

非法用工的司法认定和处理

程立武

案情简介

王某于2011年10月入职某物业管理公司，从事电工工作，双方签订了1年期劳动合同。合同约定：王某月工资3200元，工资以现金形式发放。在职期间物业公司未给王某缴纳社会保险。2012年4月26日，物业公司以经营困难为由要求王某离职。2012年5月8日，王某提起仲裁请求物业公司支付拖欠的工资、加班费、经济补偿并补缴社会保险费。经法院核实，物业公司于2011年3月被工商行政管理部门吊销营业执照后仍在对外营业，至今未进行清算，也未办理注销手续，王某入职时知道物业公司营业执照被吊销的情况。

法院经审理认为，《劳动合同法》第二条规定：“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。”因此，劳动合同法律关系中一方当事人须具有劳动者资格，另一方须具有合法用人单位资格。该法第四十四条（五）规定：“用人单位被吊销营业执照的、责令关闭、撤销或者用人单位决定提前解散的”劳动合同终止，足见用人单位被吊销营业执照是引发劳动合同法律关系变动的法定事由。根据现有证据，可以确定，王某入职时物业公司已经被工商行政管理部门吊销营业执照，物业公司招用王某的行为属于非法用工。《劳动合同法》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。”基于此，物业公司应支付王某拖欠工资和经济补偿。综上，法院判令物业公司向王某支付工资和经济补偿。

争议焦点

如何对非法用工行为进行司法处理？



息掌握上有明显优势，应当减轻被派遣劳动者的举证责任。劳动争议仲裁委员会可以援引《劳动调解仲裁法》第三十九条第二款的规定，“劳动者无法提供由用人单位掌握管理的与仲裁请求有关的证据，仲裁庭可以要求用人单位在指定期限内提供。用人单位在指定期限内不提供的，应当承担不利后果”。劳动者只须证明存在劳动报酬差异，继而由用工单

位、派遣公司承担证明被派遣劳动者工资报酬符合同类岗位相同的劳动报酬分配办法的举证责任。用工单位必须说明劳动定额、绩效考核等相关的管理方式，如不能举证证明工资差异属于相同劳动报酬分配办法下的正常合理差异，则应承担证明不能的不利后果。

总之，劳务派遣问题的关键所在，是派遣工未能充分实现同工同酬的权利。劳

动仲裁和民事诉讼作为被派遣劳动者最后的权利救济途径，应当采取妥善的裁判认定标准和举证责任分配方式，促进目前畸形发展的劳务派遣制度向正常轨道转变。

作者单位
中国人民大学法学院

①王全兴、杨浩楠，试论劳务派遣中的同工同酬——兼评2012年《劳动合同法修正案》，苏州大学学报，2013年第3期。

②刘焱白，从同工同酬看派遣工劳动平等问题，湖南行政学院学报（双月刊），2009年第2期。

「案例分析」

首先,分析非法用工的含义和种类。

《工伤保险条例》第六十六条对非法用工情形下劳动者的工伤问题进行了规定,但现行劳动法律法规和司法解释中并不存在“非法用工”的直接表述,“非法用工”一词源自劳动保障行政部门的规章,

《非法用工单位伤亡人员一次性赔偿办法》第二条规定:“本办法所称非法用工单位伤亡人员,是指无营业执照或者未经依法登记、备案的单位以及被依法吊销营业执照或者撤销登记、备案的单位受到事故伤害或者患职业病的职工,或者用人单位使用童工造成的伤残、死亡童工。”根据该条的规定,非法用工主要是指无营业执照或者未经依法登记、备案的单位以及被依法吊销营业执照或者撤销登记、备案的单位违法用工,或者用人单位使用童工的行为。除此之外,外国企业驻华办事处直接招用劳动者、用人单位招用未取得在华就业资格的外国人和无国籍人的行为通常也被认为属于非法用工的情形。

从上述非法用工的规定来看,所谓非法用工是指事实用工关系中的用工方或劳动提供者不具备相应用人单位合法经营资格或劳动者的资格。因此,非法用工可以分为两大类:一类是用工方不具备用人单位合法经营资格,比如,未办理营业执照、营业执照被吊销等;另一类是劳动提供者不具备劳动者的资格条件,比如,未满足16周岁的童工、未取得在华就业资格的外国人等。

第二,非法用工的司法处理。

一是对非法用工案件中诉讼当事人的列明。

这里首先要区分诉讼主体资格、用人单位资格、法人资格三个概念。在这三个概念中,诉讼主体的外延最为宽泛,根据《民事诉讼法》第四十八条的规定,公民、

法人和其他组织都可以作为民事诉讼的当事人,用人单位和法人都包括在其中。我国对“用人单位”的内涵没有规定,而是进行了列举式规定,包括企业、个体经济组织、民办非企业单位、会计师事务所和律师事务所等合伙组织、基金会等,“用人单位”是劳动和社会保障部门法特有的法律概念,其他部门法一般不使用此概念。法人是指能以自己名义独立从事民事行为和承担民事责任的组织,法人资格始于成立,终于注销,被吊销营业执照的法人资格不消灭,“法人”这一术语广泛适用于民商事实体法和程序法中,法人属于典型的用人单位。

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)》第四条规定:“劳动者与未办理营业执照、营业执照被吊销或者营业期限届满仍继续经营的用人单位发生争议的,应当将用人单位或者其出资人列为当事人。”依照上述三个概念的比较可知:其一,出资人和用人单位都可以作为民事诉讼的主体,当然可以作为民事诉讼案由之一的劳动争议的诉讼主体。其二,未办理营业执照、营业执照被吊销、营业期限届满仍继续经营的属于不具备合法经营资格的用人单位。其三,未办理营业执照的不是企业法人,营业执照被吊销或者营业期限届满的法人资格不终止。

对于非法用工诉讼当事人的列明实践中有争议。有观点认为,未办理营业执照、营业执照被吊销、营业期限届满仍继续经营的用人单位发生争议的,是列用人单位还是列出资人为当事人,应由劳动者选择或仲裁院和法院来确定。也有观点认为,此三种情形下,为保护劳动者权益,应将用人单位和出资人列为共同当事人。

笔者认为,这两种理解都是不准确的。未办理营业执照的用人单位不能以执照上的名称参加诉讼,不具有诉讼主体资格,只能列出资人为当事人;营业执照被吊销、营业期限届满的不影响法人资格的存续,亦不影响诉讼主体资格,它们应当独立承担责任,不能列出资人而只能列用人单位为诉讼当事人。

二是非法用工的法律适用。

非法用工劳动合同的定性。《劳动合同法》第二十六条规定:“下列劳动合同无效或者部分无效:(一)以欺诈、胁迫的手段或者乘人之危,使对方在违背真实意思的情况下订立或者变更劳动合同的;

(二)用人单位免除自己的法定责任、排除劳动者权利的;(三)违反法律、行政法规强制性规定的。”根据该条规定,不具备合法经营资格的用人单位与劳动者签订的劳动合同是否违反法律行政法规的强制性规定呢?在一般民事法律中,营业执照被吊销、营业期限届满的企业法人签订的合同效力并不违反法律法规的效力性强制性规定,但劳动法律作为社会法,国家强制和干预色彩比较大,这一点不同于一般民事法律。因此,不具备合法经营资格的用人单位与劳动者签订的劳动合同因违反法律法规的强制性规定而无效。

非法用工的法律后果。《劳动合同法》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。”不具备合法经营资格的用人单位与劳动者签订的劳动合同无效,无效的后果是支付劳动报酬、经济补偿、赔偿金。

在这里需要说明的是,第九十三条与第二十八条及《劳动法》第九十七条的差异。《劳动法》第九十七条规定:“由于用人单位的原因订立的无效合同,对劳动者造成损害的,应当承担赔偿责任。”《劳动合同法》第二十八条规定:“劳动合同被确认无效,劳动者已付出劳动的,用人单位应当向劳动者支付劳动报酬。”比较这三条会发现,《劳动法》第九十七条对劳动合同无效的后果规定的是对劳动者的损害进行赔偿,《劳动合同法》第二十八条将无效劳动合同的后果明确为用人单位支付劳动报酬,而《劳动合同法》第九十三条规定的无效后果是支付劳动报酬、经济补偿、赔偿金。那么,这三条是否矛盾呢?其实并不矛盾。“对劳动者造成损害”主要指的就是劳动者提供劳动的对价即劳动报酬,而无效合同情形很多,《劳动合同法》第九十三条对《劳动合同法》第二十八条而言,属于特殊和具体规定,仅在非法用工的无效劳动合同的情形中适用。

第三,非法用工争议与劳务争议的区别。

通常情况下,劳动关系和劳务关系的区别是很明显的,但二者之间也存在大量的灰色地带,因此,如何准确判定劳动关系一直是困扰司法实践的难题。学界通说认为“从属性”是判定劳动关系的主要依据,而对“从属性”的具体内容并未达成一致。原劳动和社会保障部《关于确立劳动关系有关事项的通知》中规定:“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。”在认定劳动关系的这三款规定中,第一款规定的是劳动法律关系的主体条件,即用人单位和劳动者需具备相应资格;第二款在学理上称为人格从属性和经济从属性,即劳动者须接受用人单位的指挥、管理乃至处罚,劳动者提供劳动的目的是获得劳动报酬;第三款在学理上称为组织从属性,即劳动者的劳动是纳入用人单位的整个业务范围和组织结构中的。总结来说,《关于确立

劳动关系有关事项的通知》中确定的劳动关系判定方法分为两个步骤:一是前提和形式条件,即用工方和劳动提供者须具有合法用人单位和劳动者的资格。二是人格从属性、经济从属性和组织从属性三个“从属性”的实质标准判断。这种“形式+实质”的判定思维和方法被司法实务界广泛采用。

既然非法用工的劳动合同属于无效劳动合同,那么非法用工关系争议属于什么法律关系争议呢?是劳动关系争议还是劳务关系争议?本案的判决回避了这个问题。其实,相关劳动法律法规在这个问题上也是持回避的态度,因而导致了实践的混乱,很多非法用工的案件无法以劳动争议案由立案,特别是对未办理营业执照的用人单位的出资人提起的仲裁诉讼,更多非法用工的劳动争议案件被作为劳务争议处理了。非法用工责任(除了劳动报酬还有经济补偿、赔偿金)远大于劳务雇用责任(限于劳务报酬),这样做既纵容了非法用工者,也损害了无过错劳动者的权益。

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(四)》第十四条明确规定,外国人、无国籍人未依法取得就业证件即与中国境内的用人单位签订劳动合同,当事人请求确认与用人单位存在劳动关系的,人民法院不予支持。而对于无营业执照或者未经依法登记、备案的单位,被依法吊销营业执照或者撤销登记、备案的单位违法用工的以及用人单位使用童工等情形的非法用工,能否认定双方劳动关系的存在,法律法规、司法解释和规章并没有规定。笔者认为,对于最高人民法院《关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释(四)》第十四条规定之外的非法用工,因为《劳动合同法》明确规定了非法用工劳动合同被宣告无效后的法律后果,这种法律后果实质上是将双方之间的法律关系作为劳动关系来处理的,明显不同于劳务法律关系的法律后果,也是劳务合同争议案由所不能涵盖的,因此,非法用工案件应当依照劳动法律在劳动争议案由下进行处理。

作者单位
北京市朝阳区人民法院

sifarending