

# 劳动法视野中劳动关系认定问题的思考\*

● 徐志强

(西南政法大学民商法学院, 重庆 401120)

**摘要:**劳动法中的劳动关系建立在对传统的雇佣关系加于公法干预上,这种劳动关系具有鲜明的从属性,从属性构成了劳动法的理论基础和基本属性。然作为据以确立劳动关系的从属性与某种从属性的社会关系的可受保障性之间存在一个“空档”地带,故笔者认为应采取“从属性+可受保障性”的劳动关系界定标准,并提出实务中具体可以参酌判断从属性的要素内容,以适时地使劳动法的规范调整与社会现实的劳动法诉求相契合。

**关键词:**劳动关系;从属性;认定

DOI:10.3969/j.issn.1009-4458.2012.01.004

中图分类号:D922.5 文献标识码:A 文章编号:1009-4458(2012)01-0009-03

## 一、劳动法的立论基础:从属性

### 1. 从属性是劳动法的立论基础,是劳动关系界定的核心标准

一般认为,劳动法诞生于十九世纪的工厂立法,工业革命中机器大工业的不断兴起,使传统的债权债务性质下的雇员与雇主之间的雇佣关系发生了巨大变化,劳动力在不断膨胀壮大的资本面前越来越处于弱势地位,雇主与雇员之间的不平等依附关系日益紧张,对这种力量失衡的具有从属性的雇佣关系加以公法干预形成的关系便是劳动关系。“其间含有一般债的关系中所没有的特殊的身分因素在内,同时除个人要素外,亦含有高度的社会要素,盖以受雇人劳务之提供绝非如物之出卖人仅将其分离与人格者之外的具有经济价值的身外物交付而已,而是将存在于内部毕竟不能与人格分离的人格价值一部分的劳力之提供,受雇人对雇主既有从属关系,其劳动力之提供事实上即成为人格本身的从属。此种在债权要素外,尚包括身份要素的不对等人格间之‘人’的关系’即所谓劳动契约关系”<sup>[1]</sup>

简言之,导致这种从属性凸显的主要原因体现在:劳动力的流动性差,对流动性强的资本产生依附性;用人单位掌控着生产资料和管理大权,在劳动关系存在和运行的过程中,劳动者的劳动力无法与劳动者相分离,劳动过程的实现存在着对劳动者人身自由权利一定程度的让渡;劳动力本身不可储存,也难以回复,为了使劳动力的价值得以优化,致使劳动者在劳动关系全过程中处于被迫附和的弱势地位;劳动者迫于生存而产生职业上的保障要求,然劳动力市场供大于求的矛盾日加剧,身份互换性丧失等等。

由此可知,劳动关系中的劳动是一种从属劳动,从属性构成了劳动关系的基本属性和最大特色,是判断某种社会关系是否是劳动关系的基本依据,也是劳动法的立法基石。德国最早提出以劳动关系从属性理论为基点来构建劳动法理论体系,并“其是否存在从属劳动”来区分民法上的雇佣契约与劳动法上的劳动契约是严格区分的。

日本的劳动法理论沿袭德国法传统,历来把从属劳动作为劳动法学的基础理论和基础概念,日本法学界关于从属劳动的理论主要有阶级从属说、人格从属说、组织从属说、经济从属说等诸多学派,“但不管各学派强调的重点为何,以从属劳动作为劳动法的研究对象,则是共同的出发点或结论。”<sup>[2]</sup>

依照通说,从属性集中表现在劳动者对雇主在人格与经济上的从属地位,前者指劳动者在雇主的经济组织中的劳动自由受到一定限制,劳动的内容由雇主决定,具体表现为:“(1)服从雇主组织中的工作规则,例如工作日、工作时间的起止等;(2)服从指示:在劳动契约存续期间,雇主有指示之权,劳工则有服从的义务;(3)接受监督、检查的义务:即劳工有义务接受考察、检查,以确定是否遵守工作规则或雇主个人指示;(接受制裁义务:劳工应对自己的错误行为负责,雇主有权对其进行一定制裁,制裁方式可以从口头申诫到开除解雇。”<sup>[3]</sup>后者指劳动者并非为自己从事经营性劳动,而是为他人的目的和利益而劳动。具体表现为:“雇主提供生产工具和原材料;劳动过程和劳动成果皆归雇主所有;劳动风险由雇主承担;劳动报酬并非劳动者所从事工作的对价等。”<sup>[4]</sup>美国法在界定受雇人(相当于我国的劳动者)和独立承揽人的区别时采用以下三个标准来判断:<sup>[5]</sup>

一是行为控制(behavioral control)“依据是否拥有对劳动者工作的做法有指示控制的权利判断。”“特别应优先考虑是否受到如何完成工作的指示。而且,如果企业为了工作就方法和程序提供相关的训练时,也应判断为劳动者。”二是财务控制(financial control)“这是指是否有权指示或控制是否持有部分工作业务。如果对业务进行了相当的投资即为独立承揽人”三是当事人的关系(relationship of parties)“即如果作为受雇人领取报酬并接受保险、年金、和带薪休假的,应认为是劳动者(受雇人)。相反的,如果没有上述的报酬、保险等情况的,可以考虑可能是独立承揽人”。

\* 收稿日期:2011-10-08

作者简介:徐志强(1984-),男,云南曲靖市人,西南政法大学民商法学院研究生,研究方向:劳动法与社会保障法学。

仔细体会上述三个标准,可以明确:行为控制标准实际上就是大陆法所说的人格从属性;财务控制标准即是经济从属性,因为“是否有权指示或控制是否持有部分工作业务。如果对业务进行了相当的投资”反映了该主体是否是在“用自己的生产工具从事生产劳动”,是否能够“用指挥性、计划性或创作性方法对自己所从事的工作加以影响”。<sup>[6]</sup>而对于当事人之间的关系标准实际上是一种既成的典型的劳动关系的受保障性特征,其在疑难个案判断时有辅助识别的意义。

美国还在其《公平劳动标准法案》中对界定是否为“雇员”规定了六个考察因素,基本上是劳动关系“从属性”的体现。包括:“在工作的过程中,雇员相对于雇主的独立程度或服从于雇主控制的程度;雇员分享利润或承担损失的机会;雇员对商业机构的设备和器材是否有投资;雇员与商业机构之间的关系的持续性及持续的时间;雇员进行工作所必备的技术程度;雇员所提供的服务作为雇佣实体不可分割的一部分的程度”。<sup>[7]</sup>

1985年日本劳动基准法研究会还提出了“人格从属性和经济从属性复合”的概念并概括为“使用从属性”来,实质上同样是对从属性从人格和经济的一体把握来界定劳动关系的,其是指:“其一,是否为‘指挥监督下之劳动’,其判断因素主要有:对工作或业务之指示是否有权拒绝、工作过程是否接受指挥监督、工作场所或工作地点是否受到指定或管理、是否可由他人代替履行劳务等;其二,劳动报酬是否具有‘对价性’,例如,劳动报酬如果相应于工作时长短而给付,则可辅助判断使用从属性”。<sup>[8]</sup>

通过考察劳动关系产生的原因及各国对劳动关系理论和立法上的认识,我们可以得出结论,劳动关系的基本属性和最大特色是其具有从属性,也是认定一种为劳动关系的核心标准。同时,只有具有从属性的社会关系才有可能成为劳动关系。

## 2. 从属性对劳动关系界定的视角要求

(1)从属性劳动关系加以公法干预的必要性:用人单位控制着劳动者成果的分配权,而劳资关系双方利益的对立性决定了雇主作为利害关系人来主持分配,难以保证分配结果的公正,劳动力价值的满足不仅仅是劳动者自身的劳动对价,而且关乎与之相关的家庭的幸福和整个社会的稳定与和谐;劳动者人权的不断发展,为实现劳动者的“体面劳动”,保障其应有的劳动权,需要对现有的失衡的劳动关系(尤其是某些雇佣关系)加以干预。

(2)劳动关系是对雇佣关系加于干预的结果,后者是前者的原形,雇佣合同由原本的平等性转变为由雇主控制的附和化合同,因而才由劳动合同加以公法上的干预并给弱势劳动者一方倾斜性保护。劳动关系是由雇佣关系发展而来的,两者在性质上是同质的,雇佣关系同样具有从属性,只不过这种从属性的状态还未社会化、普遍化;或者还未达到由劳动法加于特殊保护的必要限度;或者是因为法律滞后与社会生活要求的反映;或者是基于法律对特定关系的特别规定等等。因此,对劳动关系从属性的认识决定了对雇佣关系从属性的认知并给以劳动法“特别关怀”的可能性和合理性。

(3)对一种具有从属性的“非典型”的社会关系应紧扣“从属性”内涵的实质要求:“主体之间的利益失衡”,不应以其某些非实质性要件与典型的劳动关系的不符合来排斥对其纳入劳动法保护的可能和必要。《劳动合同法》第93条规定:“对不具有合法经营资格的用人单位非法经营及用工等违法犯罪行为,由有关部门依法追究法律责任,劳动者已经付出劳动的,该单位或者出资人应当依照《劳动合同法》有关规定向劳动者支付劳动报酬、经济补偿、赔偿金;给劳动者

造成损害的,应当承担赔偿责任。”;《工伤保险条例》第63条规定使用人单位概念的外延得以扩大,即使在用人单位“无营业执照或者未经依法登记、备案”以及“被依法吊销营业执照或者撤销登记”时,与劳动者发生工伤争议时,应“按照处理劳动争议的有关规定处理”;1995年劳动部《关于贯彻执行〈劳动法〉若干问题的意见》规定“中国境内的企业、个体经与劳动者之间只要形成劳动关系,即劳动者事实上已成为企业、个体经济组织的成员并为其提供有偿劳动,适用劳动法”。这些规定实际是对劳动关系“从属性”实质内涵加以体现的立法意旨。

## 二、基于从属性决定劳动关系的若干挑战

### 1. 从属性的强弱之分难以界定相对应的社会关系并施于法律调整

实际上,劳动关系、雇佣关系、民事关系之间或多或少均存在从属性的因素,但三者从属性的强度是递减的,因而决定了法律之间调整的不同和在相互之间边缘地带界定时的困难。而且,三者各自内部的各种特定关系之间也存在从属性强弱的问题,随着社会的发展,会发生在三者范畴认定上大的变动。

### 2. 法律对从属性关系调控“冲撞”和“遗弃”

“冲撞”体现在诸如:保险代理人与其代理公司施属于民事代理关系还是(代理)劳动关系;出租车司机与出租车公司之间属于民事承包经营关系还是劳动关系;家政工人与雇主之间是劳动关系还是劳务关系。(有学者通过分析“家政劳动关系”的从属性要素,并彰显了现代社会家政工人“易受伤害性”等社会性要素,建议将其纳入劳动关系范畴加以调整)。

“遗弃”例如:对于农业雇工与雇主之间的关系所具有的从属性本应由劳动法加以规制,然我国劳动法律至今并未将其纳入诸如非全日制就业、季节性就业、派遣就业等特殊的灵活就业制度中,同时在民事法律中也没有将其作为具有平等性的劳务关系中,使其处于法律的空白规制地带;对于身兼公司高级职员的董事或监事的情况,其作为董事或监事,与公司形成的是委托合同关系,作为高级职员,与公司形成劳动关系。但由于其明显的优势地位,在事实上改变了劳动者的弱势的从属性地位,劳动法理所应当强化对他们的特殊保护,反而应当对其负于犹如对待用人单位一般的责任要求,如竞业禁止,保密义务,违约金协议、人事保证协议等,甚至“限制或禁止公司高级职员组织和加入以普通劳动者为主体的工会组织”,<sup>[9]</sup>这反映了劳动法对此种主体双重身份的价值取舍。

### 3. 劳动法的浓厚的本土性决定了一国对某种社会关系调整的的必要性和可能性

劳动关系是一国内部的社会性关系,基于各国国情的不同,带有明显的本土性。其受到市场经济成熟度经济发展水平的影响(如统筹社会保险基金的规模决定了劳动关系主体可享受的质量和大小);受各国法律完备程度影响,不同国家劳动法律关系的构成不同,且劳动者的维权意识有差距(如我国团结权常流于形式更无罢工权,维权意识较差)“我国的劳动者阶级目前还处在一种历史转变的过程中,尚未形成一种自觉的社会力量,劳动者还处在一种自在的和自发的状态中。而工会的市场化和民主化也没有完成,工会并没有和劳动者共同形成成为市场经济中的劳方力量。这一点,从我国目前的劳动争议中,至今极少见有工会代表劳动者提起争议,而所发生的集体争议几乎都是工人自发提起,即可以清楚地显示出来。”<sup>[10]</sup>受一国教育水平,民族素质的影响(如教育水平越高,其在劳动关系中越能

主导自己,保护自己,如高校教师,其维权能力强,劳动关系主体之间的矛盾相对缓和,进而影响法律的调控重点和力度);更受一个民族所崇尚的价值和理念左右,如美国的自由雇佣模式(EAW)就与其崇尚自由主义的民族文化紧密相连。

4. 从属性特征看“非典型劳动关系(甚至有人认为算不上劳动关系)”对典型劳动关系在认定上的疑虑

就业形式的多样化使劳动关系呈现出复杂化、多元化、分层化的特征,在典型劳动关系之外出现了很多非典型的劳动关系形态。诸如临时工、季节工、小时工、派遣工、家政工、网络远程工、产品直销员、保险推销员、出租车司机、兼职就业、退休人员的返聘等等与典型劳动关系的诸多规则难以匹配,是否应认定为一种特殊的劳动关系?或者在将来待其社会性凸现更为明晰时再纳入劳动法的“特殊关照”之中?又如我国已经逐渐社会化的农业雇工劳动关系中,存在着诸如劳动力形成的周期短,其就业年龄范围较大,不存在传统劳动关系中与雇主相抗衡的第三方力量——工会,作为劳动者的农业雇工劳动者具有明显的兼业性特点;农业雇工劳动关系的内容相对灵活的特殊性,这些均对典型劳动关系提出了挑战。

### 三、对非典型劳动关系(社会关系)救济的原因

#### 1. 劳动权是劳动者的基本人权

宪法上所倡导的“人人享有劳动的权利”所体现的应然性人权价值始终是劳动法不断发展和完善的依据和指引。它告诉我们要始终以劳动者基本人权的保障为依归,适时地发展或限定“劳动者人权”的内涵,进而引导特定时空下劳动关系的界定,并使其有效地反映在法律保障层面上。同时,这样的人权价值引导也使我们必须采取一种弹性的态度来看待劳动法上的“劳动者”、“劳动关系”概念,以使其概念内涵更加契合劳动者的人权要求。有学者就指出劳动权以维持社会秩序的稳定、保障人的生存和促进人的发展为主要目的,因而具有三重价值:秩序价值(“仓廩实而知礼节”,对维护社会秩序的稳定具有重要作用)、生存价值(“是生存权性质的基本权利”)和发展价值(“劳动权的最高价值目标就是人的全面发展”)。<sup>[1]</sup>

#### 2. 从属性决定了劳动法加以倾斜性保护的必要性

劳动关系建立在对平等民事关系的公法倾斜性保障上,其根本原因就是劳动者的从属性(人格上、经济上),它使凡具有从属性的社会关系具有了纳入劳动法保护的可能,但由于社会变动发展的多元化、复杂化,使我们内心既有的已被深刻认知的劳动关系模式难以涵盖新出现的非典型的从属性社会关系。但构成劳动法立论基础的从属性这以核心不会改变,不应该因为其“特殊性”而在主观上弱化对其“共同点”的事实评价。

#### 3. 劳动关系(社会关系)的社会化特征逐渐显露,要求弹性的劳动关系内涵

虽然凡具有从属性的社会关系具有了纳入劳动法保护的可能,但不一定必然就会立即被当时的劳动法加以调整,可能是基于法律变动的滞后性甚至是盲目性;基于社会资源的有限性而暂时无力对其有效规制;或者基于该种关系社会化、普遍化程度还未达到一个社会的广泛关注或引起立法者的重视等等。但反过来给我的启示就是要保持一颗对劳动关系认定的“开放”的心。

### 四、开放型劳动关系模式的选择

#### 1. 劳动关系概念应持一种“内涵明确、外延模糊”的认识观

这是由其核心要素——从属性本身属于一个弹性概念所决定

的。劳动关系的内涵应当指示在具备“从属性质的劳动”上。而外延之所以要模糊,就是基于劳动关系发展的动态性、本土性、渐进性的考虑。笔者赞同德国关于劳动关系中的“劳动”是一个类型而非概念的观点。在劳动关系日益多元化和社会化发展趋势的今天,劳动法中的劳动应保持一种开放的态度,采取弹性的界定方式。而类型是对现有各种概念之上共同点的综合抽象,是真正的“求同存异”,因而满足了劳动关系的开放性、包容性的发展态势。

#### 2. 劳动关系应当适时地将市场化的雇佣关系法制化

劳动关系是由雇佣关系发展而来的,两者性质上是同质的社会关系,应当适时地将市场化的雇佣关系法制化。“劳动关系的前提就是雇佣关系,雇佣关系只不过是进化到以社会为出发点而对劳动关系调整的原形”。<sup>[2]</sup>现今关系劳动关系的探讨,实际上指示的是劳动关系和雇佣关系的区分问题。而劳动关系不过是产业化了的雇佣关系,因此,二者性质上是同质的。虽然目前还不能完全把雇佣关系纳入到劳动法调整,“应当将雇佣合同作广义的理解,扩大劳动关系的范围,这也是雇佣关系社会化和劳动法发展的必然趋势”<sup>[3]</sup>我们应当适时地将市场化的雇佣关系法制化,及时保护劳动者利益。

#### 3. 采取“从属性+可受保障性”的劳动关系界定标准

(1)基于从属性为一切劳动关系产生的基本缘由,是劳动法的立法理据,故应当坚持以从属性作为判断某种社会关系是否属于劳动关系的主要或核心标准。

(2)基于某种从属性社会关系的非典型性、社会性的逐渐凸显性、本土性、社会关系的分层性、复杂性而决定的建立劳动关系的多元性,应当从宏观上确立一种概括式的界定标准,在特定时空下适时地扩大劳动关系的适用范畴。故辅助增加“可受保障性”作为劳动关系的界定标准。虽然概括而难以操作,然作为一种标准的理论上的探讨,是必要的,重要的。它有利于劳动法发展的弹性需求,不断增强其社会适应性,以适时地使劳动法的规范调整与社会现实的劳动法诉求相契合;有利于在疑难或新型社会关系出现时,找到劳动法保障的正义诉求和法律依据;也有利于在特点时空下某种特定社会关系被剔除劳动法保障范畴时找到依据。

(3)从根本上说,之所以确立这样的界定模式,是因为作为据以确立劳动关系的从属性与某种社会关系的可受保障性之间存在有一个“空档”地带,即:

某种具有从属性的社会关系不一定属于劳动法上规制的劳动关系(如人事关系);某种从属性的社会关系可因各国国情的迥异而由不同法律调整(如美国家庭工人、运货司机、保险代理人、企业的销售人员被认定为雇员而被纳入其劳动法调整);如世界各国对于人事关系虽其具有从属性但一般不纳入劳动法调整,而在我国国内劳动关系和农业雇工劳动关系(指农业生产经营者雇用农业雇工劳动者从事农业产业化劳动并给付其劳动报酬的一种用工事实或用工现象)也未纳入劳动法调整,尽管其也有从属性,因为“农业雇工作为我国农村社会中的一种用工现象,不同于西方国家的农场雇工,它是我国特定自然与制度背景下的产物。”<sup>[4]</sup>俄罗斯联邦劳动法典从第251条开始在对妇女和未成年人的权益进行特殊保护规定外,还对其他个别工种的劳动关系加以规定,包括兼职工人劳动关系、合同期限小于两年的劳动关系、季节性劳动关系、轮流作业工人劳动关系、自然人雇工劳动关系、居家做工员工劳动关系、运输业员工劳动关系、教育工作者的劳动关系,甚至规定了派往俄罗斯的外交机构的员工和对派往北极等类似的特殊地区的工作人员的劳动(转第14页)

预见、牢固的法律制度的顺畅供给,社会秩序转轨所给予我国社会安全所带来的压力就会越来越大,甚至有可能产生剧烈的社会动荡和无政府主义、激进主义情节的泛滥。因此,作为法律人,我们面对这一困局必须要提出解决办法,要从根源上转变这一局势。

### 1. 培育社会大众法律文化信仰

弗里德曼认为:“大众法律文化是指人们关于法律与法律过程的想法、态度以及期待。法律文化产生力量,并最终型塑法律制定。”<sup>[5]</sup>一个国家的法律文化最终会影响到该国社会每一个个体的行为机制。法律文化包含了社会主体对于法律的作用的信任,法律的价值认知和法律的功能的判断,决定了人们在何种情况下相信或躲避法律与国家。如果没有形成良好的法律文化传统,就会使社会主体对于法律所提供的机制充满不信任感,不愿意使用法律的手段和途径来解决问题,社会主体更愿意躲避法律。这种对于法律体制的漠视态度会直接从根本上影响法律制度的构建,可以说正是法律信仰在我国法律传统中的缺失才导致了立法往往是政府的主导产物,社会基层群众认为与己无关。同样当遇到社会转轨而带来的不利时他们往往也不愿意采用法律的方式,而是以破坏社会稳定秩序的高压方式。这样社会的法律机制也就失去了它的实效,更多的只是形式的价值。所以必须大力的在群众中培育法律信仰的传统,政府要保障让社会基层群众有渠道参与到立法的过程中并起到实效而不是只是自顾自己的立法。这样久而久之社会群众拥有了法律的信仰,才会使社会一旦出现危机都尽可能在法律所提供的框架内部进行解决从而避免对社会秩序的冲击。

### 2. 政府必须树立多元价值的立法理念

法律的功能价值主义情节是一种盲目、片面的法律实用主义崇拜。以法律来保障经济的发展,如何在最大程度上发挥法律对于市场经济的贡献成了人大和政府各级立法主体的指导目标。这种单一的经济中心的立法只会让社会基层远离法律信仰,也只会让政府和上层精英时刻可以以经济效率的理由来规避法律的规定,制定违背法律公平、自由、民主精神的恶法。法律的价值中所包含的含义是丰富的不仅仅只是有经济效率的维护这一价值,社会公平、社会保障、社会财富的总体均衡都应该是法律所追求的价值目标取向。但是根据国家目前所规定的许多法律法规我们很难看到对这些目标的大力追求。比如政府官员升职的关键在于经济上的业绩,再比如对于遗产税迟迟得不到立法,再比如社会保障法的缺位等等我们都可以看出法律的价值在政府观念中的单一性和功利性。只有树立多元化的立法价值理念,注重效率的同时也要追求公平,才会让社会经济发展更加的健康。尤其是对于转型的社会,首要的不是经济的几何级的发展而应该是时刻将社会的安全稳定至于首位。没有社会的安全与稳定,又何来的经济发展的环境。只有总体的均衡协调社会的财富分配,以法律的方式时刻关注弱势群体的利益,保障社会整体的公平才会让社会主体信任法律的保护,也才会使整个社会秩序受到法律的全面的保护。

## 四、结语

通过本文的分析,我们可以认识到我国的社会问题已经十分严峻,它对于我国尚处在发展中的社会秩序产生了巨大的压力。国家面对此社会顽疾如果不进行体制的改革,谋求建立稳定有效的法律制度那么社会问题会越聚越多,社会中不同阶层之间强烈的利益冲突也会越来越激化。法律制度作为市场经济的守护者和国家安全的保卫者必须要发挥其应当具有的社会功能:调节社会不同群体的

财富,建立有效的生活保障机制、保障不同阶层之间可以公平竞争流动等等。法律制度的建设成功与否在很大程度上会影响到我国社会秩序重建能否取得成功。因此,政府和学者们必须时刻关注我国法律制度建构的问题。□

### 参考文献:

- [1]刘易斯. 发展计划[M]. 北京:北京经济学院出版社,1988:78.
- [2]贝卡利亚. 论犯罪与刑罚[M]. 黄风,译. 北京:中国大百科全书出版社,1996:12.
- [3]蔡定剑. 历史与变革[M]. 北京:中国政法大学出版社,1999:378.
- [4]中国法律法规信息系统[EB/OL]. 1949-10-01~2004-04-01.
- [5]弗里德曼. 选择的共和国:法律、权威与文化[M]. 高鸿钧,译. 清华大学出版社,2005:33.

(接第11页)

关系进行了规定,体现出各国劳动法的差异性;<sup>[5]</sup>某种从属性社会关系的社会化程度不够或者这种从属性强度不大而暂时未纳如劳动关系范畴(如我国网络远程家庭劳动);某种从属性社会关系因调整成本太高而暂时难以救济(如对农业工人的社会保险的建立等)。

(4)可以说,从属性“度”的掌握直接关系到劳动者与独立契约人的区分,这不仅是个案综合判断的问题,也是一国劳动法制发展对于劳动关系与劳务关系所涉从属性“度”的价值选择问题,劳动关系之从属性“度”到底可以软化到何种程度呢?然而,实务操作上必须要有一个相对可行的方案进行指引,笔者认为,我们很难在法律上给出一个标准,只能在较低的法律规范中进行要素归纳,逐步探索,对个案进行具体、综合判断,寻求相对正义。结合上述对劳动关系从属性的分析,笔者以为,可以按照以下要素结合具体案件进行个案分析:一是对雇员的技能要求程度;二是劳动工具来源;三是工作地点;四是双方当事人关系持续时间;五是雇佣方是否有权利分配额外的工作给受雇方;六是受雇方决定工作时间开始和长短自由范围;七是报酬支付方式;八是受雇在雇佣和提供帮助中的角色;九是该工作是否是雇佣方日常营业之一部分;十是雇员独立经营程度;十一是雇员利益内容;十二是被雇方税收缴纳情况等。

总之,劳动法及劳动关系的发展趋势是开放型的,随着社会转型的深化,劳动关系还会面临更多更复杂的特殊形态,我们应做的,只能是认真看待它,接纳它! □

### 参考文献:

- [1]黄越钦. 劳动法新论[M]. 北京:中国政法大学出版社,2003:6.
- [2]常凯. 论个别劳动关系的法律特征——兼及劳动关系法律调整的趋向[J]. 中国劳动,2004(4):15.
- [3]黄越钦. 劳动法论[M]. 台湾:三民书局,1993:88.
- [4]高海霞. 农业雇工劳动关系及其法律调整[D]. 吉林大学硕士学位论文,2008:14.
- [5]黎建飞,陈闯. 家庭劳动法律制度的比较与思考[C]//林嘉. 劳动法评论(第一卷)[M]. 北京:中国人民大学出版社,2005:188.
- [6]黄越钦. 劳动法论[M]. 台湾:三民书局,1993:88.
- [7]林晓云等. 美国雇佣劳动法[M]. 北京:法律出版社,2007:21-22.
- [8]日]劳动省劳动基准局. 劳动基准法研究报告书[Z]. 1986:53.
- [9]唐英. 公司高级职员劳动关系略论[J]. 吉林财税高等专科学校学报,2003(2):64.
- [10]中国工会统计年鉴(2000年)[Z]. 北京:中国统计出版社,2001:80-81.
- [11]李炳安. 劳动权论[M]. 北京:人民法院出版社,2006:29.
- [12]杨晓蓉. 劳动关系与雇佣关系的界定及实务问题探讨[J]. 中国劳动,2005(8):18.
- [13]姜颖. 劳动合同论[M]. 北京:法律出版社,2006:22.
- [14]高海霞. 农业雇工劳动关系及其法律调整[D]. 吉林大学(硕士学位论文),2008:2.
- [15]俄罗斯联邦劳动法典[Z]. 蒋瑞宇,译. 北京:北京大学出版社,2009:154-189.

作者: 徐志强  
作者单位: 西南政法大学民商法学院, 重庆, 401120  
刊名: 内蒙古农业大学学报(社会科学版)  
英文刊名: Journal of Inner Mongolia Agricultural University(Social Science Edition)  
年, 卷(期): 2012, 14(1)  
被引用次数: 1次

## 参考文献(15条)

1. 黄越钦 劳动法新论 2003
2. 常凯 论个别劳动关系的法律特征--兼及劳动关系法律调整的趋向[期刊论文]-中国劳动 2004(04)
3. 黄越钦 劳动法论 1993
4. 高海霞 农业雇工劳动关系及其法律调整 2008
5. 黎建飞;陈闯 家庭劳动法律制度的比较与思考 2005
6. 黄越钦 劳动法论 1993
7. 林晓云 美国雇佣劳动法 2007
8. 劳动省劳动基准局 劳动基准法研究报告书 1986
9. 唐英 公司高级职员劳动关系略论[期刊论文]-吉林财税高等专科学校学报 2003(02)
10. 中国工会统计年鉴(2000年) 2001
11. 李炳安 劳动权论 2006
12. 杨晓蓉 劳动关系与雇佣关系的界定及实务问题探讨 2005(08)
13. 姜颖 劳动合同法论[外文期刊] 2006
14. 高海霞 农业雇工劳动关系及其法律调整 2008
15. 蒋璐宇 俄罗斯联邦劳动法典 2009

## 引证文献(1条)

1. 祁丽颖 劳动法视野中劳动关系认定问题的思考[期刊论文]-法制博览 2012(9)

本文链接: [http://d.g.wanfangdata.com.cn/Periodical\\_nmgnxyxb-shkxb201201004.aspx](http://d.g.wanfangdata.com.cn/Periodical_nmgnxyxb-shkxb201201004.aspx)