

建筑业外包用工关系认定的探讨

■倪巧英

摘要: 建筑业外包行业由于其特殊历史原因, 确认劳动关系的案件占据了很大比例。究竟以何种标准作为确认劳动关系存在的依据, 无论是理论层面还是实践层面, 都有不同的看法。通过梳理我国劳动关系立法及司法实践的相关沿革和规定, 笔者认为, 应当以人格从属性和经济从属性作为主要标准进行劳动关系的认定, 不当过分强调组织从属性。并建议明确个人雇用中表见代理的认定原则, 加强建筑业外包用工的行业管理。

关键词: 劳动关系 雇用关系 认定标准

在司法实践中, 确认劳动关系的案件一直不在少数, 而建筑业外包行业由于其特殊历史原因, 确认劳动关系的案件占据了更大比例。然而, 劳动仲裁机构和法院对建筑业外包用工形成的法律关系如何定性, 属于劳动关系还是民事雇用关系并不一致。下面这个典型案例便充分反映了实践中的困惑。

案例: 余某为上海市外来从业人员, 于2010年1月6日起在龙耀路隧道工地从事防护板安装工作。2010年1月23日中午, 在安装防护板时余某被行驶前来的车辆撞伤。余某于2010年10月21日向上海市浦东新区劳动人事争议仲裁委员会提起仲裁申请, 请求确认2010年1月6日至2010年1月23日期间上海某消防工程有限公司与其之间存在劳动关系。

无论是仲裁阶段还是诉讼阶段, 查明的事实均相同, 即某消防工程公司承包了龙耀路隧道防护板安装工程, 其为具备用工主体资格的企业法人。某消防工程公司在承包了安装工

程后与自然人张某达成工程分包协议, 工程款按10元/平方米的价格为计算标准。张某平时以暂支形式领取现金, 待完工后以结算清单方式结清, 公司与张某约定, 人员的招用及工资结算系由张某负责。张某则按照7元/平方米的价格计发余某的工资。

然而, 基于同一事实, 不同的机构却作出截然不同的认定结果。仲裁委员会和一审法院均认为某消防工程公司与余某存在劳动关系, 依据均为《关于确立劳动关系有关事项的通知》(劳社部发〔2005〕12号) 第四条的规定, 即建筑施工、矿山企业等用人单位将工程(业务)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。因某消防工程公司将业务发包给了不具备用工主体资格的自然人, 应由某消防工程公司承担用工主体责任, 故认定公司与余某存在劳动关系。

但上海市一中院认为二者之间不存在劳动关系。理由为: 现有证据尚不

足以证明余某在提供劳动的过程中接受公司的考勤、指挥等管理, 亦不足以证明余某和某消防工程公司之间存在建立劳动关系的合意, 故认为二者不存在劳动关系。之后, 上海市检察院向上海市高院提出抗诉认为, 中院认定余某与某消防工程公司不存在劳动关系适用法律错误, 致使判决有误。然而, 上海市高院认定上海市一中院的判决并无不当。

由此来看, 对于建筑业外包用工形成的法律关系如何定性, 仲裁、法院、检察院的认识并不一致, 甚至于法院内部的认识也不一致。那么, 建筑业外包用工是否可以认定为劳动关系呢? 这需要探讨我国劳动关系立法及劳动关系认定司法实践的变迁过程。

■从立法变迁看劳动关系的认定

《劳动法》、《劳动合同法》作为调整劳动关系的重要法律, 均未对劳动关系作出明确界定, 因此, 劳动关系立法变迁仅能从相关条款的比较和理解中进行推导。

《劳动合同法》比《劳动法》扩大了劳动关系的适用范围

总的来说,与《劳动法》相比,《劳动合同法》体现了扩大劳动关系认定的立法理念。

首先,劳动关系确立与劳动合同订立。《劳动法》、《劳动合同法》均明确建立劳动关系应当订立劳动合同,但《劳动法》未就什么情况下建立劳动关系进行明确,而《劳动合同法》第七条明确,用人单位自用工之日起即与劳动者建立劳动关系。也即,按《劳动合同法》的规定,只要是该法调整范围的用人单位与劳动者,一旦确认用工事实即确立劳动关系,而不问劳动合同的签订问题。

其次,对劳动关系的适用范围的规定。《劳动法》第二条第一款规定,在中华人民共和国境内的企业、个体经济组织(以下统称用人单位)和与之形成劳动关系的劳动者,适用本法。

《劳动合同法》第二条第一款规定,在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。比较上述条款,《劳动合同法》不仅将《劳动法》该条款中的“与之形成劳动关系的劳动者”调整为“与劳动者建立劳动关系”,而且增加了民办非企业单位作为适格用工主体,以及增加了“等组织”的表述。也正是由此,《劳动合同法实施条例》明确将会计师事务所、律师事务所等合伙组织和基金会也列入适格用人单位。此外,《劳动法》第二条第二款规定,国家机关、事业组织、社会团体和与之建立劳动合同关系的劳动者,依照本法执行。《劳动合同法》与之相对应的条款表述为,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。并且,在第九十六条规定,事业单位与实行聘用制的工作人员订立、履行、变更、解除或者终止劳动合同,法律、行政法规或者国务院另有规定的,依照其规定;未作规定的,依照本法有关规定执行。虽然,《劳动合同法》明确法律、行政法规或者国务院另有规定的,依照其规定,但显然该法立法本意在于扩大该法对国家机关、事业单位、社会团体与劳动者之间所形成关系的适用范围。

从《劳动合同法》的立法过程看,对劳动关系又有缩紧认定范围之意

《劳动合同法(草案)》征求意见稿曾经对劳动关系下过定义,在第三条明确,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。《劳动合同法(草案)》征求意见稿第六十三条规定,个人承包经营招用劳动者的,由发包的个人或者组织作为劳动者的用人单位。

《劳动合同法草案》二审稿第七十二条规定,个人承包用工,发包人为用人单位。二审稿将外包劳动关系作为一种特殊劳动关系,列于非全日制用工、劳务派遣等特殊劳动关系的同等地位。

经过公开征求意见稿、二审稿、三审稿到最终的公布,《劳动合同法》不仅删除了关于劳动关系界定的条款,而且将“外包劳动关系”从特殊劳动形态中排除,并在第九十三条规定,“对不具备合法经营资格的用人单位的违法犯罪行为,依法追究法律责任;劳动者已经付出劳动的,该单位或者其出资人应当依照本法有关规定向劳动者支付劳动报酬、经济补偿、赔偿金;给劳动者造成损害的,应当承担赔偿责任”;在第九十四条规定,“个人承包经营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”。从最终公布的《劳动合同法》相关条款表述上可以得出,不具备合法经营资格的单位被排除在了劳动法律关系适格主体范围之外,且在字面上被描述为“承担连带赔偿责任”。

可以说,劳动关系相关立法的内在矛盾,特别是《劳动合同法》对发包的组织与个人承包经营者承担连带赔偿责任,而非用工责任的表述,是造成司法实践中对于建筑业外包认定劳动关系的混乱、不统一的主要原因。

从司法实践变迁看劳动关系的认定

由于法律法规对劳动关系未有明确的定义,在《劳动合同法》颁布之前,如何认定建筑业外包法律关系,司法实践主要依据行政部门和司法部门的相关规定。比如,上文所提到的《关于确立劳动关系有关事项的通知》。最高人民法院相近的规定为《关于车辆挂靠其他单位经营车辆实际所有人聘用的司机工作中伤亡能否认定为工伤问题的答复》(最高人民法院行政审判庭〔2006〕行他字第17号)。该答复中明确:“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,其聘用的司机与挂靠单位之间形成了事实劳动关系,在车辆运营中伤亡的,应当适用《劳动法》和《工伤保险条例》的有关规定认定是否构成工伤。”也因此,在《劳动合同法》实施之前,很多地方的仲裁机构及法院的做法是确认发包方与劳动者存在劳动关系。本文的案例中,浦东新区劳动人事争议仲裁委员会、浦东人民法院、上海市人民检察院即秉持上述观点,认为余某与公司之间存在劳动关系。

《劳动合同法》颁布与实施后,由于对于该法第九十三条、第九十四条的理解与执行,在非法用工单位的法律

责任和发包组织与个人承包经营者的责任方面,各地在司法实践上开始有所调整。2011年,最高人民法院印发的《全国民事审判工作会议纪要》(法办[2011]442号)中规定:“发包人将工程发包给承包人,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,不予支持。”

之后,上海市高院在《民事法律适用问答》(2011年第3期)中对这个问题的答复是:劳社部发[2005]12号《关于确立劳动关系有关事项的通知》第四条作出“建筑施工、矿山企业等用人单位将工程(业务)或经营权发包给不具有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”的规定后,审判实践对“发包方承担用工主体责任”的理解发生分歧。一种意见认为,该“用工主体责任”应理解为发包方与劳动者形成事实劳动关系,发包方应承担《劳动法》、《劳动合同法》规定的用人单位的法律责任。另一种意见认为,根据最高人民法院《关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》第十一条第二款的规定:“雇员在从事雇佣活动中因安全生产事故遭受人身损害,发包人、分包人知道或者应当知道接受发包或者分包业务的雇主没有相应资质或者安全生产条件的,应当与雇主承担连带赔偿责任”的规定,发包方、分包方对雇员承担的是侵权赔偿责任,而非《劳动法》、《劳动合同法》意义上的用人单位的责任。

因此,上海市高院在答复中认为,一般而言,不具备用工主体资格的组织或个人直接对外招用劳动者,劳动者一般不直接受建筑施工、矿山企业的管理和指挥,也不存在身份上的从属和依附关系,故建筑施工、矿山企

业与劳动者之间不存在事实劳动关系。对于建筑、施工企业在劳动者遭受人身损害时是否需承担民事责任的问题,根据《安全生产法》第八十六条有关“生产经营单位将生产经营项目、场所、设备发包或出租给不具备安全生产条件或者相应资质的单位或者个人,导致发生生产安全事故给他人造成损害的,与承包方、承租方承担连带赔偿责任”的规定和上述最高人民法院《关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》第十一条的规定,因建筑施工、矿山企业将工程项目发包给不具备用工主体资格的组织或个人,本身存在一定过错,故应与其与不具备用工主体资格的组织或个人对受到人身损害的劳动者承担连带赔偿责任。

部分地方司法部门也相应出台了类似规定。也正是如此,对于某消防工程公司与余某的案件,上海市一中院和上海市高院作出了不认定劳动关系的判决。

■ 建筑业外包用工关系认定的探讨

在某消防工程公司与余某案件中,不认定两者之间形成劳动关系,那么,两者之间形成什么关系呢? 张某与余某又形成什么关系呢,属于劳务关系,还是属于民事雇佣关系? 我们看到,在国家层面的立法中没有关于“劳动关系”的明确定义,立法上也未明确劳务关系、民事雇佣关系的适用范围。因此,稳妥处理建筑业外包用工关系至少有以下几方面需要我们共同努力。

明确劳动关系的认定标准

可以说,由于劳动关系立法与司法实践中的内在矛盾导致了适法的的不统一性,进而导致司法实践中裁判实务及司法理解形成了混乱的局面。当前,主要以企业的经济成分来明确用

人单位的范围,并以此来决定劳动法调整范围的办法,已经难以适应就业形势多样化的社会实践。笔者认为,应当以人格从属性和经济从属性作为主要标准,进行劳动关系的认定,不应当过分强调组织从属性。

明确个人雇用中表见代理的认定原则

在建筑业外包用工关系认定中,还应当考量不具有用工主体资格的承包人与发包单位之间所可能存在表见代理关系。劳动关系认定中的组织从属性的确表现为劳动者受到用人单位的管理指挥,然而,应当看到,用人单位的管理指挥一般需要通过自然人实施。该自然人可以是公司的管理人员,也可以是与公司形成某种权利义务关系的其他人员。在某消防工程公司与余某案件中,如果认定张某代为行使了对余某的管理指挥权,且余某善意认为系为公司工作,那么,公司与余某的劳动关系应该可以予以认定。

加强建筑业外包用工的行业管理

《建筑法》、《建筑工程质量管理条例》等法律规定均对建筑业发包有明确的规定,对违法分包有明确的限制。比如,《建筑法》第二十九条明确禁止总承包单位将工程分包给不具备相应资质条件的单位,禁止分包单位将其承包的工程再分包。为有效维护建筑工地上外包用工中劳动者的合法权益,应当严格落实建筑发包规定,杜绝民事雇佣关系在建筑工地、矿山企业之类的事易发行业出现。



作者单位
上海市奉贤区劳动人事争议仲裁院