**非标准劳动关系“非标准性”之解析**

**应京旭**

**（**中央财经大学，北京 100081**）**

**摘要：**非标准劳动关系作为一种劳动关系应立足于标准劳动关系而区别于其他灵活用工关系，明确其劳动关系的内涵以及“非标准性”特征。非标准劳动关系的非标准性特征包括主体“非标准性”和内容“非标准性”，其中劳动基准的“非标准性”是其区别于标准劳动关系的核心特征。在认定非标准劳动关系和制定相关政策时，应着重把握非标准劳动关系权利义务内容灵活配置和以就业促进为目的的特性。

**关键词：**非标准劳动关系；标准劳动关系；非标准性；

作者简介：应经旭（1992-），男，浙江温岭人，中央财经大学法学院硕士研究生，研究方向：民商法
 中图分类号：D912.5

**一、非标准劳动关系的概念与内涵**

根据“一方给付劳动，一方支付报酬”的基本结构，在学理上用工关系可分为标准劳动关系，非标准劳动关系以及非劳动关系三类。按照现有的法律体系的安排，涉及用工或者说劳务给付的法律关系主要有劳动关系和民事劳务给付关系两大类，前者由劳动法单独调整，后者由民法调整。但是对于非标准劳动关系而言，现有立法并未有明确定义，《劳动合同法》中也只是肯定了劳务派遣以及非全日制用工等具体类型，对于其内涵、体系定位都未有定论。

有学者认为非标准劳动关系是相对于标准劳动关系而存在的一种特殊的劳动关系，它突破了传统标准劳动关系的固定特征与固定框架，在主要特征上与标准劳动关系相区别，在表现形式上更具灵活性。[1]7也有学者侧重于对灵活就业类型的分析，认为灵活就业是非标准劳动的表现形式。[2]50-57比较而言，以标准劳动关系作为对照，以“非标准性”作为立足点，似是一个相对简单的界定方式，但是实质而言，这更像是为非标准劳动关系划定了一个范围，这个范围内涵大致确定，外延却异常丰富，即既非标准劳动关系又非劳务关系的用工关系就是非标准劳动关系。以总结具体类型的特征作为区分标准虽然界定清晰，但是灵活用工本身在形式上具有很强的不稳定性，这种不稳定性容易造成非标准劳动关系概念的不周延。即使如此，特征描述的方式仍旧在一定程度上揭示了非标准劳动关系的内涵，即兼具标准劳动关系和非标准劳动关系部分特征的用工关系为非标准劳动关系。综合上述“范围划分”和“特征描述”的特点，非标准劳动关系的界定宜立足于劳动关系，而非特定的、类型化的用工形式。上述界定虽然大致圈定了非标准劳动关系的范围，但是具体的界定仍需借助其与标准劳动关系的细致对照。

**二、非标准劳动关系的主体“非标准性”**

在我国法律语境下，标准劳动关系包括着主体和内容两方面，其中主体包括用工主体与劳动者。由于特殊的国情的和历史缘由，我国的用工制度改革是伴随着计划经济体制改革进行的，改革的过程即是不断改革计划经济体制下的劳动用工方式。[3]86-96计划经济时代以国有企业为核心主体的一贯思路，在市场化用工的情形下也到了一定的延续。从主体上看，我国劳动关系制度的建构实质上是以用工主体为核心，以劳动者为依附而存在的。

**（一）用工主体的“非标准性”**

我国劳动法意义上的用工主体是指用人单位，具体指《劳动合同法》第二条规定的企业、个体经济组织、民办非企业单位、国家机关、事业组织、社会团体以及《劳动合同法实施条例》第三条规定的会计师事务所、律师事务所等合伙组织和基金会。这种“外延精确、内涵空白”的表述方式 [4]56，严格的限定了用工主体的范围，尽管相较于之前，用人单位的外延已经随着劳动法律规范的完善变得相对丰富。

在标准劳动关系的体系里，国家对于“用工主体权”只是进行了有限度的下放[4]57，这种“限度”为法律所明确规定。而对于限度外的实际用工主体或者说劳动接受方，诸如个人、家庭、承包经营组织等往往被定义为“非法用工主体”。以社会生活中广泛存在的劳务外包为例。劳务外包关系一般被认为是发包方和承包方之间的合同关系，与劳动关系无涉。但是实践中，非法分包、转包行为层出不穷，劳务外包往往因为承包方不具有用工主体资格而陷入劳动纠纷。实践中，劳动保障部门则试图以行政规章的方式将全部或部分用工责任归入到具有用工主体资格的发包人或承包人身上。例如原劳动部2005年发布的《关于确立劳动关系有关事项的通知》（下称《通知》），其中第4条规定在建筑施工、矿山企业等行业将工程（业务）或经营权发包给承包方，而承包方不具备用工主体资格时由具备用工主体资格的发包方承担用工主体责任。人社部《关于执行<工伤保险条例>若干问题的意见》（下称《意见》）第七条则规定，具备用工主体资格的承包单位违反分包、转包给不具备用工主体资格的组织和自然人，该组织或者自然人招用的劳动者从事承包业务时因工伤亡的，由该具备用工主体资格的承包单位承担用人单位依法应承担的工伤保险责任。尽管实现了非标准劳动关系主体责任的“人为转嫁”，但是司法实践中认定由具备用工主体资格承包方或发包方承担用工主体责任仍有难度。其中既有直接依据《通知》而认定发包方与劳动者存在劳动关系[[1]](#footnote-1)，也有认为在涉及工伤案件中适用《意见》的规定只是对工伤认定前提条件的特殊处理，并不能因此认定存在劳动关系[[2]](#footnote-2)。
 通过行政规定进行责任的强硬划分只能部分解决劳动者权益保障的问题，司法实践中未被认定构成标准劳动关系的劳务外包纠纷则会被直接归入民事劳动给付关系的范畴。从劳动给付的实质上来说，这种情形下的劳动提供者理应得到劳动法上劳动者应有之保护，但是却由于主体的不适格而造成了应有保护的缺失。由此而言，以非标准劳动关系中的用工主体代替标准劳动关系下的“非法用工主体”，既无须生硬的以“责任连带”的方式分配用工主体责任，也无须担心劳动者保护的覆盖范围不全的问题。

**（二）劳动者的“非标准性”**

除了用工主体，非标准劳动关系的“非标准性”还体现在劳动者身份上。与大部分国家对雇员概念精确界定，并通过界定雇员来进一步界定雇主相反，我国采用是从“用人单位”出发来界定“劳动者”的立法模式。[4]74在用工主体范围特定的前提下，我国并未对劳动者概念作出定义，而只是对劳动者的身份和年龄作出了一定的限制。以标准劳动关系的劳动者为界，实践中仍存在着一部分“非法劳动者”，其因主体适格问题而被直接被排除在标准劳动关系之外。具体而言，诸如协议保留社会保险关系人员、企业内部退养人员、停薪留职人员等国有企业改制过程中遗留的特殊人员，由于其仍保有与原用人单位的劳动关系，形式上无法再建立新的劳动关系。另外，如退休返聘人员，由于其已达到法定退休年龄，原有劳动合同关系已经终止，且已经开始享受养老金待遇[[3]](#footnote-3)，如果再建立标准劳动关系，显然与适用完全劳动基准相冲突。正是由于形式上或是内容上的一些阻碍，上述人员与实际用工主体形成的劳动给付关系往往被归入特殊劳动关系[[4]](#footnote-4)或者民事劳务关系。相较于民事劳务关系，将这种用工关系归为标准劳动关系和民事劳务关系之外的特殊劳动关系，适用部分劳动基准显然更符合其劳动给付的实质，更有利于劳动者权益的保护。

就劳动给付的实质而言，特殊身份和特殊年龄的劳动者与其他标准劳动关系下的适格劳动者并无本质区别，其仍然能提供标准劳动关系意义上的“劳动给付”而区别于民事劳务给付关系。不过需要指出的是，国有企业改制过程中遗留的特殊人员属于过渡时期的特殊情形，未来必定会消失，因而并非关注的重点，而对于退休返聘人员来说，即使是在非标准劳动关系的范畴内也属于特殊情况。总体而言，劳动者的“非标准性”并非非标准劳动关系的典型特征。

**三、非标准劳动关系内容的“非标准性”**

**（一）非标准劳动关系的灵活性**

董保华教授将非标准劳动关系的特征概括为“三分”与“三合”。所谓“三分”是指劳动关系与工作场所的分离，劳动关系与持续性工作分离、劳动关系中雇佣与使用的分离；“三合”是指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。[2]但是需要指出的是，上述分类建立于灵活用工形式与非标准劳动关系表现形式等同的基础上，尽管两者有很大一部分的重合，但是并不能混同使用。首先，灵活用工指的是用工主体在用工模式以及工作时间、工作地点、工作环境、薪酬计划、管理方式和工作任务等用工条件方面的自由选择和组合。[5]18-21就灵活性特征而言，灵活用工范围更广，而非标准劳动关系是在灵活用工形式中形成的一类特殊的劳动关系，并非所有具备灵活性特征的用工关系(劳动给付关系)都构成非标准劳动关系。其次，灵活用工并非法律概念，其特征侧重体现具体用工组合的灵活性，而非标准劳动关系作为规范用工主体与劳动者之间权利义务关系的一种法律关系，则侧重体现相关主体之间权利义务配比的灵活性。

我国现有立法明确认可的非标准劳动关系有非全日制用工、劳务派遣两类。非全日制用工的灵活性体现在劳动时间、计酬方式以及缔约、解约上。就劳动时间而言，首先在于劳动时间的存续性上，非全日制用工的存续时间具有不确定性，其以实际工作时间为准。其次在于工时，我国《劳动合同法》第68条明确规定非全日制用工的平均每日工作时间不超过4小时，累计周工作时间不超过24小时。而全日制用工下的标准工时则为每日工作不超过8小时，每周不超过40小时。就计酬方式而言，非全日制用工以小时计酬为主。以缔约、解约方式而言，非全日制用工双方当事人既可以以书面的形式也可以以口头的形式订立劳动合同；双方当事人可以随时通知对方终止合同，而无需履行提前告知或者支付经济补偿的程序。除此之外，由于缔约时间上的灵活性，劳动者可以与多方主体订立合同，建立多重非标准劳动关系。

劳务派遣的灵活性则体现在雇佣与使用分离上。一个完整的劳务派遣包含派遣单位、用工单位和劳动者三方主体，三方形成一个完整的劳动关系。在劳务派遣中，派遣单位首先与劳动者建立劳动关系，然后劳动者经由派遣单位指派，为实际用工单位提供劳务。在这三方关系中，派遣单位与实际用工单位之间是一种承揽关系，派遣单位与用工单位之间则分别构成部分劳动关系，享有部分雇主的权利和承担部分雇主义务。所谓部分劳动关系，从劳动给付的角度而言，派遣单位决定劳动者工作地点，工作期限，用工单位则决定劳动者的实际工作内容，两者都对劳动者具有一定的控制性。因而有学者主张，对于劳务派遣关系的界定应以双重劳动关系为准，对于劳动者的具体权利义务则以“控制性”标准在派遣单位以及用工单位之间进行分配。[6]30-42另外，劳务派遣中的派遣单位与劳动者可能订立期限相对较长的合同，而劳动者可能在一个合同期内被派往多个用工主体，通过内部调配的方式最大化劳动力的实际使用，契合各方主体的实际需要，因此劳务派遣的分割还体现在劳务使用期限上。

**（二）非标准劳动关系的弱从属性**

**1、从属性理论**

从属性是劳动关系区别于其他民事劳动给付关系的核心特征，也是判断劳动关系的核心标准。从属性理论的基础在于劳动关系主体之间的不平等以及劳动者的人格保护。劳动关系自劳动租赁关系，雇佣契约关系到现代意义上的劳动关系的发展过程实质上是对劳动给付不断深入认识的过程。劳动给付从不自由时代的劳动者自己出租、罗马法时代的劳动分离出租、雇佣契约时代的债务给付演化至现代劳动法意义上的人格从属性给付。[7]3-5从属性特征的凸显来源于工业革命时代的大工厂生产方式。大工厂的生产组织形式一方面吸纳了大量的劳动者，另一方面对于劳动者又有着更高的控制性要求，劳动者需要符合雇主更加严密的组织调配。然而劳动者本身又具有很高的可替代性，这转而又进一步增强了雇主的控制力。[8]340除此之外，劳动者相对于拥有生产资料以及生产工具的雇主处于明显的弱势地位，他们无法与雇主平等的谈判劳动条件和工资待遇，以实现自身的保护。[9]但是提供劳动给付又是劳动者获得生活资料的来源，出于生存的需要，劳动者不可避免的会对雇主产生一定的依附性。因此劳动关系不能仅仅被认为是有关于给付和对待给付的债权关系，实质上，它存在着很强的人身权色彩，是关系到劳动者生存基础的法律关系。[10]4另外，古典劳动关系理论认为劳动给付是一种与人身不可分离的给付，雇主对于劳动给付的控制实际上是对与劳动者的控制，因此转而寻求社会性立法，对雇主课以契约以外的公法义务，限制了雇主对于劳动者的控制程度，维护劳动者的人格独立和生存保障，平衡劳资关系。

从属性理论是劳动关系倾斜保护的理论基础，以内容而言，其可分为人格从属性、经济从属性和组织从属性三部分。人格从属性是指劳动者在雇主的组织内，服从雇主权威并接受惩戒或制裁的义务，其强调雇主对于劳动者的指挥控制权。[11]10经济从属性强调的是劳动者对雇主在经济上的依赖性，一方面劳动者受雇于雇主，以雇主目的而劳动，依赖于雇主的报酬给付；另一方面劳动环境和劳动条件由雇主提供，劳动者只提供劳动。组织从属性则强调劳动者对于雇主生产体系的依赖性，组织从属性通过人格从属性和经济从属性体现。

**2、从属性弱化**

相对于标准劳动关系，非标准劳动关系在用工形式上具有“灵活性”上的区别，在从属性上则有“强弱”的区别，从属性弱化是灵活用工形式在劳动关系上的投射。有学者认为非标准劳动关系的“非标准化”在于组织从属性弱化，从属性弱化是非标准劳动关系最基本的特征，无论是劳动关系多重化、工作时间、工作场所、工作内容、工作报酬和社会保险福利等方面的突破最终都能回归到组织从属性的弱化上来。[1]诚然，用工形式的“灵活性”表现在劳雇关系上则是人格从属性和经济从属性的弱化，但是在承认非标准劳动关系从属性不明显之前，需要注意标准性劳动关系从属性其本身的变化。事实上，从属性弱化是劳动关系发展至今的一个明显趋势。就人格从属性而言，新兴产业、新型业务形态以及技术进步和管理理念带来的变化使得集中性的、高度控制的用工形态带来的好处减弱，雇主之于劳动者的控制不再是事实上的控制而在于保有这种控制的权利。而就经济从属性而言，这种变化则体现为劳动力与生产资料相结合的程度不断降低，特定行业下，劳动者甚至不再依靠雇主提供劳动环境和劳动工具。因此从表征来说，标准劳动关系从属性也存在着弱化的趋势。

尽管都存在着从属性表征的弱化，但是两者之间的区别是显而易见的。就劳雇双方内部关系而言，从属性弱化意味着雇主方的控制性减弱，而劳动者的自主性增加。而这种“控制——自主”关系的对比变化并不是雇主在权力范围内的适应性变化，而是一种实在意义上的权力弱化。在非标准劳动关系的范畴内，雇主放弃了部分控制性权力，而劳动者则放弃了部分依赖性，获得了部分自主性空间。如果以从属性表征的强弱作为标准，标准劳动关系即使存在着部分表征的缺失，实质上其仍是一种强从属性，而非标准劳动关系和民事劳动给付关系则可分别归为弱从属性和无从属性。

**3、非标准劳动关系的“部分劳动基准****”性**

非标准劳动关系与标准劳动关系的核心差异在于内部从属关系的差异，这种差异外在表现为两个方面，一是具体用工形式的差异，一是劳动基准的差异，劳动基准的差异是内部从属关系变化的必然结果。

如上文所述，从属性理论是劳动者获得倾斜保护的核心基础，也是劳动基准实施的核心基础。而非标准劳动关系下的从属性弱化必然会影响劳动基准的弱化。首先，劳动基准的弱化是灵活化用工的应有之义。灵活用工很大程度上是作为一种降低用工成本，促进劳动者就业的方式而存在的，而各种劳动基准对于劳动者而言是各种权利保障，对于用工主体而言则是各种生产成本。因此用工主体灵活性的放弃一部分控制性权力，以适应自身的实际用工需求，其目的就在于通过避免或减少适用劳动基准的方式降低用工成本。其次，劳动基准的弱化表现在深度和广度上。实践中，已有规定在部分用工情形中适用部分劳动基准。如《上海市劳动和社会保障局关于特殊劳动关系有关问题的通知》第八条明确指出，形成特殊劳动关系参照执行工作时间规定、劳动保护规定、最低工资规定三项劳动基准。另外，国际劳动组织在《非全日制工作公约》中指出，非全日制工人应有可比与全日制工人同等的保护，具体包括组织权利、集体谈判权和担任工人代表的权利、职业安全和卫生、就业和职业歧视三方面，但在涉及金钱时应按工时等比例确认。相对于标准劳动关系之于完全劳动基准，非标准劳动关系下从属性内部关系的变化并不能直接表现在劳动基准上，非标准劳动关系的劳动基准仍须具体考量。但是上述规定为部分劳动基准的适用提供了一定的思路，即在广度上，如劳动安全基准、劳动卫生基准强制适用，而工时基准、工资基准、劳动福利基准和劳动定员基准则需按照不同的用工形态选择适用；在深度上，涉及金钱的可以依照工时等比例适用。

**四、非标准劳动关系的定位**

按照现有法律体系的安排，涉及劳动给付的法律关系主要有劳动关系和民事劳动给付关系两大类，前者由劳动法调整，后者由民法调整。而对于介于两者之间的非标准劳动关系而言，多数观点认为其应归入劳动法的调整体系，而不应建立一套独立的调整体系。如有学者认为，在我国劳动用工制度改革与劳动力市场建设的特殊背景下，为了回应现实弹性就业与灵活用工的复杂性，应树立大劳动关系之观念，从中提炼相对合理的复合式认定标准。这种复合式标准包括针对标准劳动关系的一般标准以及针对非标准劳动关系的特殊标准，特殊标准基于一般标准内涵的倾斜保护价值理念，适用不完整的、非体系化的从属性认定方式。[12]112-122

事实上，将非标准性劳动关系作为劳动关系的一种特殊形态，适用特殊的认定标准和保护标准是一种较为合理的方式，符合适应社会发展需求和劳动者权益保护的主旨。首先，自法律调整对象而言，非标准劳动关系仍具有从属性的特性，并未脱离劳动关系的范畴。就调整范围而言，非标准劳动关系相当于是标准劳动关系与民事劳动给付关系之间的“中间地带”，但是在相关性和差异性的对比分析上来看，非标准劳动关系无疑更接近标准劳动关系。 其次，以标准劳动关系为基础，认定非标准劳动关系下的劳动给付是一种从属性劳动给付，是非标准劳动关系进行特定保护的基础。这种基础必须处于劳动关系的集合概念中。因为劳动法区别于其他民事劳动给付进行倾斜保护的基础在于对劳动者放弃对自己劳动力的处置的一种补偿，而非基于劳动者的社会保护的必要性。[10]18

另外，在肯定统一调整的基础上还须注意非标准劳动关系本身的定位问题。将非标准劳动关系从现有二元体系下抽离出来的主要目的在于应对实践中广泛存在灵活用工（灵活就业）问题。在现有的规范体系内，非标准劳动关系仍存在着法律适用上的难题，进而导致了劳雇双方的权利义务无法得到适当的配比。董保华教授认为，《劳动合同法》公布以来，在相当长的一个时期中，企业行为很大程度是在把标准劳动关系转化为非标准劳动关系，甚至通过外包转化为非劳动关系；而劳动法立意则是希望抑制用工灵活性，希望将非劳动关系转化为非标准劳动关系，将非标准劳动关系转化为标准劳动关系。[13]88这种适用上的扭曲一方面是现有法律体系的兼容性问题，另外一方面则是非标准劳动关系本身的定位问题。非标准劳动关系作为一种以劳雇双方权利义务灵活配置为内容的法律关系，应以灵活性作为其主基调，即国家对非标准劳动关系政策的立场应符合雇主利益及劳动者利益的弹性化和符合劳动者与市场需求的弹性化，亦即在制定政策时尤其是指定劳动基准适用时，考虑其于标准劳动关系以及其他灵活用工方式的区别，考虑其作为促进就业提升雇主竞争能力的目的。[14]7

**参考文献**

[1]马跃如, 夏冰.论“非标准劳动关系”的分类方法及其基本类型[J].厦门大学法律评论, 2013, (2)

[2] 董保华. 论非标准劳动关系[J].学术研究,2008,(7)

[3] 秦国荣. 劳动法上用人单位: 内涵厘定与立法考察[J]. 当代法学,2015,(4)

[4] 董保华. 劳动合同研究[M].北京:北京大学出版,2005,56

[5] 杨燕绥, 赵建国.灵活用工与弹性就业机制[M]. 北京:中国劳动社会保障出版社,2006,18-21

[6] 李雄. 我国劳务派遣制度改革的误区与矫正[J]. 法学家, 2014, (3)

[7] 黄越钦. 劳动法新论[M]. 台北:翰芦图书出版有限公司, 2002.3-5

[8] Bruntz J. Employee/Independent Contractor Dichotomy: A Rose Is Not Always a Rose[J]. The. Hofstra Lab. LJ, 1990,(8)

[9] 宁红丽. 雇佣契约研究（二）

http://www.privatelaw.com.cn/Web\_P/N\_Show/?News\_CPI=9&PID=2590，最后访问时间：2016年6月14日

[10] 杜茨. 张国文译.劳动法[M].北京:法律出版社,2003,4

[11] 林更盛. 劳动契约与委任契约之区别——最高法院八十三年度台上字第1018号民事判决[J].月旦法学教室, 2013,(8)

[12] 李雄, 田力.我国劳动关系认定的四个基本问题[J].河南财经政法大学学报, 2015,30(3)

[13] 保华律师事务所.标准劳动关系和非标准劳动关系相互转化的中国模式[J].保华月刊, 2016,(6)

[14] 简建忠, 黃良志, 杨通轩等. 各国非典型劳动政策形成及运作机制之比较研究[J]. 台北: 行政院研究发展考核委員会, 2007

**The analysis of non-standard feature of the non-standard labor relationship**

**Abstract:** As a type of the labor relationship, Non-standard labor relationship should be based on standard labor relationship and distinct from other flexible employment relationship, clarify its connotation and features. Non-standard features include subject’s and content’s feature in which the Labor Standard’s nonstandard feature to distinguish it from standard labor relationship. In the identification of the nonstandard labor relationship and development of relevant policies, the flexible configuration of rights and obligations and the purpose of promoting employment should be the key to grasp.

**Keywords**: nonstandard labor relationship; standard labor relation; the feature of non-standard

1. (2014) 庆中民终字第472号，正宁县恒安建设有限责任公司与焦晓丽确认劳动关系纠纷上诉案 [↑](#footnote-ref-1)
2. (2014)三民终字第1206号，鑫茂公司诉王某章确认劳动关系纠纷案 [↑](#footnote-ref-2)
3. 《劳动合同法》第44条规定，劳动者开始享受基本养老保险待遇，劳动合同终止；《劳动合同法实施条例》第21条规定，劳动者达到法定退休年龄的，劳动合同终止。 [↑](#footnote-ref-3)
4. 《上海市劳动和社会保障局关于特殊劳动关系有关问题的通知》第一条、第二条 [↑](#footnote-ref-4)