻求更好的调整方式仍具有重大意义。而且若从更深层次研究劳动关系,就会发现由于劳动合同签订时,用工单位与劳动者的地位和信息量的不对等,劳动合同附合化的情况很多,故而不应该过份夸大这种合同的调整作用。

归根结底,由于合同的成立和有效有诸如形式、内容、主体、意思表示真实性多方面的要求,要求把一切劳动事实都视为是有效劳动合同是不可能的。那么就只能适当缩小事实劳动关系的内涵或是扩大劳动合同关系的外延,而目前最好的解决方法就是实现认定劳动关系的调整模式的转变,也就是把现在劳动合同单一调整的模式转换为劳动关系的合同调整与法定调整并重的新模式。首先,因为我国市场人力资源的供需不平衡,劳动者往往处于弱势地位,签订劳动合同的义务主体更应偏重于用人单位,所以加强劳动监督部门对用人单位签订劳动合同的监督就显得十分必要。其次,劳动合同空间时间上的局限性使得它注定无法涵盖调整所有的劳动关系,所以应在尊重现有的劳动法律基础上,逐步弱化劳动合同的功能,在限制的基础上放开,在规制的基础上调整。最后,现在最直接有效的救济方式是细化事实劳动关系,由于除了双重劳动关系外的“事实劳动关系”都具有一定程度的不合法性,如合同内容不合法导致的合同无效、或一方主体不适格等,应根据不同条件下的不同情况,要么重签劳动合同,要么解除劳动关系,要么承认转化劳动合同的效力,并逐步在立法中将这些原则在劳动法部门中进一步体现。

## 参考文献:

- [1]黎建飞.劳动法案例分析.中国人民大学出版社,2010(4).
- [2]黄越钦.劳动法新论.中国政法大学出版社,2003.
- [3]李凌云.对我国事实劳动关系立法的反思.华东政法大学学报,2008(1).
- [4]关怀.《劳动合同法》与劳动者合法权益的保护.法学杂志,2006(5).
- [5]王利明.合同法研究.北京:中国人民大学出版社,2002.

作者: [刘婷](#)  
作者单位: [华东政法大学](#)  
刊名: [法制与社会](#)  
英文刊名: [Legal System and Society](#)  
年, 卷(期): 2013(5)

## 参考文献(5条)

1. [黎建飞](#) [劳动法案例分析](#) 2010
2. [黄越钦](#) [劳动法新论](#) 2003
3. [李凌云](#) [对我国事实劳动关系立法的反思](#) 2008(01)
4. [关怀](#) [《劳动合同法》与劳动者合法权益的保护](#)[期刊论文]-[法学杂志](#) 2006(05)
5. [王利明](#) [合同法研究](#) 2002

本文链接: [http://d.g.wanfangdata.com.cn/Periodical\\_fzysh201305035.aspx](http://d.g.wanfangdata.com.cn/Periodical_fzysh201305035.aspx)