

德国法中劳动关系的认定

王 倩

【摘要】德国学界和司法界的主流观点认为,劳动合同作为特殊的雇佣合同,不同于承揽合同、委托等其他含有劳务给付因素的法律关系,区分一般的雇佣合同和劳动合同的关键则在于劳务提供方是否对劳务受领者有“人格从属性”。为了填充人格从属性这一标准,司法界和学术界总结了一系列的具体特征,其中最为核心的两大特征是雇员融入了雇主的组织、在雇主的指挥下工作。德国劳动法采取雇员、类雇员和自雇者的三分法,人格独立但经济上有从属性的“类雇员”能够享受部分劳动法律规范的保护。相比之下,我国在劳动关系的认定上对双方主体资质要求过高,而且存在着重形式、轻实质等问题,又由于缺乏缓冲地带,不能认定劳动关系就不在劳动法,甚至社会保险法的适用范围之内,所以劳动关系认定引起的矛盾纠纷尤为尖锐。

【关键词】劳动关系;人格从属性;雇员;类雇员

【作者简介】王倩(1981-),女,湖南岳阳人,同济大学法学院副教授、同济大学德国研究中心研究员,法学博士,主要从事德国法研究(上海 200092)。

【原文出处】《暨南学报》:哲学社会科学版(广州),2017.6.39~48

【基金项目】国家社会科学基金青年项目《经济性裁员法律制度的适用与完善研究》(编号:13CFX104)。

劳动关系的认定是劳动法的基本问题。不同的法律关系由不同的法律规范调整,判断是否存在劳动关系是适用劳动法规范的前提。基于资强劳弱的局面,劳动法往往会向雇员进行倾斜性的保护。比如同样是律师,可以作为授薪律师,在律所的管理和指挥之下“朝九晚五”地工作,拿着固定的工资;也可以与人合伙设立律师事务所或者自行开业,独立地接受客户委托,自由安排工作时间,获得约定的报酬。前一种律师属于雇员(Arbeitnehmer),可以向律所主张解雇保护、病假工资和带薪年假等权益;后一种律师则属于自雇者(Selbständiger),无法享受这些待遇。雇主(Arbeitgeber)支付的劳动报酬和其他合同关系中的对待给付(比如买卖合同中买方支付的价款)并无本质差异,真正使劳动关系(Arbeitsverhältnis)和其他法律关系区分开来的,是雇员的劳动,而非雇主支付的薪水。^①所以,判断是否存在劳动关系,关键在于理解确定雇员的身份。由于德国法律中没有

明确规定什么是劳动关系,也没有对雇员下定义,认定雇员身份、界定劳动关系的任务只能由司法界和学术界来完成。^②

一、雇佣合同(Dienstvertrag)和其他含有劳务给付因素的法律关系的区别

劳动合同属于特殊的雇佣合同。^③根据《德国民法典》(BGB)第六百一十一条,雇佣合同的一方负有提供约定的劳务的义务,另一方则负有给予约定的报酬的义务。但是,含有劳务给付因素的法律关系不少,雇佣合同和这些法律关系有什么区别呢?

(一)承揽合同(Werkvertrag)

承揽合同由《德国民法典》第六百三十一条及以下条款调整,与雇佣合同相比有以下不同。首先,雇佣合同的标的是劳务给付本身,承揽合同则是以完成一定的工作并交付工作成果为标的。比如医生基于雇佣合同给病人治疗,只需尽力即可,即使治疗结果不尽如人意,病人也要支付报酬,但是如果整形医

生根据约定有义务按照病人要求成功完成隆鼻手术,那么病人和医生之间的合同关系应该属于承揽合同。^④其次,承揽人不但要承担承揽合同履行中产生的风险,比如在交付工作成果之前标的物意外灭失,还要对工作成果承担瑕疵担保责任,雇佣合同履行中所生风险则是由受领劳务的雇佣方承担的,而且雇佣合同中不存在瑕疵担保责任。^⑤再次,承揽合同的当事人之间不存在支配与服从的关系,承揽人在完成工作中具有独立性,定作人可以就工作成果本身对承揽人提出若干要求,但是如果要求具体到在什么地方、什么时间、用什么方式、什么人手来完成工作,那么这种所谓的承揽关系很可能是隐蔽的劳动关系。

另外,在实践中还要注意以下区别:如果定作方基于承揽合同把自己的部分业务或职能工作发包给承揽方,由承揽方自行安排人员完成任务,属于外包(Outsourcing);劳务派遣单位派遣人员到用工单位从事用工单位安排的工作,则属于劳务派遣(Arbeitnehmerüberlassung);如果定作方对承揽方的员工进行直接管理,承揽方的员工按照定作方确定的工作地点、工作时间或者工作形式进行劳动,定作方不是对工作成果的质量提出要求,而是对工作过程进行控制,支付的也不是事先约定的总报酬,而是根据承揽方员工的人数和工作时间结算费用,那么很有可能属于“假外包(承揽)、真派遣”。由于中德两国在劳务派遣方面的法律规定趋于严格,“假外包(承揽)、真派遣”的现象在两国都有所增加。^⑥

(二)合伙协议与股东合同(Gesellschaftsvertrag)

签订合伙协议或者股东合同的目的在于追求共同的目标,而雇佣合同的本质就是合同双方用劳务给付换取报酬。劳动关系的双方相互之间有着管理和被管理、支配和被支配的关系,合伙协议或者股东合同的当事人往往是平等的。所以,人合公司的合伙人基于合伙协议、有限责任公司的股东基于股东合同为公司提供劳务,一般情况下不成立劳动关系。^⑦特殊情况下,股东为公司工作而且对公司存在“人格从属性”(persönliche Abhängigkeit)的,可以认定劳动关系存在。大股东或者股份不多却有一票否决权的股东实际上可以影响到公司的经营决策,不会

被总经理的指示所约束,所以不能成为雇员。^⑧

(三)委托(Auftrag)

根据《德国民法典》第六百二十二条,受托人有义务为委托人无偿地处理委托人托付的事务。也就是说委托以无偿为必要前提,委托人没有支付报酬的义务。《德国民法典》第六百一十二条第1款则规定了,即使雇佣合同中没有明确约定报酬,但是只要根据交易习惯没有报酬就不会提供劳务的,视为双方已经默示地就报酬达成了合意。可见,无偿性是委托与雇佣合同的最大区别。^⑨

(四)特许经营(Franchise)

德国对于特许经营没有明确的法律规定,特许经营合同属于非典型合同(Atypischer Vertrag)。在特许经营的框架下,特许人通过合同形式将其拥有的注册商标、企业标志、专利、专有技术等经营资源许可被特许人使用,被特许人按照合同约定在统一的经营模式下开展经营活动,并向特许人支付特许经营费用。特许人和被特许人之间会建立长期的合作关系,而且相对于一般的商业合作模式,特许经营的双方相互之间的联系更为紧密。一方面特许人往往会对被特许人的经营提出各方面要求,比如严守技术秘密、维护特许人的商标形象和声誉,另一方面,被特许人也可以从特许人处获得多方面的支持,比如培训、市场分析、统一广告等。^⑩正常情况下,被特许人应该是独立的经营者,但是如果特许人过分干预被许可人的经营,比如被特许人在营业时间、经营架构、产品种类等方面没有多少自主权,又没有什么帮工,事事亲力亲为,那么基本可以认定被许可人实际上是具有人格从属性的雇员。^⑪

(五)家庭成员(Familienangehörige)和公务员(Beamte)

一般而言,共同生活的家庭成员之间提供劳务的,比如妻子打理丈夫的店铺,儿子在父亲的餐厅帮厨,由于他们属于利益共同体,原本就有相互扶助的义务,所以不成立劳动关系。比如,基于《德国民法典》第一千六百一十九条,子女属于父母的家庭并且由父母教育或抚养的,子女有义务以与其体力和生活地位相适应的方式在父母的家务和营业中提供劳务。但是家庭成员之间签订并且实际履行了劳动合同的,可以认定劳动关系的存在,比如家族企业中多

有此类情形。^⑫

公务员、法官、军人和国家之间是一种特殊的公法关系,由《联邦公务员法》(BBG)等联邦或者各州的行政法法规调整,不同于私法调整的雇佣关系,比如任命公务员就属于一种行政行为。^⑬他们代表国家行使公权力,又同时对国家负有特别的忠诚义务,所以有必要对他们的任免、薪酬和社保等方面做出特殊的安排。另外,为联邦、州、县和乡镇各机构工作的人员,还有为公法社团、组织和基金会工作的人员,其身份可能是公务员,也可能是雇员。后一种情况下,国家和工作人员之间成立的是劳动关系,完全受到劳动法调整,但存在两个特别之处:一方面,对于这些公共服务领域(Öffentlicher Dienst)的雇员适用特别的集体合同,这些集体合同吸收了一系列公务员法的原则,保护水平相对较高;另一方面,这些雇员的集体利益代表机构是人事委员会,而非企业职工委员会。

二、劳动合同和一般雇佣合同的区别

雇佣合同又分为一般的雇佣合同和劳动合同。德国法律中没有对劳动合同或者雇员进行明确定义。虽然《德国商法典》(HGB)第八十四条第一款第二句规定了,“独立的商事代理人是指能够基本上自由安排自己的工作任务并且自主分配自己的工作时间的”,但是此规定在直接适用时只能用来区分独立的商事代理人和商事雇员,是否能作为基本原则普遍适用于所有雇员群体,还有争议。另外,根据《经营条例》(Gewerbeordnung)第一百零六条,“如果劳动合同、劳资协议、集体合同或者法律没有另行约定或规定,那么雇主有权合理裁量确定劳动给付的内容、时间和地点。”尽管从这条规定之中可以推导出雇员的一些特点,却还不足以据此给雇员下一个准确的定义。^⑭

(一)主流观点:人格从属性标准

上世纪初,最普遍、最典型的雇员是工厂里的工人,他们基本都是贫困的无产阶级,完全靠出卖劳动力来养活自己和家人,工作是他们唯一的经济来源,所以帝国劳动法院曾经认为劳动关系的核心特征应该是“经济从属性”^⑮(wirtschaftliche Abhängigkeit)。后来,人们逐渐认识到,经济从属性既不是认定劳动

关系的必要条件,也不是充分条件。虽然大多数雇员都是靠自己的工作养家糊口的,但也有不少例外,比如某人继承了多处房产,房租收入丰厚,并不妨碍他去银行当职员。相反,某人完全有可能基于雇佣合同或者承揽合同为一家客户提供服务,比如作为自雇者的律师只为一家大公司提供法律咨询服务并以此为生。经济从属性并非劳动合同独有的特征,其他的合同类型中也可能出现一方对另一方在经济上的依赖性。因此,帝国劳动法院更正了自己的观点,提出区分一般的雇佣合同和劳动合同的关键应该看劳务提供方是否对劳务受领者有“人格从属性”(persönliche Abhängigkeit)。^⑯著名劳动法学家 Alfred Hueck 在经典之作《劳动法教科书》中将雇员定义为“基于私法合同服务于他人、有义务为他人提供劳动的人”,获得了广泛认可。^⑰一直到今天,司法界和学术界的主流观点还是遵循人格从属性这一判断标准。

为了填充人格从属性这一标准,司法界和学术界总结了一系列的具体特征,其中最为核心的特征就是:雇员融入了雇主的组织(Eingliederung)、在雇主的指挥下工作(Weisungsgebundenheit)。这两者之间后者更为重要,因为雇员融入了雇主组织的,必定在某方面听从雇主的指挥,而且有些情况下虽然存在劳动关系,但是雇员融入雇主组织的程度很低,比如常年在外的外勤人员,或者雇主根本没有形成组织,比如私人雇佣的保镖。^⑱如果劳务提供者在工作时间、工作地点、工作的内容和具体履行方式方面都听从劳务受领者的指挥,那么他们之间无疑存在劳动关系,但是认定劳动关系存在并不要求满足以上所有特征。^⑲事实上,对于不同行业、不同岗位的雇员,雇主的指示权在各个方面的强弱表现也不同,比如销售人员需要全国各地出差,工作地点不固定,实行弹性工作制的雇员无须朝九晚五,上班时间比较自由,主任医生的专业技术要求高,工作内容方面没人能对他们指手画脚。雇主通过劳动合同、规章制度等对工作任务的完成做了详细的安排以至于履行过程中无须就具体事项分别指示的,并不能因此否定雇主指示权的存在,因为此时雇员就像一个被事先输入了程序的机器人,同样是听从于指挥的。^⑳雇员需要服从上级、指挥下级,处于企业金字塔结构之

中,完成工作需要团队合作,又或者完成工作任务需要使用雇主提供的工具、设备和场所,这些都是融入雇主组织的典型表现,但是例外情况下模特自己准备拍摄所需衣物或者出租车司机需要自己出资买车的,并不妨碍认定其雇员身份。另外,融入雇主组织的雇员往往需要接受考察和监控、报告工作进展、遵循排班表和生产计划等,所以这些情况也都有利于佐证雇员的身份。^②

除了这两个特征以外,司法个案中常用的补充性特征往往缺乏说服力,只能在个案中进行总体评价时予以适当参考。如果劳务提供者没有再行雇佣别的人手,而且按约定或者事实上不能拒绝指派给他的工作任务,那么他很可能是雇员。雇员往往需要全职、亲自完成工作,但是不能反推得出兼职的、能让别人替班的就肯定不是雇员的结论。^③报酬的支付不能说明问题,报酬是固定的还是浮动的,是计时工资还是计件工资,或者根本不被称为工资,都不影响劳动关系的认定,比如无论是保险公司的雇员还是独立的保险代理人,都有可能按照其签单的多少来获得提成。法律关系维持的时间长短也非关键因素,虽然劳动合同是典型的持续性合同,但是实践中完全可能出现为期一日的劳动关系。^④至于是否能够享受带薪年假、病假工资等待遇,是否缴纳工资税和社会保险,往往反映了双方对合同性质的(可能错误的)判断,不能用来作为认定劳动关系存在与否的依据,否则就是颠倒了因果关系。^⑤另外,雇员身份是一种事实状态,不能通过劳动合同或者集体合同的约定来否定掉。所以,在合同中约定典型的雇员义务的同时又赋予合同其他的名称不能排除劳动法的适用。如果合同的约定和实际履行不一样,那么应该以实际履行情况为准,即使合同约定赋予劳务提供者各种自主权,而且劳务提供者自己进行了商事登记,但只要在实际履行过程中劳务提供者各方面需要听从劳务受领者的支配和管理,就应该认定劳务提供方的雇员身份。^⑥

虽然上面提到了很多具体的可供考虑的因素,但是正如联邦劳动法院在2000年1月19日的某判决中所总结的那样:在区分雇员和基于一般的雇佣合

同或者承揽合同提供劳务的自雇者时,主要应该考察劳务提供者对劳务受领者的人格从属性;雇员基于合同约定有义务在别人安排的组织中提供劳务,而是否融入别人的组织主要表现为劳务提供者是否听从劳务受领者的指示;雇主的指示权可能涉及工作内容、履行、地点和期限等各方面;不同的行业和岗位,人格从属性的强弱程度也不同,不存在适用于所有行业和岗位的判断标准;在具体个案中判断是否存在劳动关系的时候,有必要综合考虑所有相关情况做出总体评价。^⑦

由于缺乏放之四海而皆准的判断标准,为了促进法律的确定性、增强可预见性,联邦劳动法院在多年的审判实践中针对不同的职业归纳了一些认定劳动关系的规律。^⑧以老师这个职业为例,除了有一部分人是公务员,其他的人究竟是学校的雇员还是自雇者需要根据个案来判断;但是根据联邦劳动法院总结的经验,提供一般教育的学校工作的老师基本都是雇员,因为这些学校的学生往往有上学的义务,毕业以后将获得国家承认的学历证书,课程科目等设置要遵循各种法律法规的规定,学校对学生的管理也更为严格,所以,老师的教学目标、教学内容、教学形式和进度也往往受到多重限制,学校会对老师进行多方面的考核来达到控制教学质量的目的,老师除了授课之外还要承担诸如批改作业、主持考试、心理辅导、组织学生课余活动之类的杂事,这些情况都能说明老师融入了学校的教学组织中,并且在多方面听从于学校的指示;^⑨相反,在业余大学、音乐学校授课的教员则有所不同,这些学校对学生的管理更为松散,学生学习往往也不是为了获得毕业证书,而是出于兴趣爱好,相应地学校对老师各方面的要求也不会很多,这些学校的老师很有可能是自雇者。具体个案中,老师是雇员还是自雇者,还要看双方的约定以及实际履行情况,比如某案中音乐学校不但可以单方确定具体上课时间,还可以要求老师安排课程内容时遵循德国音乐学校协会推荐的教学大纲,并且该老师还应有记录上课出勤情况、和学生家长保持经常联系、每年至少带学生参加一次预备比赛等义务,所以法院认定了该老师的雇员身份。^⑩

(二)批评的声音与“经营风险理论”(Lehre vom Unternehmerrisiko)

批评者认为,联邦劳动法院以人格从属性作为认定雇员的核心标准,为了填充这一抽象的标准又罗列了典型的雇员应该有的具体特征,这就注定了具体个案未必会具备所有特征,而且各个特征可能有强弱不同的体现。换言之,联邦劳动法院既没有找到自雇者肯定缺乏的特征,也没有总结出认定人格从属性必须具备的特征,最终还是只能根据个案具体情况考虑各方面因素进行总体评价,所以这种模式没有什么参考价值。^⑧

一直有批评者尝试提出自己的替代方案,^⑨其中最有名的是Rolf Wank的经营风险理论。他在《雇员与自雇者》一书中提出,自雇者直接参与市场竞争,为实现自己的经营目的用筹集的资金和招录的员工建立经营场所与组织,一方面自行承担经营失败的风险,另一方面也能自主把握成功的机遇。相反,雇员将自己全部的劳动力都交由雇主支配,服务于雇主设定的经营目标,不管雇主亏损还是盈利,都不能影响雇员主张其劳动报酬。Wank进一步总结了雇员的具体表现特征,包括以下几方面:和劳务受领者有长期合作、只为一家服务、亲自工作没有帮工、没有出资,也没有经营组织。简言之,该理论采取自雇者和雇员的两分法,自雇者选择自主经营、自负盈亏,应该自行承担经营后果,雇员则依附他人,不能私自做出主决策,也无法直接影响经营的成败,应该获得倾斜性的保护和照顾。^⑩

经营风险理论在实务界和理论界都有一些追随者,^⑪却没有被主流意见接受。^⑫正如批评者所指出的,“经营风险承担”和“人格从属性”一样都是抽象的概念,而且Wank总结出来的具体特征也没有和某种合同类型一一对应,比如“长期合作”、“仅为一家服务”并非劳动关系的特征,某服装设计师完全可以常年只和某服装品牌合作,反过来雇员在多处公司兼职、打短工的也很多,甚至可能出现某人在一家公司上半天的班、另外半天自己开店的情况。另外,这些特征更多地表现了经济从属性,而多种合同中都有可能出现一方当事人在经济上依赖于另一方当事人的现象,这种经济上的影响力却又不能等同于雇

主对雇员的控制力。最后,该理论奉行“雇员、自雇者”的两分法,这和法律规定不符,因为德国现行法采取的是三分法,即经济和人格都独立的自雇者、人格独立但经济上有从属性的“类雇员”(Arbeitnehmerähnliche Personen)、人格不独立的雇员,而Wank所理解的雇员实际包含了现行法意义上的类雇员,由于很多现行法律规定都是以这种三分法为基础,贸然改动将会导致“牵一发而动全身”的局面。^⑬

三、类雇员

根据《集体合同法》(TVG)第12a条第1款,“类雇员”是指那些具有经济从属性而且像雇员一样需要倾斜保护的人。首先,类雇员不同于雇员,他没有融入合同相对方^⑭的经营组织,无须或者很少受到其支配与指挥,他和合同相对方之间不存在人格从属性。其次,类雇员必须对于合同相对方有经济从属性,也就是说类雇员从该合同关系中获得收入构成了他主要的经济来源。^⑮如果类雇员同时为几家客户服务,那么只要他和其中一家的合作至关重要、从中所得收入占到整体收入的一半以上,也可以认定类雇员对这个合同相对方的经济从属性。^⑯最后,类雇员必须像雇员一样需要倾斜保护,也就是说应该结合个案的具体情况,比如收入水平高低、是否几乎没有帮手、自行完成工作任务等因素,再根据社会交易观念来判断,如果合同一方对合同相对方的依赖程度往往只会在劳动关系中出现,同样的工作一般来讲也都是雇员在从事,那么可以肯定他是类雇员。^⑰比如,某案中特许经营合同中的被特许人可以自由安排工作时间,但是由于工作强度和工作时间的安排他基本上不能再从事别的经营性活动,每个月从特许人处获得的“支付款项”是他的主要经济来源,他只能出售特许人提供的货物种类,收入也处于比较低的水平,而且有义务亲自完成工作,没有另外雇佣帮手,因此法院认定了被特许人的类雇员身份。^⑱

一方面,类雇员和他的合同相对方之间的关系根据其具体所属的合同类型由相应的法律规定调整,另一方面,类雇员还能享受部分劳动法律规范的保护。有一些法律的适用范围明确包括了类雇员。类雇员有权根据《联邦休假法》(BUrlG)主张四个星期

的法定带薪年休假,可以按照《改善企业补充养老保险法》(BetrAVG)加入企业养老系统,还能享受《劳动安全保护法》(ArbSchG)和《一般平等待遇法》(AGG)所赋予的保护。另外,《劳动法院法》(ArbGG)规定了劳动法院对类雇员和合同相对方之间的纠纷的管辖权,集体合同的双方还可以根据《集体合同法》签订适用于类雇员的集体合同。司法界对于是否能类推适用原本仅适用于雇员的规定态度非常谨慎,已经承认可以类推适用的仅有竞业限制的规则、劳动关系终止以后雇主出具工作经历证明的义务等几项。^④除此以外的劳动法律规范基本上不适用于类雇员,比如《解雇保护法》(KSchG)、《工资继续支付法》(EFZG)。类雇员基本上被排斥在法定社会保险制度之外,但是有一个例外:根据《社会保险法典》第六部(SGB VI)第二条第九项,如果类雇员没有雇佣别的人手,^⑤而且长期基本上只为一家客户服务,那么该类雇员有义务参加法定养老保险,但是他需要自行缴纳全部费用,其客户无须负担一半。

类雇员中很特别,也很古老的一个群体是所谓的“家内工作者”(Heimarbeiter und Hausgewerbetreibende),主要是指那些基于经营者的委托在家中或者其他自己选定的工作场所独自、与家庭成员或者不超过两名其他帮工共同工作并将劳动成果交付给经营者处置的人员。这种用工形式早在十九世纪就已经出现了,企业这样做不仅是为了减少劳动法律的束缚,也是为了减少在工作场所和生产工具方面的资金投入。典型的例子有:圆珠笔的生产厂家生产出零件以后把组装的工作交给好几个家庭来完成。随着生产流程的复杂化,家内工作者的数量一直在减少,目前德国仅有不到六万人。虽然曾经有人预测这种用工形式会随着远程通讯技术的普及而大幅增加,但是这种情形并未出现,因为在家里工作的人也可以通过网络等远程通讯手段融入雇主的经营组织中并听从后者指挥,从而被认定为雇员。^⑥由于家内工作者相对于一般的类雇员更为弱势,所以《家内工作者法》(HAG)以及其他的法律规定对家内工作者提供的保护已经和雇员没有很大差别。比如家内受雇者基本上被纳入了法定社会保险的覆盖范围内;可以主张生病时的工资继续支付;经营者解除合同时虽然

不需要解除理由,但是必须遵守解除通知期,而《家内工作者法》第二十九条第四款关于解除通知期的规定和《德国民法典》第六百二十二条第二款的劳动合同的解除通知期的规定基本一样;又比如,按照《家内工作者法》第四条,各州劳动部门可以设立专门的家内工作者委员会,由三名经营者代表、三名家内工作者代表和一名中立代表组成,该委员会可以设定所辖范围内家内工作者的报酬和其他劳动条件的最低标准,为了保证单个的家内工作者了解相关信息,该法第八条规定了经营者在工作场所内公布统一的报酬列表的义务。^⑦

四、中德差异浅析

劳动关系的认定在我国同样是劳动法理论研究和司法实践的基础性课题。1994年出台的《劳动法》中既没有给出认定劳动关系的标准,也没有对劳动者和用人单位下定义,只对用人单位的外延做了相当狭窄的列举。基于该法第十六条和第十九条的规定^⑧,很长一段时间通说都认为书面形式是劳动合同的有效要件,把没有书面合同作为依据的劳动关系视为所谓的“事实劳动关系”,拒绝给予劳动法保护或者保护力度大打折扣。^⑨由于社会经济大环境的变化,^⑩实践中出现了大量未签订书面劳动合同但实质符合劳动关系特征的法律关系,坚持以前的形式主义标准无益于解决日益激烈的矛盾纠纷。在这一背景下,当时的劳动与社会保障部于2005年发布了《关于确立劳动关系有关事项的通知》,根据该《通知》第一条,“用人单位招用劳动者未订立书面劳动合同,但同时具备下列情形的,劳动关系成立:(一)用人单位和劳动者符合法律、法规规定的主体资格;(二)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;(三)劳动者提供的劳动是用人单位业务的组成部分。”这一规定明确了劳动关系认定的实质要件,在司法实践中得到了广泛适用,理论界对它的认可度也相当高。^⑪之后在《劳动合同法》的立法过程中,立法者曾经尝试在草案中对劳动关系下定义:“本法所称的劳动关系,是指用人单位招用劳动者为其成员,劳动者在用人单位的管理下提供有报酬的劳动而产生的权利义务关系。”^⑫这一

定义不仅凸显了“劳动者在用人单位的管理下”这一核心特征,而且“用人单位招用为其成员”基本等同于“雇员融入了雇主的组织”,“有报酬的劳动”又强调了劳动的有偿性、职业性。其判断标准和德国通说基本一致,可惜《劳动合同法》的正式文本最终删除了这一条款。所以,至今实务中仍然普遍适用《关于确立劳动关系有关事项的通知》。总结起来,在劳动关系的认定问题上,中德两国主要有以下区别:

第一,在德国,劳动关系的认定基本上就等同于雇员的身份认定,雇员的合同相对方就是雇主,雇主可以是自然人^⑤、法人,也可以是商事合伙,没有资质上的要求。中国则强调劳动关系双方主体的“适格”,任何一方主体不适格,都不能认定劳动关系。劳动关系的一方主体必须是“劳动者”。实践中往往基于某人身份而直接否认劳动关系存在,不进行实质性审查,笔者很不认同这种“唯身份论”的做法,比如在校学生完成大学培养计划规定的实习和在麦当劳打工赚钱,前者以教育和学习目的为主,后者则纯粹是用劳务换取报酬,性质完全不同,不能一概而论。^⑥对于“退休返聘人员”和“达到法定退休年龄的劳动者”,否认其劳动关系主体资格的人也不少,法理依据主要是法定退休年龄构成劳动行为能力的上限,年龄要件上存在瑕疵。然而,《劳动法》只规定了禁止雇佣童工,根本没有对劳动者年龄的上限做出规定,^⑦按照《劳动合同法》及其实施条例,“劳动者开始依法享受基本养老保险待遇的”或者“劳动者达到法定退休年龄的”,满足其一劳动合同即终止,也可以理解为立法者为了减轻用人单位负担、兼顾社会公益而赋予用人单位随时、无理由地终止劳动合同的权利,但是并不意味着用人单位不行使这种权利或者终止之后又雇佣超龄劳动者的,超龄劳动者和用人单位之间不能成立劳动关系。^⑧实际上,劳动行为能力这样的概念是否科学也值得讨论,德国法在“民事行为能力”和“民事行为能力”之外并没有创设“劳动权利能力”和“劳动行为能力”的概念。^⑨劳动关系的另一方主体必须是“用人单位”。^⑩我国法律中同样缺乏对用人单位的定义,列举式立法容易导致滞后和不周延的问题,曾经《劳动法》认可的用人单位只包括企业、个体经济组织、国家机关、事业组

织、社会团体这五种,以至于出现过民办学校、律所的员工提起劳动仲裁因为被告不适格被直接驳回的窘境,直到《劳动合同法》及其实施条例用“等”字改变了封闭式列举,并且增加了民办非企业单位、会计师事务所、律师事务所和基金会这些用人单位的类型后,这一问题才得到缓解。另外,《劳动法》的规定只调整那些依法设立的“合法用工主体”,而那些“非法用工主体”的劳动用工行为就无法纳入劳动法制规范的轨道。^⑪《劳动合同法》也没有完全解决非法用工主体的规制问题,根据其第93条,用人单位没有取得许可证、营业执照或者证照被吊销等不具备合法经营资格的,劳动者只能依照该法有关规定主张劳动报酬、经济补偿和赔偿金,其他的劳动法规定能否适用存疑,然而经营者是否办理证照,劳动者无法控制,甚至无法知晓,此举相当于是因为在用人单位的过错惩罚劳动者,还有可能刺激发生更多不合格主体的用工行为。需要强调的还有,用工单位违反法律、法规规定将承包业务转包给不具备用工主体资格的组织或者自然人,该组织或者自然人聘用的职工与用工单位之间是否成立劳动关系,是否能够认定工伤,就连最高人民法院内部也没有统一意见,^⑫对于何为“用工主体资格”更是缺乏权威解释。^⑬

第二,德国的主流意见认定劳动关系使用的是人格从属性标准,主要判断是否具备“雇员融入了雇主的组织”和“在雇主的指挥下工作”这两大特征,需要在个案中具体考察雇员是否在工作内容、履行、地点和期限等各方面听从于雇主的安排,并且辅之以其他的补充性特征。由于不存在适用于所有行业和岗位的判断标准,司法实践又针对不同的职业归纳了一些认定劳动关系的规律。相比之下,虽然我国《关于确立劳动关系有关事项的通知》第一条要求“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”,体现的也是人格从属性,但是司法实践中部分审判人员会将注意力放在“用人单位的各项劳动规章制度适用于劳动者”和“劳动者提供的劳动是用人单位业务的组成部分”这两条更为具体的衡量标准上,怠于考察别的因素。然而,僵化套用这两条标准并不科学,劳动者所在的行业、岗位不同,用人单位的指示权在各个方面的强弱表现也不

同,要求“各项”劳动规章制度都适用于劳动者显然不合适,而用人单位规模小,运营不规范,规章制度缺失又怎么办?“劳动者提供的劳动是用人单位业务的组成部分”作为标准问题更多,难道软件公司和承包软件开发业务的独立设计师是劳动关系,而软件公司的前台小姐、法务人员从事的工作就与软件无关,就没有与其成立劳动关系吗?除此以外,实践中还存在着完全套用该《通知》第二条的规定进行简单判决的情形。^⑤就此,我们需要归纳总结更多体现人格从属性的具体标准,并且学习德国在个案中综合各方面因素进行总体评价的做法。值得肯定的是,针对疑难人群和某些职业,比如出租车司机、实行“包厨”的饭店中的厨师及厨房工作人员,我国的仲裁和审判中已经有一些类型化处理的尝试,^⑥相关的学理讨论也开始多起来。^⑦除此以外,德国学界有人提出,Wank主张的“是否承担经营风险”的标准不能单独使用,但是可以作为人格从属性标准的补充,^⑧这一观点值得我国借鉴。

第三,德国劳动法采取的是自雇者、类雇员和雇员的三分法,由于类雇员在社会经济地位上与处于劳动关系中的雇员相似,所以在某些方面立法者将其视同雇员一并予以相同的保护。德国雇员内部的不同群体在劳动法适用方面也有细分。比如所谓“集体合同之外的雇员”(AT-Angestellter),即那些工作岗位各方面要求高、相应薪酬也高于集体合同最高薪酬等级的雇员,对于他们集体合同中涉及“劳动合同内容、签订和终止”的规则往往不适用于他们,但是可以适用集体合同中关于企业和企业组织法方面问题的规范性条款。又比如《企业组织法》和《工作时间法》将“高级雇员”(Leitender Angestellter)排除在了适用范围之外,《解雇保护法》虽然适用于他们,但是该法同时规定,即使解雇违法,雇主也可以申请法院通过判决终止劳动关系,而且此时雇主无须说明理由,因为高管身份特殊,他和雇主之间合作以相互信赖为必要基础。我国的现行制度则缺乏过渡安排和缓冲地带,某人要么是劳动者,要么不是,劳动法保护或者全有,或者全无。更有甚者,我国社会保险的覆盖范围还比较窄,存在着社会保险关系与劳动关系“绑定”的问题,比如我国劳动争议案件中有

相当高比例是单独要求确认劳动关系为诉求的,原因之一就是劳动行政部门在认定工伤之时要求劳动者先进行劳动关系确认。如果我们借鉴德国类雇员制度安排的思路,在建筑行业非法转包、违法分包的情况下,一方面承认发包人和实际施工人招用的人员之间没有管理和被管理关系,缺乏人格从属性,不予认定劳动关系;另一方面将实际施工人招用的人员纳入工伤保险的覆盖范围,并且基于他们在社会经济地位上与劳动者相似的弱势地位有限制地适用少部分劳动法规定,或许可以使得目前来自相矛盾的权宜之计变得合法合理。另外,虽然我国早就有学者提出应该承认劳动者内部的分层并且在劳动法适用上予以区别对待,^⑨但是劳动法的现行规定仍然没有满足这一要求。比如,对于高级管理人员,只有《劳动合同法》第二十四条规定了用人单位可以与其约定保密义务和竞业限制,还有根据《关于企业实行不定时工作制和综合计算工时工作制的审批办法》可以对高管实行不定时工作制,除此以外再无特殊规定,实践中高管利用职权隐匿了劳动合同,然后主张未签合同的双倍工资的、要求高额加班费的、被解雇后要求继续履行劳动合同的,得到仲裁和法院支持的并不少见。目前这种一概而论的制度安排显然有待改进,将来的变革方向应该是劳动法规制的精细化和区别化。

总体上看,在我国认定劳动关系对于双方主体的资质都有要求,门槛设定较高,存在着“唯身份论”的错误倾向。在劳动关系认定的核心标准上,虽然两国都认可人格从属性的标准,但是相比之下,我国的司法实践更加粗放而僵化,普遍存在着重形式、轻实质的现象,具体标准较为单一。另外,由于缺乏缓冲地带,非黑即白,不能认定劳动关系就完全不在劳动法,甚至社会保险法的适用范围之内,所以劳动关系认定引起的矛盾纠纷尤为尖锐。

注释:

^① Abbo Junker, Grundkurs Arbeitsrecht, 3. Auflage, München: Verlag C. H. Beck, 2004, S. 59f.

^② 侯玲玲、王全兴:《劳动法上劳动者概念之研究》,《云南

大学学报》2006年第1期,第67—74页,该文也涉及德国法中劳动关系的认定标准,但是由于使用的是台湾地区的传来资料,所以较为简略。

③《德国民法典》的立法者出于疏忽没有对劳动合同进行特别规定,后来《德国民法典》几次修订时在“雇佣合同”这一章节增加了一些仅适用于劳动合同的条款,比如第六百一十三a条,第六百一十九a条和第六百二十二条。虽然立法者尝试另行制定劳动法典,但是这个任务直到今天也没有完成,所以现在劳动法的相关规定还散见于不同的单行法中,纷繁复杂而且缺乏系统性。详见 Ulrich Preis, *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht*, 14. Auflage, München: Verlag C. H. Beck, 2014, §611 BGB Rn. 1。

④陈卫佐译注:《德国民法典》,北京:法律出版社2006年版,第240页。

⑤ Ulrich Preis, *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht*, 14. Auflage, München: Verlag C. H. Beck, 2014, §611 BGB Rn. 12。

⑥德国报道参见《造船行业外包激增》,五金工会官网, <http://www.igmetall.de/zunahme-von-werkvertraegen-in-der-werftenindustrie-12376.htm>, 最后访问时间:2015年12月21日;中国报道参见《“假外包真派遣”受追捧》,《北京晚报》2013年8月30日第6版。

⑦ Günter Schaub/Vogelsang, *Arbeitsrecht-Handbuch*, 15. Auflage, München: Verlag C. H. Beck, 2013, §9 Rn. 23。

⑧ BAG 10.4. 1991, NZA 1991, 856。

⑨ BAG 29.8. 2012, NZA 2012, 1433。

⑩ BAG 30.5. 1978 AP Nr. 9 zu §60 HGB; ErfK/Preis, 14. Aufl., §611 BGB Rn. 29。

⑪ LAG Düsseldorf 20.10. 1987 LAGE BetrVG 1972 §5Nr. 16; BAG 21.2. 1990 AP BGB §611 Abhängigkeit Nr. 57。

⑫ BVerfG 7.11. 1995 AP Nr. 5 zu §611 BGB Ehegatten-Arbeitsverhältnis =NZA 96, 470。

⑬ Günter Schaub/Vogelsang, *Arbeitsrecht-Handbuch*, 15. Auflage, München: Verlag C. H. Beck, 2013, §9 Rn. 43。

⑭ Wolfgang Däubler, *Das Arbeitsrecht I*, Reinbek bei Hamburg: Rowohh Taschenbuchverlag, 16. Auflage, 2006, Rn. 24a.; Reinhard Richardi, *Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht*, München: Verlag C. H. Beck, 3. Aufl., 2009, §16 Rn. 5。

⑮德国法上对经济从属性的理解为,如果某人基本上只为另一人工作(时间上看)或者某人虽然为多人工作,但是从其中一人获得的收入超过总收入的一半以上(从收入上看),即该收入是某人的主要经济来源,没有这份收入某人将陷入经济

上的困境。黄越钦对“经济从属性”有不同理解,他认为经济上的从属性是指受雇人完全被纳入雇员经济组织与生产结构之内,受雇人不是为自己之营业劳动,而是从属于他人,为他人之目的而劳动,生产组织体系、生产工具或器械、生产原料都是雇主所有。详见黄越钦:《劳动法新论》,北京:中国政法大学出版社2003年版,第95页。同是台湾学者的黄程贯对此持批评意见,“盖劳工被纳入雇主之经营、生产组织,并使用资方之技术、知识、机器等生产资料,……并非独立称为一种从属性种类之必要性或重要性!若非提出不可,则亦应置于人格上从属性项目之下,作为人格上从属性之具体化的一部分,亦即人格上从属性的一个下位概念。”详见黄程贯:《劳动法》(第3版),台北:“国立”空中大学出版中心2001年版,第65页。

⑯ RAG BenschSlg. 4, 143; RAG BenschSlg. 8, 451, 452; RAG BenschSlg. 15, 505; Reinhard Richardi, *Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht*, München: Verlag C. H. Beck, 3. Aufl., 2009, §16 Rn. 17ff。

⑰ Alfred Hueck/Hans Carl Nipperdey, *Lehrbuch des Arbeitsrechts*, Band 1, Berlin und Frankfurt a. M., Verlag Franz Vahlen GmbH, 7. Auflage, 1963, S. 34f。

⑱ BAG 26.5. 1999, NZA 1999, 983; Wolfgang Daubler, *Das Arbeitsrecht I*, Reinbek bei Hamburg: Rowohlt Taschenbuchverlag, 16. Auflage, 2006, Rn. 24c。

⑲ Wolfgang Däubler, *Das Arbeitsrecht I*, Reinbek bei Hamburg: Rowohlt Taschenbuchverlag, 16. Auflage, 2006, Rn. 24f。

⑳ BAG 30.9. 1998, NZA 1999, 374; Ulrich Preis, *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht*, 14. Auflage, München: Verlag C. H. Beck, 2014, §611 BGB Rn, 52。

㉑ BSG 12. 12. 1990, NZA 1991, 907; BAG 29. 5. 1991, AP Nr. 2 zu §9 BetrVG 1972; Günter Schaub/Vogelsang, *Arbeitsrecht-Handbuch*, 15. Auflage, München: Verlag C. H. Beck, 2013, §8 Rn. 24ff。

㉒ BAG 16.7. 1997, AP Nr. 4 zu §611 BGB Zeitungsaus-träger; BAG 9. 10.2002, AP Nr. 114 zu §611 BGB Abhängigkeit。

㉓ BAG 27.3. 1991, AP Nr. 53 zu §611 BGB Abhängigkeit; BAG 16.3.1994, AP Nr. 68 zu §611 BGB Abhängigkeit。

㉔ BAG 12. 12.2001, AP Nr. 111 zu §611 BGB Abhängigkeit; Günter Schaub/Vogelsang, *Arbeitsrecht-Handbuch*, 15. Auflage, München: Verlag C. H. Beck, 2013, §8 Rn. 24ff。

㉕ BAG 9. 6. 1993, AP Nr. 66 zu §611 BGB Abhängigkeit; BGH 2. 12. 2008, NJW 2009, 528。

- ②⑥ BAG 19. 1.2000, AP Nr. 33 zu §611 BGB Rundfunk.
- ②⑦ Günter Schaub/Vogelsang, Arbeitsrecht- Handbuch, 15. Auflage, München: Verlag C. H. Beck, 2013, §8 Rn. 32ff; Ulrich Preis, Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 14. Auflage, München: Verlag C. H. Beck, 2014, §611 BGB Rn. 76ff.
- ②⑧ BAG 12.9. 1996, AP Nr. 122 zu §611 BGB Lehrer, Dozenten BAG 9.7.2003, AP Nr. 158 zu §611 BGB Lehrer, Dozenten.
- ②⑨ BAG 24.6. 1992, AP Nr. 61 zu §611 BGB Abhängigkeit.
- ③① Ulrich Preis, Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 14. Auflage, München: Verlag C. H. Beck, 2014, §611 BGB Rn. 53f.
- ③② 比如 Beuthien/Wehler, RdA 1978, 1ff 提出关键应该看劳务提供者是否弱势、需要保护。这种观点站不住脚,正如 Reinhard Richardi, Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, München: Verlag C. H. Beck, 3. Aufl., 2009, §16 Rn. 36 所说,不能因为某人属于社会弱势群体、无力自行承担风险而认定其雇员身份,事实上雇主也不可能承担过多的照顾责任,生活中的大多数风险都得通过社会保险体系解决。
- ③③ Rolf Wank, Arbeitnehmer und Selbständige, München: Verlag C. H. Beck, 1988, S. 122ff.
- ③④ LAG Niedersachsen LAGE Nr. 24 zu §611 BGB Arbeitnehmerbegriff; LAG Köln 30.6.1995, LAGE Nr. 27 zu §611 BGB Arbeitnehmerbegriff; Mattheißen ZIP 1988, 1094.
- ③⑤ Wolfgang Däubler, Das Arbeitsrecht 1, Reinbek bei Hamburg: Rowohlt Taschenbuchverlag, 16. Auflage, 2006, Rn. 24u; Griebeling, NZA 1998, 1137ff; Schliemann RdW 1997, 322ff.
- ③⑥ Reinhard Richardi, Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, München: Verlag C. H. Beck, 3. Aufl., 2009, §16 Rn. 40.
- ③⑦ 类雇员和合同相对方之间的合同关系不限于雇佣合同,也可以是承揽合同、特许经营等。
- ③⑧ BAG 15.4. 1993, AP Nr. 12 zu §5 ArbGG 1979.
- ③⑨ BAG 25. 2. 2005, NZA 2006, 223ff.
- ④① BAG 2. 10. 1990, AP Nr. 1 zu §12a TVG; BAG 15.4. 1993, AP Nr. 12 zu §5 ArbGG 1979.
- ④② BAG 16.7. 1997, AP Nr. 37 zu §5 ArbGG 1979.
- ④③ BAG 21.1. 1997, DB 1997, 1979ff; Wolfgang Däubler, Das Arbeitsrecht 2, Reinbek bei Hamburg: Rowohlt Taschenbuchverlag, 12. Auflage, 2009, Rn. 2098.
- ④④ 雇佣“迷你工”的不算。迷你工指工资低于450欧元的雇员,此类雇员几乎不被法定社会保险系统覆盖。
- ④⑤ Wolfgang Däubler, Das Arbeitsrecht 2, Reinbek bei Hamburg: Rowohlt Taschenbuchverlag, 12. Auflage, 2009, Rn. 2102f.
- ④⑥ Günter Schaub/Vogelsang, Arbeitsrecht- Handbuch, 15. Auflage, München: Verlag C.H.Beck, 2013, §10 Rn. 13ff.
- ④⑦ 《劳动法》第十六条规定:“劳动合同是劳动者与用人单位确立劳动关系、明确双方权利和义务的协议? 建立劳动关系应当订立劳动合同?”第十九条规定:“劳动合同应当以书面形式订立?”
- ④⑧ 王全兴:《劳动合同法条文精解》,北京:中国法制出版社2007年版,第49页。另见2001年4月16日出台的《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(一)》第十六条第2款的规定。
- ④⑨ 《劳动法》出台以后的十几年中,经济体制与经济结构已经发生了巨变,导致了就业格局等各方面的变化。比如,随着改革过程中大量国企、集体企业的改制、破产,从1998年到2001年国企大下岗,同时私营经济迅猛崛起、外商投资持续增加,劳动者在不同所有制企业的就业比例发生了调整。1978年,国企和集体企业吸纳城镇人口就业的比例占到99.8%,到2001年这一比例已经下降到37.3%。相对于国企,私企和外企在用工方面没有那么规范,签订书面劳动合同的比例也较低。
- ④⑩ 李海明:《论劳动者的法律界定》,载林嘉主编:《社会法评论》(第5卷),北京:中国人民大学出版社2011年版,第60页;郭敬波、何彬彬:《车辆挂靠营运中劳动关系的认定》,《人民司法》2009年第20期,第36页。
- ④⑪ 全国人大常委会法制工作委员会行政法室:《劳动合同法(草案)参考》,北京:中国民主法制出版社2006年版,第3页;常凯:《关于劳动合同法立法的几个基本问题》,《当代法学》2006年第6期,第33页。
- ④⑫ 所以,自然人雇佣帮工、保姆、厨子、保镖等,在德国成立劳动关系,在中国则属于典型的民事雇佣关系。笔者认为,自然人作为雇主相对雇员并没有强势多少,而“资强劳弱”是现代劳动法倾斜保护劳动者的逻辑前提,我国现行劳动法在适用时又没有区分用人单位的规模,所以贸然将自然人纳入“用人单位”并不合适。可惜的是,我国《合同法》也没有将雇佣合同有名化,导致保镖等于雇主的关系实际上称为法律调整的真空,给当事人的权利救济造成了制度障碍。详见郑尚元:《雇佣关系调整的法律分界:民法与劳动法调整雇佣类合同关系的制度与理念》,《中国法学》2005年第3期,第80页。
- ④⑬ 详见王倩:《非全日制用工规定的缺陷及其完善——以麦当劳低薪事件为例》,《法学》2007年第7期,第52—58页。
- ④⑭ 详见冯彦君、李娜:《退休再就业:劳动关系抑或劳务关系——简评社会保险标准说》,《社会科学战线》2012年第7

期,第182—189页。

⑤3在德国,到达退休年龄不能构成解雇理由,但是劳动合同或者集体合同中可以约定,雇员有权领取养老金的,构成劳动合同终止的理由。不过,雇员退休以后继续工作的,仍然可以和雇主建立劳动关系,劳动法的适用并无特殊之处,只是在社会保险费的缴纳上有特殊安排。

⑤4中国劳动关系学院的沈建峰副教授在与笔者的讨论中提出,行为能力解决的是意思自治的问题,所谓劳动法领域的特殊问题无须用劳动行为能力受到限制来解释,比如为保护青少年禁止使用童工,可以理解为违反法律禁令导致劳动合同无效,因为残疾或者被羁押而不能履行劳动合同,也可以用履行不能的传统制度来解决。笔者深感认同。

⑤5学界对用人单位这个基本概念的讨论很少,据笔者了解,深入研究的只有四篇:董保华、邱婕:《论劳动法主体的界定》,载董保华主编:《劳动合同研究》,北京:中国劳动社会保障出版社2005年版,第54—77页;许建宇、陆娟芳:《论劳动法上的雇主资格》,《浙江工商大学学报》2006年第4期,第32—38页;谢增毅:《劳动关系的内涵及雇员和雇主身份之认定》,《比较法研究》2009年第6期,第74—83页;秦国荣:《劳动法上用人单位:内容厘清与立法考察》,《当代法学》2015年第4期,第86—96页。

⑤6董保华、邱婕文:《论劳动法主体的界定》,董保华主编:《劳动合同研究》,北京:中国劳动社会保障出版社2005年版,第57页。

⑤7德国工伤保险的保障对象不限于雇员,甚至包括部分行业的自由职业者、在校学生和为公共部门提供志愿服务的人,然而在我国劳动关系的存在是认定工伤的前提条件之一,不解决劳动关系和工伤保险关系的捆绑问题,某些问题就难以自圆其说。最高人民法院在2011年的《全国民事审判工作会议纪要》中提出:“建筑单位将工程发包给承包人,承包人又非法转包或者违法分包给实际施工人,实际施工人招用的劳动者请求确认与具有用工主体资格的发包人之间存在劳动关系的,不予支持。”2014年《最高人民法院关于审理工伤行政案件若干问题的规定》却又认为:“用人单位违反法律、法规规定将承包业务转包给不具备用工主体资格的组织或者自然人,该组织或者自然人聘用的职工从事承包业务时因工伤亡

的,用人单位为承担工伤保险责任的单位。”当然,也可以对这种“自相矛盾”做另一种解释:建筑工地上层层发包转包,一方面,发包单位和包工头招用的劳动者并没有管理和被管理关系,认定他们之间存在劳动关系太过牵强,另一方面,发生工伤的情况下,包工头往往没有赔偿能力,只能安排发包单位来承担工伤保险责任,但是这种“权宜之计”正体现了现行制度的缺陷。

⑤8“劳动者”与“用人单位”概念的内涵与外延的不确定严重影响了劳动关系的判定。冯彦君、张颖慧:《“劳动关系”判定标准的反思与重构》,《当代法学》2011年第6期,第94页。

⑤9该《通知》第二条规定,用人单位未与劳动者签订劳动合同,认定双方存在劳动关系时可参照下列凭证:(一)工资支付凭证或记录(职工工资发放花名册)、缴纳各项社会保险费的记录;(二)用人单位向劳动者发放的“工作证”、“服务证”等能够证明身份的证件;(三)劳动者填写的用人单位招工招聘“登记表”“报名表”等招用记录;(四)考勤记录;(五)其他劳动者的证言等。详见国家法官学院案例开发研究中心:《中国法院2013年度案例——劳动纠纷》,北京:中国法制出版社2013年版,第37—40页;丁建安:《论企业劳动规章不利变更法律制度的完善》,《东方法学》2014年第1期,第79页。

⑥0比如,浙江省高院民一庭、省劳动人事争议仲裁院2014年公布的《关于审理劳动争议案件若干问题的解答(二)》中明确指出,实行“包厨”的饭店,认定厨师及厨房工作人员是否与饭店构成劳动关系,一般应区分以下情况:如承包人招用的厨师和厨房工作人员是饭店内部职工,应认定双方为劳动关系;如厨师和厨房工作人员系承包人从外部招用,工作期间这些人员只接受承包人的指挥和管理,由承包人支付其工资,则不应认定其与饭店之间存在劳动关系。承包协议另有约定的,从其约定。

⑥1此类论文很多,比如马晋:《出租车司机劳动者身份否定之我见》,《湖北警官学院学报》2012年第10期,第127—130页。

⑥2Ulrich Preis, Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 14. Auflage, München: Verlag C. H. Beck, 2014, §611BGB Rn. 55ff.

⑥3董保华:《锦上添花抑或雪中送炭——析中华人民共和国劳动合同法(草案)的基本定位》,《法商研究》2006年第3期,第49页。