

非标准劳动关系确认标准探讨

■ 童志雄

摘要: 从当前的社会经济发展来看,工业化经济向全球化经济发展是必然趋势,在这种趋势下,非标准劳动关系呈现出规模的现象也是必然的。由于非标准劳动关系相比标准劳动关系存在许多不同的特征,形式也多种多样,给劳动关系的确认造成了很大的难度。而在当前我国的立法体系中,关于非标准劳动关系的立法还不够完善,司法实践中对非标准劳动关系的认定也不够统一。劳动关系的确认是劳动实体法和程序法要解决的首要问题,其决定了劳动法的调整对象和适用范围,也是一切劳动争议案件的基础问题。

关键词: 劳动关系 非标准 劳动争议

自原劳动和社会保障部 2005 年 5 月发布的《关于确立劳动关系有关事项的通知》实施以后,确认劳动关系作为劳动争议处理的一个单独的案由正式产生。如今 7 年多过去了,确认劳动关系争议在劳动争议案件中的比重越来越

大,尤其是 2008 年《劳动合同法》实施后,劳动者的权利保护进一步加大,劳动关系的范畴进一步扩展,也在数量上和难度上增加了劳动争议处理机构对确认劳动关系的负担。以浙江省宁波市为例,全市各级劳动仲裁机构

受理的确认劳动关系案件数量呈逐年上升趋势:2011 年共受理确认劳动关系案件 738 件,2012 年受理 779 件;市本级 2011 年全年受理 96 件,2012 年受理 119 件。仔细分析在劳动争议实务中发生的确认劳动关系案件,我

争议处理结果的扩张适用制度

群体劳动争议中,由于劳动者一方人数众多,且许多劳动者可能因为工作地点变化等原因而没有参加到代表人劳动争议处理中。为了避免为参加争议处理的劳动者再次聚集,引起新的群体争议,可以引入《民事诉讼法》人数不确定的代表人诉讼制度的模式。在发生群体性劳动争议时,劳动争议处理机构可以发出公告,说明案件情况和诉讼请求,通知权利人在一定期间向争议处理机构登记。争议处理机构作出的判决、裁定,对参加登记的全体权利人发生法律效力。未参加登记的权利人在诉讼时效期间提起争议处理申请的,适用该裁决、判决、裁定。

完善签订集体合同、订立企业规章制度争议的调解制度

签订集体合同、订立企业规章争议的解决,在大方向上我们依然可以坚持劳动法协调解决思路,从其他发达市场经济国家的一般经验来看,这种协调解决应主要表现为调解。签订集体合同、订立企业规章争议的调解程序,可以根据是否涉及到国计民生而分别设计为合意调解制度和强制调解制度。

合意调解,是以当事人愿意将争议提交给调解机关为前提。根据发达市场经济国家的经验^④,调解机构由双方当事人选任的人构成,其目标是促使双方当事人达成合意,一旦达成合意,则该合意就具有集体合同的效力。如果双方

无法达成合意,则调解机构可以做出合意建议,供争议的双方参考解决争议。

强制调解,是处于辅助性的调解程序,它主要适用于涉及国计民生的行业。在此行业发生争议,则争议双方可以申请调解机构调解,调解机构也可以主动介入调解。调解机构做出的调解协议具有法律的约束力,对当事人双方而言,相当于集体合同。

作者单位
中国劳动关系学院

本文为中国劳动关系学院青年课题《用人单位劳动规章制度法律问题研究》(项目编号为 13YQ005)的阶段性成果。

们得出一个基本共识：在司法实务中，非标准劳动关系的确认，是确认劳动关系中最容易产生的争议，也是最难解决的问题。

■ 劳动关系确认中存在的非标准劳动关系问题

在现实生活中，非标准劳动关系的灵活性和不稳定性往往引起用人单位和劳动者对双方权利义务的争议，从而需要通过确认劳动关系来确定双方所调整的法律关系。通过对劳动关系确认中众多案例的分析，笔者归纳出三大类不同于标准劳动关系的非标准劳动关系确认案件：

一是双重或多重劳动关系。此类案件中，劳动者一般与原用人单位建立有形式上的劳动关系，包括存在劳动合同关系和社会保险关系，但实际上，劳动者与原用人单位却不存在用工关系。同时，该劳动者与新用人单位建立了实际的用工关系，却又不具备劳动关系的形式要件。劳动者与新用人单位是否构成劳动关系？

二是提供服务者与使用服务单位之间的劳动关系。独立从事某项服务的人员与使用其服务的雇主之间存在着劳动关系和服务关系边缘不清的情况，如护工、翻译、广告推销员、保险推销员，等等。能否将其纳入到劳动关系的认定范畴？

三是个人承包经营者所雇用的劳动者与承包者及发包者之间的劳动关系。个人承包者所雇用的劳动者虽不是发包者雇用，能否将发包者作为用人单位主体？如不能，劳动者与个人承包经营者又属于何种关系？是民事雇用关系还是劳动关系？

这三个在劳动关系确认中普遍存在的典型问题引起我们思考：某些具备一部分劳动关系特征的法律关系，

以确认劳动关系的标准来看却很难得出一个非常明确的结论。

■ 我国现行劳动关系确认标准缺陷

现行劳动关系确认标准

在理论上，国外的劳动法学界关于劳动关系确认的学说主要有从属说和控制说两类。按照大陆法系和英美法系关于劳动法的学说理论分类，关于劳动关系确认的标准，大陆法系采取的是从属说，英美法系采取的是控制说。

我国属于大陆法系，在理论上自然更接受大陆法系的“从属说”标准。在我国的关于劳动关系确认的专门立法中，原劳动和社会保障部《关于确立劳动关系有关事项的通知》（劳部发〔2005〕12号）是目前最高层面的劳动关系确认标准。该通知也围绕劳动关系的“从属性”特征，作为确认劳动关系的出发点和立足点，提出了劳动关系确认的三项标准：用人单位和劳动者符合法律、法规规定的主体资格；用人单位依法制定的各项劳动规章制度适用于劳动者，劳动者受用人单位的劳动管理，从事用人单位安排的有报酬的劳动；劳动者提供的劳动是用人单位业务的组成部分。此三项标准归纳起来为：主体适格、人格从属、业务从属。至今为止，该通知仍是我国劳动仲裁和人民法院在审理确认劳动关系案件中，最普遍适用的裁判标准。

现行确认标准的优越性

首先，《关于确立劳动关系有关事项的通知》确定的三项标准表述非常明确、清晰，在司法实践中被普遍适用。

其次，三项标准中的第二项新创设了一个“规章制度适用说”，这是对人格从属性的一个深化，既具有中国特色，又有其相当的现实意义。因为，在大陆法系的“从属说”标准中，人格从属性是其核心标准，但人格从属性如

何量化，在司法实践中却是一个难题。如果参考英美法系“控制说”中的“指挥命令”理论，那么又有一定的局限性，如相对于自由的技术人员或销售人员，在工作中并不完全受用人单位的“指挥命令”，是否就一定不是该用人单位的员工，这显然也是不妥当的。“规章制度适用说”就很好地解决了这个问题。

现行确认标准在确认非标准劳动关系中存在的缺陷

前面归纳的三类争议案件，最大的问题是用人单位的主体适格问题。

第一，两个或多个用人单位是否符合合法的用人单位主体资格。基于我国传统劳动法学中劳动者与用人单位唯一对应，一个劳动者只能有一个用人单位这一基本观念，一般排除两个或多个用人单位的合法性。那么，第一类案例的双重或多重劳动关系就无法被认定为劳动关系，但实际上，劳动者与后一用人单位之间的从属性虽不完全符合劳动关系确认的标准，却恰恰远强于其与前用人单位之间形式上的劳动关系。这是现行法律与客观事实的一个矛盾。

第二，个人承包经营的用工主体资格问题。从劳动法和劳动合同法规定的用人单位只能是我国境内的企业、个体经济组织、民办非企业单位等组织。显然，个人承包经营者不属于劳动法范围内的用人单位主体资格。但《关于确立劳动关系有关事项的通知》第四条为此开了一个口子，即建筑施工、矿山企业等用人单位如将其工程或经营权发包给不具备用工主体资格的组织或自然人，对该组织或自然人招用的劳动者，由具备用工主体资格的发包方承担用工主体责任。这就与其第一条以及“从属说”的理论产生矛盾了，该劳动者既不是发包方招用，又未从事发包方安排的劳动，也未从发包方处领取报酬，更不受发包方的规章制度约束，

其与发包方没有任何的人身附属关系，如何就成为发包方的员工了呢？这显然也不符合劳动者的真实意思表示。

综上所述，我国从“从属说”发展而来的确认劳动关系标准，在解决双重劳动关系和个人承包经营用工关系上，遇到了难以解决的问题。

■ 非标准劳动关系的确认标准及实务分析

非标准劳动关系确认标准分析

如果仅凭一般确认标准劳动关系的“从属论”标准来认定非标准劳动关系是否成立，容易因其从属性尤其是组织从属性的弱化，而造成不准确的判断。特别是大陆法系的“从属论”标准，一般是界定雇主——用人单位主体资格入手来认定劳动关系的成立，而非标准劳动关系与标准劳动关系相比，恰恰是用人单位主体的不确定性，如多重劳动关系、个人承包经营关系等。因此，笔者认为，完全以“从属论”标准来作为认定非标准劳动关系的标准是不全面的。

再来看“控制论”。虽然“控制论”强调的是雇员身份确认，而不强调雇主资格，看似与非标准劳动关系的主体特点相适应。但是，控制论更强调雇用者对雇员的控制，强调用人单位对劳动者的指挥和命令，这又与灵活用工形式下劳动者拥有更大的弹性和自由度相矛盾。

综上分析，在非标准劳动关系的认定上，单单照搬确认“从属论”或“控制论”，显然是不太符合实际要求的。董保华教授在《论非标准劳动关系》中提出的将劳动关系的“三分”和“三合”作为非标准劳动关系的特征，本文认为是比较清晰地把握了区分非标准劳动关系与标准劳动关系的关键点，不但在理论上有着充分的依据，而且在法律实践上有很好的体现。

所谓劳动关系的“三分”，是指劳动关系与工作场所分离，即劳动关系在空间上的分离；劳动关系与持续性工作分离，即劳动关系在时间上的分离；劳动关系中雇用与使用分离，这是劳动关系内容上的分离。

非标准劳动关系相对于标准劳动关系在空间上、时间上、内容上的“三分”，导致非标准劳动关系下用人单位与劳动者的联系明显不如标准劳动关系紧密，组织从属性明显弱化。在这种情况下，劳动关系的“三合”就是突出各种非标准劳动关系的特征，给劳动关系增加了新的内容。通过对劳动关系“三合”的分析，可以对非标准劳动关系的确认标准有一个更清晰的认识。

劳动关系“三合”在实务中的分析

劳动关系“三合”即劳动关系与经营关系重合、劳动关系与服务关系重合、劳动关系与劳动关系重合，与本文开始时的三类案例正好相对应。

劳动关系与劳动关系重合主要是指一个劳动者同时接受两个或多个雇主，在不同的时间接受不同的雇主的指令和管理。非全日制就业、兼职就业是典型的劳动关系与劳动关系重合的情形，非全日制就业和兼职就业的劳动者往往同时存在一个标准的全日制劳动关系，该全日制劳动关系与非全日制就业或兼职就业重合，就产生了劳动关系与劳动关系重合。在实务中，我们对此类案件一般认定双方存在劳动关系。

服务关系可以说是劳动关系的一种边缘关系，尽管在理论上两者之间是存在区别的，但在司法实践中却始终存在着边缘不清的情况。在理论上，我们一般用从属性的强弱程度来进行区别，具体可以从劳动力的支配权、劳动报酬行政、风险责任划分等方面进行量化。对于劳动关系与服务关

系重合的非标准劳动关系类型，无论从立法角度，还是从司法实践角度，目前还倾向于认定为民事雇用关系，受民法调整。这种观点是否适合当前市场经济发展的趋势，理论界充满了争议。

相对于前两种重合，劳动关系与经营关系重合在劳动关系确认的司法实践中争议最大，人力资源和社会保障行政部门和人民法院在对该类劳动关系的确认一直存在不同看法。承包关系与劳动关系重合的情况在劳动关系确认之诉中，争议焦点是发包人是否应承担用人单位主体责任。如果承包人不具备用人单位的主体资格，在这种情况下下承包人无法与劳动者建立劳动关系，是否可以视作劳动者与具有用人单位主体资格的发包人建立劳动关系，由发包人承担用工主体责任。经过分析，我们认为，在这种情况下，因为发包人与劳动者之间不存在建立劳动关系最重要的属性——从属性，如果将用工主体责任强加在实际未获得雇主权利的发包人身上，显然是权利义务不平等，显失公平，也不符合发包人、承包人、劳动者三者承包经营关系成立之初的意思自治。因此，对劳动关系与承包关系重合的非标准劳动关系情形，我们要区别对待，从最能体现当事人意思自治的角度来进行确认。

■ 对非标准劳动关系的法律规制建议

我们从对非标准劳动关系的确认标准和非标准劳动关系的劳动基准设定两方面来探讨。

非标准劳动关系确认标准设定

就当前我国立法状况来看，关于劳动关系确认标准的立法相当不完善，而且立法位阶相当低。在全国范围内，唯一作为劳动关系确认标准的应是原劳动部《关于确立劳动关系有关问题的通知》，该通知仅是一个规范性文件。现行劳动关系确认的司法实务中，

一般以主体合法性和人格从属性两个标准来确定,人格从属性标准又根据实际情况再加入经济从属性、业务从属性、组织从属性等元素。主体合法性和人格从属性这两个标准,在确认一般的标准劳动关系时确实具有极佳的现实意义,也具有相当的可操作性,但是,在非标准劳动关系确认上存在障碍。

从主体方面看,如果一方主体或双方主体不适格,双方之间的关系是否就不属于劳动关系?从劳动合同法的规定以及上述几个规定来看,一般认定为非劳动关系。但笔者认为,因主体不适格而一概否认其劳动关系的属性,法理上不仅牵强,更不利于当前市场经济的发展和和谐社会的创建。

笔者建议,首先在理念上将劳动合同法的主体资格与劳动关系主体资格相分离,且劳动关系的主体资格范围应大于劳动合同法规定的主体资格范围。例如,病退人员、退休返聘人员、个人承包用工等,是否一定要排除在劳动关系之外,值得进一步探讨研究。笔者建议,对上述劳动关系确认规定作适当调整,将符合人格从属性的主体不适格的用工关系视为非标准劳动关系。同时,在劳动合同法的特别规定中,将非标准劳动关系的主体资格予以另行规定,以便与劳动合同法总则中的主体资格相区别。

从从属性方面看,劳动者与用人

单位是否具有从属性是双方是否建立劳动关系的内在要求,也是最必要的条件。对于出租车司机、挂靠车辆司机、保险代理人、广告推广人员、设计人员等与服务关系、经营关系重合的劳动者群体,以标准劳动关系的条件来看,此类人员往往只具备一部分从属性的特征,如经济从属性或业务从属性,而不符合全部从属性的特征。由此作出的裁决、判决结果一般法律依据不够充分、不同个案的处理结果不相一致,法官的自由裁量权过大。对此本文建议,对不同特殊的服务行业,从非标准劳动关系的视角逐一考量,以单行条例、规章等形式对此一一予以规范,加以明确。比如,国务院办公厅出台的《进一步规范出租汽车行业管理有关问题的通知》就对出租车司机与出租车公司的劳动关系作出了规定。又如挂靠车辆司机,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)》(法释〔2010〕12号)对此也作了相应的规定。

非标准劳动关系劳动基准设定

在非标准劳动关系的确认标准明确后,还需要对非标准劳动关系的劳动基准重新作出设定。非标准劳动关系双方的权利义务设定也更强调双方的意思自治,如果完全照搬标准劳动关系的劳动基准,让非标准劳动关系刚性化,否认双方的意思自治,那么很可能将非标准劳动关系转入民事雇用

关系。当然,如完全任由双方对权利义务自由设定,而不作任何规制的话,非标准劳动关系也就没有存在的必要,直接按民事雇用关系调整就行了。

因此,针对非标准劳动关系的劳动基准,应该找准非标准劳动关系各种情形的特征,或以单行条例、规章的形式予以设定,或以非全日制用工为例,在劳动合同法或社会保险法中以特别规定的形式予以设定。在具体劳动基准上,如劳动合同期限、加班工资标准、社会保险种类,非标准劳动关系均可作更灵活的规定。例如,劳动合同期限可不执行无固定期限合同的规定;在加班工资标准上,可允许双方协商确定加班工资标准等。

通过对非标准劳动关系确认标准的探讨,尤其是劳动关系“三合”在实务中的体现,我们可以看出,非标准劳动关系在理论界和实务界逐渐由排斥转变为有保留的接受。非标准劳动关系在当今社会的经济发展中占据越来越重要的地位,而非标准劳动关系的立法却处于相当初级的阶段。因此,关于非标准劳动关系的认定这一课题,在理论上和实务上均具有非常重要的现实意义,值得劳动法学界进一步深入研究。

作者单位

浙江省宁波市人力资源和社会保障局

参考文献

- 1.黄越钦,《劳动法新论》,中国政法大学出版社,2003年版。
- 2.董保华,《劳动合同法立法的争鸣与思考》,上海人民出版社,2011年4月第1版。
- 3.董保华,《劳动关系调整的法律机制》,上海交通大学出版社,2000年版。
- 4.郑爱青,《法国劳动合同法概要》,光明日报出版社,2010年5月版。
- 5.林晓云等,《美国劳动雇用法》,法律出版社,2007年8月版。
- 6.刘志鹏,《劳动法理论与判决研究》,台湾元照出版公司,2000年版。
- 7.甘勇译,《劳动法(最新大不列颠法律袖珍读本)》,武汉大学出版社,2003年版。
- 8.[德]w.杜茨著、张国文译,《劳动法》,法律出版社,2005年3月版。
- 9.常凯主编,《劳动关系学》,中国劳动社会保障出版社,2005年版。
- 10.郑爱青主编,《劳动合同法十大热点评析》,中国劳动社会保障出版社,2008年版。
- 11.北京市劳动和社会保障法学研究会编,《劳动法与社会保险法前沿问题研究》,法律出版社,2011年版。