

劳动关系不同类型之法律适用问题探讨

刘建录

(河北经贸大学, 石家庄 050061)

摘 要: 从不同角度对劳动关系进行不同类型的分类, 诸如规范劳动关系与事实劳动关系、标准劳动关系与非标准劳动关系、个体劳动关系与集体劳动关系、单一劳动关系与双重劳动关系、全日制劳动关系与非全日制劳动关系、直接劳动关系与间接劳动关系、试用劳动关系与正式劳动关系等等, 从不同方面揭示劳动关系的内涵, 而且由于类型不同导致适用法律会有一定的差别。

关键词: 事实劳动关系; 非标准劳动关系; 法律适用

中图分类号: D922.5

文献标志码: A

文章编号: 1002-2589(2013)25-0151-03

由于建立劳动关系的方式不同, 以及参与劳动关系的主体、合乎法律法规的要求方面的差异, 导致劳动关系表现出不同的形式, 形成了不同类型的劳动关系, 它们既有一定的共性, 又存在一定的差别。为了寻找它们的共性, 辨别其差异, 更全面地了解劳动关系的内涵, 正确地解决形形色色的劳动关系问题, 本文对此进行了以下梳理。

一、规范劳动关系与事实劳动关系

规范劳动关系是指符合劳动法律规范的劳动关系, 不仅有劳动关系的内容即用工行为, 而且有符合劳动关系的法定形式即订有书面劳动合同。我国《劳动法》和《劳动合同法》都规定: “建立劳动关系, 应当订立书面劳动合同。”事实劳动关系是指没有订立书面的劳动合同但事实上具有用工行为的劳动关系, 它是非规范的劳动关系^[1]。我国《劳动合同法》规定: “用人单位自用工之日起即与劳动者建立劳动关系。”可见, 虽没有订立书面劳动合同, 只要有事实上的用工行为亦可形成劳动关系, 只不过这种劳动关系由于缺乏法定的书面形式, 因而学理上称之为事实劳动关系。毫无疑问, 规范劳动关系会得到劳动法律的认可, 理所当然地转化为劳动法律关系, 劳动关系当事人受劳动法保护, 享有承担劳动法的权利义务; 而事实劳动关系由于这样或那样的缺少法律规定的条件, 能否转化为劳动法律关系, 多大程度的转化, 要区分不同情形来看待。

(一) 未签订书面劳动合同的事实劳动关系

未签订书面的劳动合同, 可能是用人单位的原因, 也可能是劳动者的原因。有些用人单位出于经济上的考虑, 为了少缴纳社会保险费, 推迟工资支付时间, 规避经济补偿金的支付, 从而故意不与劳动者签订书面劳动合同, 绝大部分用人单位不与劳动者签订书面合同恐怕是这方面的原因。而劳动者大多是由于就业压力的影响, 为急于找到工作, 在未明确劳动条件、未订立书面劳动合同的情况

下就匆忙与用人单位建立了劳动关系。也有一些小企业的老板文化水平不高, 再加上碰到一些文盲的劳动者, 劳动关系的双方当事人根本就没有订立书面劳动合同的意识, 就直接建立起了劳动关系。实践中, 有的劳动者是因为双重劳动关系的原因, 第二个劳动关系不想签订劳动合同。不管是哪一方面的原因, 就劳动关系建立而言, 是符合双方当事人意愿的, 因此, 只要劳动关系的内容不违法, 即用人单位的用工不是在从事违法犯罪行为, 劳动法就应认可这种劳动关系, 使其转化为劳动法律关系: 第一, 双方补签劳动合同; 第二, 用人单位向劳动者支付劳动报酬, 需要依法支付双倍工资的, 还应支付双倍工资; 第三, 办理劳动关系存续期间的社会保险; 第四, 遵守劳动法规定的工资、工时、加班、劳动保护等制度; 第五, 终止劳动关系时, 依法支付经济补偿金、赔偿金。

(二) 原劳动合同期满未及时续订所形成的事实劳动关系

劳动合同期满, 原单位没有与劳动者续订劳动合同, 而劳动者却继续留在原单位工作, 原用人单位也没有提出异议, 双方仍按原工作岗位、工作地点、工作时间以及原工资待遇和社会保险等继续履行原合同的一些内容, 此时双方形成是事实劳动关系, 还是不定期劳动合同关系? 不同的定性, 直接影响着劳动关系当事人不同的权利义务。如果是事实劳动关系, 双方随时都可以终止, 而且不需要提前通知对方; 但如果是不定期劳动合同关系, 用人单位要解除必须具有法定情形下才可以, 否则给劳动者造成损失须承担赔偿责任, 任何一方要解除都必须提前通知。目前学界对此定性仍有不同看法, 笔者赞同按事实劳动关系对待, 因为双方毕竟没有“续签”, 存在这么一个客观事实, 既然没有证据证明此时双方有书面的劳动合同, 就不应按劳动合同关系对待, 当然如果此时已符合无固定期限劳动合

收稿日期: 2013-05-30

作者简介: 刘建录(1963-), 男, 河北大名人, 讲师, 从事劳动法研究。

同的条件,出于对劳动者权益的保护,可视同双方存在无固定期限劳动合同法律关系。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》第16条:“劳动合同期满后,劳动者仍在原单位工作,原用人单位未表示异议的,视为双方同意以原条件继续履行劳动合同。一方提出终止劳动关系的,人民法院应当支持。根据《劳动法》第二十条规定,用人单位应当与劳动者签订无固定期限劳动合同而未签订的,可视为双方之间存在无固定期限劳动合同,并以原劳动合同确定双方的权利义务。”可见,司法解释的态度:第一,此种情况属于事实劳动关系,使用“终止”而非“解除”;第二,双方的权利义务按原劳动合同确定;第三,任何一方都有权随时终止事实劳动关系。如果终止双方的劳动关系,就应当按照劳动和社会保障部《关于确立劳动关系有关事项的通知》(2005-05-25)规定:“用人单位提出终止劳动关系的,应当按照劳动者在本单位工作年限每满一年支付一个月工资的经济补偿金。”如果双方愿意维持劳动关系,就应该续订或补签书面的劳动合同。

(三)因履行无效劳动合同所形成的事实劳动关系

劳动合同一旦被确认无效,其所确立的劳动关系即为事实劳动关系^[2]。我国劳动合同法对劳动合同的效力只涉及无效与有效两种情况,也就是说劳动合同要么有效,要么无效,没有第三种情况。劳动合同有效,参照民事法律是指同时具备三个条件:即主体合格、意思表示真实和内容不违反法律与社会公德。劳动合同无效当是不具备有效条件的情况,包括主体不合格无效、意思表示不真实无效和内容违法无效三种情形。我国《劳动合同法》第26条规定:“下列劳动合同无效或部分无效:(一)以欺诈、胁迫的手段或者乘人之危,使对方在违背真实意思的情况下订立或者变更劳动合同的;(二)用人单位免除自己的法定责任、排除劳动者权利的;(三)违反法律、行政法规强制性规定的。”在该条规定的三种情形中,第一种属意思表示不真实导致的无效,第二、三种属内容违法导致的无效。该条规定并未涉及主体不合格劳动合同的效力,但根据王全兴教授的分析,第三种无效情形的规定涉及了主体不合格情况下的合同效力。王教授认为,强行性规范是当事人不得通过约定排除其适用的规范,包括取缔性规范和效力性规范,取缔性规范被违反所发生的法律后果,是致使取缔违反此规范的行为,对行为人给予制裁,而不影响违反此规范的行为在私法上的效力,亦即该行为并不因违反此规范而无效^[3],诸如劳动合同违反《劳动合同法》第9条要求劳动者提供担保,或违反《劳动合同法》第17条缺少劳动合同必备条款等都不会导致合同无效,而是如《劳动合同法》第81条、第84条规定的那样,由劳动行政部门,责令改正,并予以处罚。效力性规范是指违反此规范,不仅取缔违反此规范的行为,对行为人给予制裁,而且否认此规范之行为在私法上的效力,亦即该行为因违反此规范而无效。例如,法律和行政法规中关于劳动者最低就业年龄的规定和用人单位必须具有合法经营资格的规定,就属于效力性规范。招用童工或用人单位不具有合法资格的劳动合同不发生法律效力,其劳动关系应当终止。因此,本条规定中的“强制性规定”,仅限于效力性规范,而不包括取缔性规范。

关于劳动合同被确认无效后的法律后果。根据我国《劳动合同法》第28条、第38条、第39条、第46条、第86

条、第93条的规定,对于第26条第一种无效情形,如是劳动者的过错造成的,用人单位可以随时解除劳动合同,无需支付经济补偿金,给其造成损失的,有权要求劳动者赔偿,但如劳动者付出劳动的,应当向其支付劳动报酬;如是用人单位的过错造成的,劳动者可以随时解除劳动合同,并有权要求用人单位支付劳动报酬、经济补偿金,给其造成损失的,有权要求赔偿。对于第26条规定的第二种无效情形,这种情况是用人单位利用自己的强势故意在劳动合同中,规定免除自己的法定责任、排除劳动者权利的内容,直接侵害劳动者的合法权益。这种条款若不影响本合同的其他条款的效力,只是该条款无效,劳动者仍享有劳动法规规定的各种权利;这种条款若影响到其他条款的效力,致使合同目的不能实现,将导致该劳动合同整体无效,劳动合同被确认无效后,除劳动者因付出劳动而享有劳动报酬权外,还享有哪些权利,《劳动合同法》未做出明确安排,这对劳动者极为不公平,因为这种情况完全是用人单位的过错造成的,劳动者没有任何过错,这不能不说是《劳动合同法》的疏忽。对于第26条规定的第三种无效情形,它又可具体分为三种情况:一是劳动合同违反劳动基准法规定,如违反工资公示制度用人单位与劳动者约定半年支付一次工资、每天工作10个小时等、违反对特殊劳动者保护的法律规定规定结婚将解除合同等等,此种情况的法律后果同前述第二种无效情形;二是用人单位不具有合法经营资格却非法用工,导致其劳动合同无效,用人单位不能以自己不具备用工资格而免责,劳动者仍有权依照相关定向用人单位索取劳动报酬、经济补偿金或赔偿金,如果名义上的用人单位事实上并不存在或被取缔了,那么就应由其出资人来对劳动者承担有关法律责任;三是非法组织招用劳动者进行违法犯罪活动,第三种情况属非法劳动关系,不能转化为劳动法律关系,而是直接转化为行政法律关系或刑事法律关系,是应当受到法律制裁的。

(四)挂名劳动者是否构成事实劳动关系

挂名劳动者或冒名顶替参加劳动,是否与用人单位构成劳动关系,视具体情况而定。如果劳动双方主体与劳动内容都不违反法律禁止,从保护劳动者的角度出发,应认定为劳动关系,否则按无效劳动对待,劳动者无过错的,应给予劳动法上的保护,但它们的关系不是劳动关系。

二、个别劳动关系与集体劳动关系

1.个别劳动关系,即劳动者个人与雇主之间的关系,又谓狭义上的或直接意义上的劳动关系,它是劳动关系的基本形态。人们通常所说的劳动关系,诸如建立劳动关系、事实劳动关系等,都是指的是个别劳动关系。

2.集体劳动关系,是指工会代表劳动者一方与雇主或雇主组织,为了劳动条件、劳动标准以及有关劳资事务的协商交涉而形成的社会关系^[4]。集体劳动关系是在个别劳动关系的基础上发展起来的,是劳动者为了改变对雇主的弱势地位,通过斗争而争取到劳动三权(结社权、集体谈判权和集体行动权)后所形成的一种社会关系。集体劳动关系形成的形式标志是生效的集体协议或叫集体劳动合同,集体劳动合同必须是书面形式,而且必须送交劳动行政部门备案才具有法律效力,因而集体劳动关系不会像个别劳动关系那样有事实上的劳动关系。集体劳动关系的实施是为了保证个别劳动关系当事人的合法权益得到实现;正如

个别劳动合同不得违反集体劳动合同一样,个别劳动关系不得违反集体劳动关系,集体劳动关系中对劳动者的保护标准是最低标准,个别劳动关系可以高于这个标准,但不得低于它。

三、标准劳动关系与非标准劳动关系

根据用人单位和劳动者的用工模式,劳动关系分为标准劳动关系和非标准劳动关系^[4]。标准劳动关系的特点表现为用人单位与劳动者之间为一重劳动关系、实行八小时全日制劳动、劳动者听从一个雇主的指挥,法律在调整时也建立了相应的最低工资和基本的社会保险等一系列制度。对于双重或多重劳动关系、非全日制劳动关系、遵守多个雇主指挥的用工关系,称之为非标准劳动关系,有些地方立法称之为特殊劳动关系。

(一)非标准劳动关系的类型

1. 劳务派遣中的非标准劳动关系。劳动关系按照实现劳动过程的方式可以划分为两类:一类直接实现劳动过程的劳动关系,即用人单位与劳动者建立劳动关系后,由用人单位直接组织劳动者进行生产劳动的形式;另一类间接实现劳动过程的劳动关系,即劳动关系建立后,通过劳务输出或借调等方式由劳动者为其他单位服务以实现劳动过程的形式。劳务派遣属于第二种。在劳务派遣关系中,劳务派遣单位是法律上的雇主,是用人单位,承担劳动法上用人单位的全部义务,它与劳动者是标准劳动关系,而用工单位是形式上的雇主,它与劳动者形成特殊劳动关系(不是实质意义上的劳动关系,只是形式上像劳动关系而已),又称非标准劳动关系,但如果派遣单位不具有合法的派遣资质或未与劳动者签订劳动合同,那么用工单位就可能与劳动者形成事实劳动关系,成为标准劳动关系。

2. 非全日制劳动关系。在劳动法范围内的用工包括全日制用工和非全日制用工。国际劳工组织 175 号公约《非全日制工作公约》第一条规定,非全日制劳动,也称部分时间劳动,是指劳动者可以与多个雇主建立劳动关系的一种就业形式。它与全日制劳动的区别:第一,非全日制的工作时间少于全日制劳动,我国劳动合同法规定,劳动者在同一用人单位一般平均日工时不超过 4 小时,周工时累计不超过 24 小时,否则,即为全日制用工。第二,全日制用工一般只有一重劳动关系,即“一人一职”,非全日制用工则可以同时存在双重或多重劳动关系,称之为“一人多职”。非全日制劳动关系的特殊性决定了调整这种劳动关系应当适用劳动法的特别规定。

3. 兼职形成的双重劳动关系。一个劳动者不可能与两个以上的用人单位同时建立全日制劳动关系,但他可以与一个用人单位建立全日制劳动关系后,利用业余时间再与其他单位建立非全日制的劳动关系,这种情况即通常所说的兼职,因兼职会形成双重劳动关系。我国劳动法和劳动合同法对此既没有明确禁止,也没有从正面做出肯定。《劳动法》第 99 条规定:“用人单位招用尚未解除劳动合同的劳动者,对原用人单位造成经济损失的,该用人单位应当依法承担连带赔偿责任。”意为在不给原用人单位造成损失的情况下,可以招用兼职劳动者建立劳动关系。《劳动合同法》第 39 条规定:“劳动者有下列情形之一的,用人单位可以解除劳动合同,劳动者同时与其他用人单位建立劳动关系,对完成本单位的工作任务造成严重影响,或者经用人单位提出,拒不改正的。”只要不是兼职严重影响本单位

的工作或者单位明确禁止兼职,劳动者都可以合法地建立双重劳动关系。在其他法律文件中有明确允许特殊人员兼职的规定。1998 年 1 月国务院办公厅《国家科委关于科技人员业余兼职若干问题的意见》,允许科技人员在完成本职工作的前提下,在其他单位业余兼职。原劳动部办公厅《关于因企业职工流动等问题发生过劳动争议是否受理的复函》规定,“企业的科技人员在完成本职工作的前提下,可以在其他单位业余兼职(即从事第二职业),并签订聘用合同。因此,职工因从事第二职业与用人单位发生劳动争议,劳动仲裁委员会可依据《劳动争议处理条例》第二条受理,并依据上述文件规定和聘用合同予以处理。”该复函明确了兼职人员与兼职单位之间的争议是劳动争议,从而确认了兼职行为属双重劳动关系,而非劳务关系。只不过这种劳动关系不是标准劳动关系,而是特殊形态的劳动关系。

4. 再就业形成的双重劳动关系。一些国有企业,为了安置相对过剩的劳动者,根据不同情况对不同的劳动者采取停薪留置,或提前退休,或下岗待岗,甚至因经营性困难直接放长假等方式,长期达到分流过剩人员的目的。单位和这些被分流的人员约定保留劳动关系的同时,允许他们再就业,与新的用人单位建立劳动关系。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(三)》第八条规定,对上述情况人民法院应当按劳动关系处理。相应的,劳动者与新的用人单位之间因劳动关系产生的争议也应当适用劳动法律法规^[5]。

(二)非标准劳动关系中用人单位的义务

标准劳动关系的当事人要遵守所有劳动基准法律规定;而非标准劳动关系则遵守部分劳动基准法律规定,如工作时间、劳动保护和最低工资等。至于社会保险,标准劳动关系实行用人单位和劳动者共同承担,单位负责缴纳的模式,而在非全日制用工中,由于存在多个用人单位,因而法律应做出特殊规定。劳动部《关于非全日制用工若干问题的意见》规定,从事非全日制用工的劳动者应当参照个体工商户的参保办法参加养老保险,可以以个人身份参加基本医疗保险,单位只负责缴纳工伤保险。而对于双重劳动关系,为了更好地保护劳动者的权益,笔者以为:第一,新的用人单位有缴纳社会保险的义务。第二,发生工伤事故时新的用人单位负有赔偿义务。劳动者在新的用人单位工作期间发生工伤事故的,应当由新的用人单位承担工伤待遇的各项义务。第三,在劳动合同解除或终止后新的用人单位有补偿的义务。

参考文献:

- [1]王林清.劳动争议热点问题司法实务指引[M].北京:人民法院出版社,2010:43.
- [2]王全兴.劳动合同法条文精解[M].北京:中国法制出版社,2007:98.
- [3]郑尚元,李明海,扈春海.劳动和社会保障法学[M].北京:中国政法大学出版社,2009:42.
- [4]董保华,杨杰.劳动合同法的软着陆——人力资源管理的影响与应对[M].北京:中国法制出版社,2007:31-93.
- [5]奚晓明.最高人民法院劳动争议司法解释(三)的理解与适用[M].北京:人民法院出版社,2010.

(责任编辑:李 慧)

劳动关系不同类型之法律适用问题探讨

作者: [刘建录](#)
作者单位: [河北经贸大学, 石家庄, 050061](#)
刊名: [学理论](#)

英文刊名: [Theory Research](#)
年, 卷(期): [2013 \(25\)](#)

本文链接: http://d.g.wanfangdata.com.cn/Periodical_xl1201325066.aspx