

# 錦 連

## 法律通訊

2016. 2. 17 总第 22 期



### 锦连法律通讯

是锦连律师事务所的法律简报，聚焦于对我们的客户有影响的法律动态。

### 锦连律师事务所

是一家以“高层次、规模化、专业化”为发展目标，以学者型的严谨态度、专家型的服务水平、团队型的服务方式，为客户制定全方位的法律解决方案。

### 办公场所：

辽宁省大连经济技术开发区  
金马路 169 号亿锋现代城 3 号 5F  
邮编：116600

电话：0411-87935185

传真：0411-87930420

电邮：jllawfirm@126.com

网址：www.lnjllawfirm.com



中國·大連

## 锦连律师事务所

JIN LIAN LAW FIRM

## 关于劳动关系认定相关 法律问题的探析

编者按：近年来，劳动争议案件呈逐年上升趋势，新型劳动争议不断出现。在司法实践中，确认劳动关系存在与否是解决劳资双方诸多法律问题的关键。本所孟丽和张晓博两位律师结合本所业务讨论，通过对劳动关系主体的认定、证据的梳理、特殊情形下劳动关系的认定及诉讼时效等问题进行法理分析，期望对司法实践中解决劳动关系的认定及其相关问题有所裨益。

### 『本期供稿人』



孟丽 律师

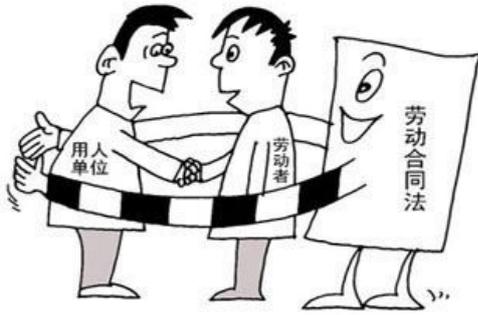


张晓博 律师

### 一、劳动关系主体资格的认定

劳动关系的主体，就是依劳动法规定享有权利与承担义务的劳动法律关系的参与者，包括用人单位和劳动者。认定劳动关系必须首要解决主体资格问题。基于我国相关

法律法规规定，从两方面分别阐述如下：



### （一）用人单位

用人单位是指具有用人权利能力和用人行为能力，运用劳动力组织生产劳动，且向劳动者支付工资等劳动报酬的单位。自其依法成立之时产生，自其依法撤销之时消灭。根据《中华人民共和国劳动合同法》（以下简称《劳动合同法》）第二条第一款规定“中华人民共和国境内的企业、个体经济组织、民办非企业单位等组织（以下称用人单位）与劳动者建立劳动关系，订立、履行、变更、解除或者终止劳动合同，适用本法。”该法第二条第二款规定“国家机关、事业单位、社会团体和与其建立劳动关系的劳动者，订立、履行、变更、解除或者终止劳动合同，依照本法执行。”该两条款规定以列举加概括的方式明确了用人单位的范围，具体包括以下几种类型：

#### 1、企业、个体经济组织、民办非企业单位等组织

##### （1）企业

企业是以盈利为目的经济性组织，包括法人企业和非法人企业，是用人单位的主要组成部分。按照我国目前法律规定，应当包括：全民所有制企业、个人独资企业、有限责任公司、合伙企业等等。

##### （2）个体经济组织

个体经济组织是指经工商部门批准登记注册，并领取营业执照的个体工商户。个体经济组织是指一般雇工在七人以下的个体工商户。

##### （3）民办非企业单位

民办非企业单位主要指在民政部门进行登记的，企事业单位、社会团体和其他社会力量以及公民个人利用非国有资产举办的，从事非营利性社会服务活动的社会组织。如民办学校、民办医院、民办图书馆等。

##### （4）其他

除《劳动合同法》第二条第一款所列举的三类用人单位外，还有一些不属于上述所列单位的，如中介组织中的律师事务所、会计师事务所等，它们的组织形式比较复杂，有的采取合伙制，有的采取合作制，在招用助手、工勤人员等，也要签订劳动合同。因此也属于劳动法律关系。

#### 2、国家机关、事业单位和社会团体

我国《劳动合同法》第二条第二款，明确排除了国家机关、事业单位和社会团

与公务员和参照公务员管理的人员建立的关系，不适用劳动合同法规定。但这些机关和单位如是有下列情形应构成用人单位的主体。

### (1) 国家机关

这里的国家机关包括国家权力机关、国家行政机关、司法机关、国家军事机关、政协等，其录用公务员和聘任制公务员，适用公务员法，不适用本法，国家机关招用工勤人员，需要签订劳动合同，就要适用劳动合同法。

### (2) 事业单位

事业单位适用本法，可以分为三种情况：一种是具有管理公共事务职能的组织，如证监会、保监会、银监会等，其录用工作人员是参照公务员法进行管理，不适用本法。一种是实行企业化管理的事业单位，这类事业单位与职工签订的是劳动合同，适用本条的规定。还有一种事业单位如医院、学校、科研机构等，有的劳动者与单位签订的是劳动合同，签订劳动合同的，单位可以成为用人单位；有的劳动者与单位签订的是聘用合同，签订聘用合同的，就要看法律、行政法规和国务院是否另有规定，如没有特殊规定就可以构成用人主体。

### (3) 社会团体

按照《社会团体登记管理条例》的规

定，社会团体是指中国公民自愿组成，为现会员共同意愿，按照其章程开展活动的非营利性社会组织。社会团体的情况也比较复杂，有的社会团体如党派团体，除工勤人员外，其工作人员是公务员，按照公务员法管理；有的社会团体如工会、共青团、妇联、工商联等人民团体和群众团体，文学艺术联合会、足球协会等文化艺术体育团体，法学会、医学会等学术研究团体，各种行业协会等社会经济团体。这些社会团体虽然公务员法没有明确规定参照，但实践中对列入国家编制序列的社会团体，除工勤人员外，其工作人员是比照公务员法进行管理的。除此以外的多数社会团体，如果作为用人单位与劳动者订立的是劳动合同，就可以作为用人单位的主体。

### (二) 劳动者

通常意义上的劳动者是指达到法定年龄，具有劳动能力，以从事某种社会劳动获得收入为主要生活来源，依据法律或合同的规定，在用人单位的管理下从事劳动并获取劳动报酬的自然人。

劳动者包括本国人、外国人和无国籍人，但并不是所有自然人都是合法的劳动者。劳动者的主体资格始于劳动者最低用工年龄（除特种工作外为16周岁），终于法定退休年龄。

## 二、劳动关系的认定

劳动关系自用工之日起建立。有劳

劳动关系就应当有劳动合同。劳动合同是劳动者维权的第一步，是劳动者的“护身符”。劳动合同是劳动关系的直接反映，是最有利的证据。“白纸黑字”的劳动合同是劳动仲裁、法院裁决，维护劳动者合法权益的重要直接证据。

### （一）劳动关系认定的三个标准

签订劳动合同，是劳动者维护自身权益最重要的一步。但如果没有签订劳动合同，依据劳动和社会保障部的《关于确立劳动关系有关事项的通知》（劳社部发[2005]12号），劳动关系的认定主要参考以下三个标准：

- 1、用人单位和劳动者符合法律、法规规定的主体资格。
- 2、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。
- 3、劳动者提供的劳动是用人单位业务的组成部分。

上述三条标准实际包括对“用人单位”、“劳动行为”、“劳动者”三方面的考察。如前所述，“用人单位”必须是我国劳动法中的“企业、个体经济组织等”；而“劳动行为”是劳动者在用人单位的管理下，从事具体劳动，并获得报酬的过程。“劳动者”同样必须

具备合法的资格。

### （二）确认劳动关系的证据

在劳动者维权过程中，如用人单位没有与其签订劳动合同的，就要注意收集如下证据：

- 1、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。
- 2、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。
- 3、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。
- 4、考勤记录。
- 5、其他劳动者的证言等。

归纳来说，劳动者就是要注意收集自己的收入凭证、与用人单位有关的身分证明、用人单位的招工材料、用人单位对劳动者实施管理的证明、其他可以作为旁证的证明。需要特别说明的，用人单位的报销凭证、因公传递的电子邮件、能证明自己在用人单位工作过的各种资料等也属于有效证据。



### 三、特殊情形下劳动关系的认定

#### (一) 建筑行业非法转包、违法分包情形下劳动关系的认定

建设单位将建设工程发包给施工单位后，施工单位又非法转包或者违法分包给不具有相应建筑施工资质条件的实际施工人，这是当前建筑行业普遍存在的现象。对于实际施工人直接招用的从事建筑施工的劳动者与非法转包或违法分包工程的施工单位之间是否存在劳动关系的问题，在法学理论界及司法实务界尚存争议。目前法院系统对这一问题普遍持否定意见，认为实际施工人招用的劳动者与施工单位之间不存在劳动关系。其主要依据是：

1. 2011年最高人民法院《全国民事审判工作会议纪要》第59条：“建设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。”

2. 2014年4月11日最高人民法院院长信箱对2011年《全国民事审判工作会议纪要》第59条作出进一步释明的答复：“关于实际施工人招用的劳动者与承包人也就是建筑施工企业之间是否存在劳动关系，理论与实践存在两种截然相反的观点：第一种观点认为，实际施工

人与其招用的劳动者之间应认定为雇佣关系，但实际施工人的前一手具有用工主体资格的承包人、分包人或转包人与劳动者之间既不存在雇佣关系，也不存在劳动关系。理由是：建筑施工企业与实际施工人之间只是分包、转包关系，劳动者是由实际施工人雇用的，其与建筑施工企业之间并无建立劳动关系或雇佣关系的合意。另一种观点则认为，应认定实际施工人的前一手具有用工主体资格的承包人、分包人或转包人与劳动者之间存在劳动关系，因为认定他们之间存在劳动关系，有利于对劳动者保护。我们同意第一种观点。”

3. 2015年最高人民法院《全国民事审判工作会议纪要》第62条规定：“对于发包人将建设工程发包给承包人，承包人又转包或者分包给实际施工人，实际施工人招用的劳动者请求确认与发包人之间存在劳动关系的，人民法院不予支持”。

否定实际施工人招用的劳动者与前一手具有用工主体资格的承包人、分包人或转包人之间存在劳动关系，并不意味着劳动者的权益得不到保护，前一手具有用工主体资格的承包人、分包人或转包人仍然应当承担相应的法律责任。依据《劳动合同法》第94条规定：“个人承包经营者违反本法规定招用劳动者，给劳动者造成损害的，发包的组织

与个人承包经营者承担连带赔偿责任。”实践中个人承包经营者(包括实际施工人)往往没有承担民事责任的足够财力,为了保护劳动者的权益,在劳动者遭受损失时,承包人、分包人或转包人是要承担民事上的连带赔偿责任的。从诉讼程序看,劳动者既可以单独起诉实际施工人,也可以将承包人、分包人或转包人与实际施工人列为共同被告;从实体处理看,劳动者既可以要求实际施工人承担全额或者部分赔偿责任,也可以要求承包人、分包人或转包人承担全额或者部分赔偿责任,还可以要求承包人、分包人或转包人与实际施工人一起承担连带赔偿责任。

## (二) 车辆挂靠经营情形下劳动关系的认定

个人出资购买车辆挂靠其他单位(如运输公司等),并以挂靠单位的名义对外经营的现象在实践中较为常见。确认挂靠人即车辆的实际所有人聘用的驾驶员与被挂靠单位之间是否存在劳动关系,其关键和重点在于判断劳动者与用人单位之间是否具备劳动关系从属性和经济性的基本特征,即劳动者作为用人单位的成员,接受用人单位的管理并提供劳动,用人单位向劳动者支付劳动报酬。审判实践中主要是依照原劳动和社会保障部《关于确立劳动关系有关事项的通知》第一条的规定加以确认。

具体而言,在车辆挂靠经营的情况下,被挂靠单位并非车辆实际所有人,不享有车辆占有、使用、收益、处分权利;且被挂靠单位不参与车辆的实际经营和管理,挂靠人作为车辆所有人实际支配车辆,独立经营、自负盈亏。挂靠人直接向所聘用的驾驶员支付工资并对其进行工作任务安排与管理,被挂靠单位并不对驾驶员的工作及岗位安排进行管理,也不向驾驶员发放工资,所以说挂靠人所聘用的驾驶员与被挂靠单位之间不具备劳动关系的从属性和经济性的特征,因此双方不应认定为劳动关系。

《最高人民法院关于车辆实际所有人聘用的司机与挂靠单位是否形成事实劳动关系的答复》亦认为:“个人购买的车辆挂靠其他单位且以挂靠单位的名义对外经营的,根据2008年1月1日起实施的《劳动合同法》规定的精神,其聘用的司机与挂靠单位之间不具备劳动关系的基本特征,不宜认定其形成了事实劳动关系”。



需要注意的是，依据《最高人民法院关于审理工伤保险行政案件若干问题的规定》第三条第一款第（五）项、第二款的规定：“…（五）个人挂靠其他单位对外经营，其聘用的人员因工伤亡的，被挂靠单位为承担工伤保险责任的单位。前款第（四）、（五）项明确的承担工伤保险责任的单位承担赔偿责任或者社会保险经办机构从工伤保险基金支付工伤保险待遇后，有权向相关组织、单位和个人追偿”。据此，挂靠人聘用的驾驶员与被挂靠单位之间虽不存在事实劳动关系，被挂靠单位仍需承担工伤保险待遇项下的赔偿责任。但是被挂靠单位承担的这种责任应当被视为一种拟制的责任，而不是基于事实劳动关系的存在而承担的责任。

### （三）已达退休年龄但未享受养老保险待遇或退休金的人员与用人单位之间的用工关系应按劳动关系处理

《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）》第七条规定：“用人单位与其招用的已经依法享受养老保险待遇或领取退休金的人员发生用工争议，向人民法院提起诉讼的，人民法院应当按劳务关系处理。”广东省高级人民法院、广东省劳动争议仲裁委员会《关于适用〈劳动争议调解仲裁法〉、〈劳动合同法〉若干问题的指导意见》粤高法发[2008]13号）

第十七条第一款规定，“用人单位招用已达法定退休年龄但未享受养老保险待遇或退休金的人员，双方形成的用工关系可按劳动关系处理”。综合上述规定，已达退休年龄但如果没能享受到社会养老保险待遇的劳动者，与用人单位之间形成的用工关系应按劳动关系处理，所以仍然赋予其劳动法上的保护。值得一提的是，2010年3月17日最高人民法院行政审判庭在《关于超过法定退休年龄的进城务工农民因工伤亡的，应否适用〈工伤保险条例〉请示的答复》中已明确用人单位聘用的超过法定退休年龄的务工农民，在工作时间内、因工作原因伤亡的，应当适用《工伤保险条例》的有关规定进行工伤认定。



### （四）双重劳动关系情形下劳动关系的认定

双重劳动关系是指同一劳动者同时与两个用人单位存在劳动关系。目前，我国有关法律法规并不禁止双重劳动关系的存在。根据《劳动合同法》第七条

“用人单位自用工之日起即与劳动者建立劳动关系”，只要用人单位与劳动者符合劳动关系的基本特征，即可认定双方存在劳动关系，而不论劳动者是否已经与其他用人单位建立劳动关系。最高人民法院亦在司法解释中对部分特殊人员的双重劳动关系予以明确认可，《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：“企业停薪留职人员、未达到法定退休年龄的内退人员、下岗待岗人员及企业经营性停产放长假人员，因与新的用人单位发生用工争议，依法向人民法院提起诉讼的，人民法院应当按劳动关系处理。”因此用人单位招用存在双重劳动关系的劳动者，仍应按劳动关系处理，依法与其签订劳动合同，为其缴纳社会保险，承担劳动法上的责任与义务。

但是，法律未禁止双重劳动关系的存在，并不意味着对此予以提倡。用人单位招用存在双重劳动关系的劳动者需承担相应的法律风险。根据《劳动合同法》第九十一条规定：“用人单位招用与其他用人单位尚未解除或者终止劳动合同的劳动者，给其他用人单位造成损失的，应当承担连带赔偿责任。”《最高人民法院关于审理工伤保险行政案件适用法律若干问题的解释》第三条第一款第（一）项：“（一）职工与两个或两个以上单位建立劳动关系，工伤事故发生时，职

工为之工作的单位为承担工伤保险责任的单位。”存在双重劳动关系的劳动者如已在原用人单位参加社会保险，那么新的用人单位无法为其参保，此时如发生工伤事故，将由该用人单位直接承担工伤赔偿责任。因此用人单位在招用该等劳动者时，应慎重考虑并对可能出现的法律风险及时预见和防范。

#### 四、劳动关系认定中的举证责任分配问题

在用人单位与劳动者未订立劳动合同的情况下，劳动者请求法院确认双方存在劳动关系时，举证责任如何分配直接关系到最终由谁承担举证不能的不利后果（即败诉）。由于我国法律没有针对劳动争议案件举证责任分配做出系统规定，法院在审理劳动争议案件时普遍采用民事举证责任的分配原则，即在法律法规没有特别规定时适用“谁主张，谁举证”的一般规则。故劳动者对自己提出的与用人单位之间存在劳动关系的主张应当承担举证证明责任，但用人单位在部分证据的掌握上存在明显优势，双方信息严重不对称的情况下，根据《劳动争议调解仲裁法》第六条规定，“与争议事项有关的证据属于用人单位掌握管理的，用人单位应当提供；用人单位不提供的，应当承担不利后果”，这既遵循了举证责任分配的一般规则，又在一定程度上加重了用人单位的举证责任

体现了对处于弱势地位的劳动者的倾斜性保护。



原劳动和社会保障部《关于确立劳动关系有关事项的通知》第二条也体现了这一举证责任分配规则：“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。其中，（一）、（三）、（四）项的有关凭证由用人单位负举证责任。”

因此，确认是否存在劳动关系，应当遵循在劳动者初步证明责任基础上实行举证责任倒置的规则，即先由劳动者举证，初步证明劳动关系的存在，如用人单位对此予以否认，其应举出劳动关系不存在的证据，最后由裁判者根据举证责任分配规则，并结合具体案件中当事人举证、质证及庭审中查明的事实情

况综合分析作出判断。

## 五、确认劳动关系能否适用诉讼时效

诉讼时效是指民事权利受到侵害的权利人在法定的时效期间内不行使权利，当时效期间届满时，人民法院对权利人的权利不再进行保护的制度。请求确认存在劳动关系，应否适用诉讼时效制度？

根据《最高人民法院关于审理民事案件适用诉讼时效制度若干问题的规定》第一条规定，请求对事实的确认不适用诉讼时效的规定。该条规定仅仅规定了债权请求权，我国法律并没有规定确认之诉适用诉讼时效制度。劳动争议案件虽然由于仲裁前置的原因与普通民事案件有不同期限的仲裁申请时效期间，但二者适用时效制度的范围一致，即时效规定不适用于对事实的确认之诉。请求确认劳动关系属于确认之诉，是对劳动者与用人单位之间是否建立劳动关系这一事实的确定。在这个请求中，不存在劳动者向用人单位主张实体权利，更不存在用人单位向劳动者主张实体权利。在这一请求中，只是要求人民法院对两者关系进行定性，不是人民法院裁判一方向另一方履行义务或行使权利。故此，确认劳动关系不应当适用时效制度。

（编辑：董建文）

\*锦连法律通讯仅供参考,其不构成一份法律意见或建议。我们努力保证本通讯内容的准确性,但是对基于本通讯任何内容而采取的任何行动所遭受的损失或损害,我们不承担任何责任。我们保留对本通讯的全部权利。

