

中国人民大学民商事法律科学研究中心

民商事法律科学研究文丛(13)

劳动争议与社会保险纠纷 司法对策

Judicial Countermeasures on Labor and Social Insurance Disputes

| 主编 · 杨立新 刘德权 黄常青 |

人民法院出版社

劳动争议与社会保险纠纷 司法对策

Judicial Countermeasures on Labor and Social Insurance Disputes

| 主编·杨立新 刘德权 黄常青 |

人民法院出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

劳动争议与社会保险纠纷司法对策/杨立新、刘德权、黄常青主编. — 北京: 人民法院出版社, 2011. 12

ISBN 978 - 7 - 5109 - 0352 - 6

I. ①劳… II. ①杨…②刘…③黄… III. ①劳动争议 - 处理 - 中国 - 文集②社会保险 - 经济纠纷 - 处理 - 中国 - 文集

IV. ①D922. 591. 4 - 53②D922. 182. 34 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2011) 第 251911 号

劳动争议与社会保险纠纷司法对策

杨立新 刘德权 黄常青 主编

责任编辑 兰丽专

出版发行 人民法院出版社

地 址 北京市东城区东交民巷 27 号 邮编: 100745

电 话 (010) 67550626 (责任编辑) 67550558 (发行部查询)
65223667 (读者服务部)

网 址 <http://www.courtbook.com.cn>

E - mail courtpress@sohu.com

印 刷 保定彩虹印刷有限公司

经 销 新华书店

开 本 787 × 1092 毫米 1/16

字 数 527 千字

印 张 28.5

版 次 2011 年 12 月第 1 版 2011 年 12 月第 1 次印刷

书 号 ISBN 978 - 7 - 5109 - 0352 - 6

定 价 68.00 元

版权所有 侵权必究

前 言

“第八届法官与学者对话论坛：劳动法与社会保障法研讨会”于2011年7月9日在广东省深圳市龙岗区举行。该论坛第一次讨论《劳动法》、《劳动合同法》和《社会保障法》的理论与适用问题，题目新颖，内容丰富，吸引了众多法学理论工作者和实务工作者参加，会议取得了丰富的研究成果。我作为会议主办方的主要负责人之一，尽管不是劳动法学或者社会保障法学的专家，但作为有兴趣的学者以及比较注意研究工伤事故责任的民法学者，也充满了兴趣，并且祝贺会议圆满成功。同时也要感谢深圳市龙岗区人民法院的领导和全体法官为本届论坛提供的宝贵支持和援助。

本次论坛讨论《劳动法》和《社会保障法》，讨论的范围比较广泛，有劳动关系的认定与调整、劳动合同的订立与履行、劳动合同的解除与限制，以及社会保险的新问题等。这些问题都是劳动法和社会保障法特别是《劳动合同法》实施以来，在社会实践中反映出来，并且亟需解决的问题。法官和学者一道，共同研究解决这些问题的理论基础和具体办法，在很多问题上都取得了共识。即使没有达成共识的问题，也都交流了不同意见，提出了各自的理论依据，为进一步研究和解决这些问题打下了基础。与会的法官和学者都说，理论联系实际是我们研究法律的基本方法，我们的论坛正是体现了这样的方法，让法官和学者坐在一起，把理论和实际紧密地结合起来共同探讨，特别有助于司法实践，也有助于学者了解实际情况，使学术不断发展。本书中汇集的与会法官和学者在讨论这些问题时的精彩论著，展现了会议的精彩，是法官和学者智慧碰撞闪现出的火花，非常难得，也非常值得一读。

理论与实践结合，法官与学者对话，共同推动民商法和社会保障法理论的发展，推动民事审判实践的进步，是我们这个论坛举办的宗旨，也是我们这个作为国家人文社会科学重点研究基地的中国人民大学民商事法律科学研究中心的研究任务之一。十多年来，我们秉持这样的宗旨，坚持“民生、民事、民权，敬群、敬业、敬法”的训词和方向，把民商法学理论研究做深、做细，把民商法学研究基地做大、做强，朝着世界有影响的民商法学研究机构的目标前进。凡是有关民生、民事、民权的法律问题，我们都用崇敬的心态组织研究，让理论上的探

讨与实践的进步紧紧地联系在一起，不断繁荣，不断发展，更好地为提高人民的社会地位，增进人民的福祉服务。《劳动法》和《社会保障法》的问题同样涉及这样的问题，因此，我们精心组织这次研讨会并取得丰硕的成果，正是我们所期待的。

“法官与学者对话论坛”已经举行了八届了，再过两年就要举办第十届了。回顾八年的历史，我们感到当初创办这个论坛的想法是十分正确的。坚持下来，就有了这样的收获，使这个论坛已经成为一个法学研究的著名品牌。中国人民大学民商事法律科学研究中心和人民法院出版社将把这个品牌继续办下去，继续办好，让她更好地为法官服务，为学者服务，在法学理论和司法实践结合的研究中，发挥更大的作用。

我们设想，在第十届“法官与学者对话论坛”举办的时候，将举行一个隆重的研讨会和纪念会，届时将出版论坛十年中推出的精彩论文汇编的纪念文集，对入选的精彩论文的作者进行奖励，颁发纪念品，借以弘扬论坛的“交流观点、启发思想、丰富理论涵养、推进司法进步”的目的，使论坛在民商事法律理论研究和司法实践中成长壮大，成为团结民事法官和民商事法律学者的园地和平台。盼望广大法官、学者继续支持“法官与学者对话论坛”活动，继续扩大对话交流，以促进民商事法律科学的不断发展。

中国人民大学民商事法律科学研究中心主任

杨立新

2011年11月8日

目 录

劳动关系的界定及其法律调整

特殊劳动关系法律规制存在的问题及其完善

——从与特殊劳动关系有关的劳动争议入手所作的分析 黄 昆(3)

数种用工关系之司法甄别

——以阮某诉某乳品配送公司劳动争议案为分析样本

..... 陈文军 陈海挑(17)

论超过法定退休年龄继续工作之法律关系性质 滕 威(32)

论非法用工关系的实务认定

——兼议劳动关系的认定 刘忠二(45)

浅析劳动关系的界定

——孙某诉甲公司劳动争议纠纷案评析 柴家祥(53)

探寻明晰劳动关系边界的路径:劳动关系与雇佣关系的合一 郑文睿(60)

平衡劳资博弈 构建和谐劳动关系

——在适用《劳动合同法》中寻找劳资平衡点 陈贤英(68)

劳动合同与劳动基准

用人单位违法不订立书面劳动合同的“二倍工资”条款初探

..... 王金兴 粟 瑜(79)

论未订立书面劳动合同“双薪罚则”的司法适用 陈辉峰(95)

用人单位的强制缔约义务 王旭光 王明华(102)

浅论无固定期限劳动合同 林秀美(114)

试用期内的“不符合录用条件”解析 肖胜方 刘继承(121)

竞业禁止协议的效力判断与责任承担

——从劳动争议审判实践的视角分析 李盛荣 胡高崇(126)

论无经济补偿的竞业限制协议效力	张妮 陶丽琴 何良雄(137)
假文凭解雇案败诉的困惑与思考	黎建飞(146)
我国劳动者即时解除劳动合同制度的完善	
——美国推定解雇制度的启示	刘路英(160)
我国劳动合同单方解除法律制度的理性审视	赵明开(170)
劳动合同解除若干问题探讨	朱慧 陈慧颖(181)
劳动派遣法律关系之解构	郑尚元(187)
劳务派遣制度下的雇主责任探究	黄砚丽(204)
论我国劳动合同制度的实施	李敏华(211)
加班工资的法律适用探讨	
——以计件工资为中心进行分析	林荣堂(218)

劳动争议及其解决

我国劳动争议处理机制研究	林嘉(229)
试论我国劳动仲裁制度的困局与完善	
——以劳动仲裁与劳动诉讼的有序衔接为视角	姚琼 吴晶晶(240)
劳动争议终局裁决的司法审查	
——实践中的问题与完善	曹文祥(250)
劳动争议案件审理实务中若干问题研究	
..... 深圳市龙岗区法院横岗法庭课题组(260)	
我国劳动争议审判制度运行状况分析及改革设想	
——基于江苏法院近年来劳动审判实践的思考	侯海军(267)
构建海峡两岸劳动争议处理机制研究	王立明 李巧青(283)
《劳动争议调解仲裁法》实施三周年基本情况及下一步对策建议	
..... 王振麒(292)	
劳动法律执行的困境与出路	叶少波(298)
从断裂到整合:以准三审视角看劳动争议仲裁与诉讼的衔接	
..... 郑承茂(311)	

社会保险法律制度

管,还是不管,这是一个问题	
——试探社会保险纠纷的司法对策	黄海涛(325)
社会保险制度下的政府责任研究	傅珊(338)

养老保险法律问题研究

- 以劳动者与用人单位之间的养老保险纠纷为视角 王显勇(347)
- 修改后的工伤保险制度十大新规简评 周贤日(372)
- 事实劳动关系、雇佣关系对工伤认定的影响 彭丽萍(380)
- 谈我国第三人侵权所致工伤损害赔偿模式的立法演变与完善
- 兼评工伤侵权损害赔偿兼得模式的弊端
- 钟 婴 黄耀骥(395)
- 论我国职业灾害工伤保险与民事赔偿之间的衔接关系 翟玉娟(405)
- 如何完善工伤认定赔偿制度
- 从行政和司法角度看工伤认定案件的化解机制 马雯卿(417)
- 论工伤保险补偿与人身意外伤害保险赔偿的关系 管洪彦(425)
- 论工伤确认程序的法律责任 陆夏凌(437)

劳动关系的界定及其法律调整

特殊劳动关系法律 规制存在的问题及其完善

——从与特殊劳动关系有关的劳动争议入手所作的分析

黄 昆*

一、研究范围：特殊劳动关系的内容与范围界定

（一）劳动关系的一般形态与特殊形态

现代劳动关系因其模式的不同可以分为一般形态的劳动关系（regular employment）和特殊形态的劳动关系（non - regular employment），也被称之为典型劳动关系（typical employment）和非典型劳动关系（atypical employment）。所谓劳动关系的一般形态，即典型劳动关系是指现代劳动关系（雇佣关系）的合同期限不确定、全日制的雇佣关系模式，其特征是雇佣关系的稳定性，劳动合同的合同性质模糊化和劳动的非商品化。主要体现在：劳动合同的不定期化（长期化），全日制、单一雇主和解雇保护制度。而与之相对应的就是劳动关系的特殊形态，即非典型的雇佣关系（Atypical Employment Relationship），具有定期雇佣合同、非全日制工作、不特定雇主等特点，表现出较强的劳动力商品化倾向，主要包括：部分工时劳动、定期契约劳动、家内劳动、外包、电传劳动及派遣劳动等工作形态。而且劳动关系特殊形态的概念在不同的国家是不同的。^① 例如，工业化国家，一般都把定期劳动合同（fix - term employment contract）归入劳动关系的特殊形态（即非典型劳动关系），而在我国，把定期劳动合同归入劳动关系的一般形态，这在《中华人民共和国合同法》（以下简称《劳动合同法》）和《中华人民共和国劳动法》（以下简称《劳动法》）关于劳动合同按照期限的

* 人力资源和社会保障部劳动科学研究所劳动法室助理研究员。

① Kazuya Ogura, "International Comparison of Atypical Employment: Differing Concepts and Realities in Industrialized Countries", Japan Labor Review, April 2005.

分类中,是得到确认的,即定期劳动合同是与不定期劳动合同是具有同等地位的劳动合同一般形态。

将劳动关系根据其在劳动法律规制体系中所处地位的不同而将其分为劳动关系的一般形态和特殊形态,其法律意义在于表明,《劳动合同法》和《劳动法》所建立的劳动关系运行规则主要是针对一般形态的劳动关系所规定的,而对于特殊形态的劳动关系,需要制定和适用特别法或特别规定。

(二) 特殊劳动关系的分类

在我国,由于统一的劳动力市场尚在形成之中,因此不同于一般劳动关系的特殊形态,其内涵与外延与国外的研究有所不同。依其界定标准的不同,劳动关系的特殊形态可以有不同的分类。

1. 目前国际上对于特殊形态劳动关系最普遍的分类方式是根据用工形式(就业形式)的不同,将特殊形态劳动关系分为临时工劳动关系、劳务派遣、非全日制劳动关系、电传劳动关系、家内劳动关系、外包劳动关系等。

2. 根据劳动者特定身份的不同,从而导致其所订立的劳动合同不能够完全适用《劳动合同法》的一般规定,而需要法律针对具体情况特殊性做出特别性规定。例如:高级职员、未成年工、学徒、实习生、商业推销员、外籍雇员、退休人员的劳动关系。

3. 因为雇主性质的不同,根据《劳动合同法》的规定,法律适用具有特殊性,例如,事业单位、国家机关、社会团体、民办非企业单位与其劳动者形成的劳动关系。

4. 准劳动关系,即从本质上看可以作为劳动关系,也可以不作为劳动关系处理,但是作为劳动关系对于劳动者更为公平,这种情况的产生根源在于劳动者与雇主之间缺乏组织上的从属性,但具有明显的经济依赖性,故这种准劳动关系也被称之为经济从属性的劳动关系。

5. 根据一人一职原则和劳动者的职数标准,可以分为符合一人一职原则的劳动关系和双重或多重劳动关系,即同一个劳动者同时建立了两个或多个劳动关系。例如,兼职劳动关系、下岗人员的劳动关系、同时为多个雇主提供非全日制劳动的劳动关系等。双重或多重劳动关系是同一个劳动者与不同的雇主建立不同的劳动关系,而雇主之间彼此并无直接的利益联系,这是与下面的“三角”劳动关系的最大区别。

6. “三角”劳动关系:“三角”劳动关系(triangular employment relationship)是国际劳工组织所提出的一个概念。根据国际劳工组织的概念,“三角”劳动关系是指:某企业(“供给方”)的雇主为第三方(“使用方”企业)提供劳动或

服务，因此该企业的雇员亦同时为此第三方的利益而工作时，“三角”雇佣关系即因此产生。“三角”雇佣关系可以以多种形式出现。最常见的是使用承包商和私营职业介绍所形成的外包劳动关系的劳务派遣关系、人事管理委托关系等。另一种非常流行的处理方式则是特许经销。在这种情况下，一个企业允许另一企业或个人原则上独立地使用其商标或产品。但是，被授权者对授权者负有经济义务，后者往往对前者实施控制，包括控制其员工。^①

7. 根据劳动关系中主要权利义务存续与否，特殊劳动关系还包括虚化劳动关系，即劳动关系虽然保留，但主要权利义务暂停，例如停薪留职中的劳动关系、劳动者下岗或内退后，与原用人单位的劳动关系等。

（三）特殊劳动关系的一个特别形态——“三角”劳动关系

“三角”劳动关系的一个突出特征是指存在一重劳动关系，但是确有着两个甚至多个雇主，由此导致一重劳动关系存在两个层次，一层是法律形式上劳动关系，另一层是实际履行上的劳动关系。对于劳动者而言，往往不是为与其建立法律形式上劳动关系的雇主劳动，而是向与其雇主存在合同关系的第三方提供劳务，从而与之形成实质履行上的劳动关系。这种实际上的劳动关系，有时是清楚的，例如在劳务派遣中，劳动者与用工单位之间的劳动关系是一望而知的，这种情况下的两个层次的雇主构成共同雇主关系；但有时是很模糊的，最典型的例子是在外包劳动中，很难认为劳动者与发包人之间存在劳动关系，因为虽然发包人是最终接受劳动者所提供劳务的人，但是承包人才是劳务的直接接受者，这种情况下作为劳动直接接受的承包人是直接雇主，而发包人作为最终的劳务接受者，其与劳动者之间虽没有组织隶属关系，但具有经济上的依赖关系，如果发包人不向承包人支付劳务费或工程款，则劳动者无法得到工资等劳动报酬，因此发包人是负有保证责任的间接雇主。

在“三角”劳动关系中，首要的法律问题是雇主的确定。“谁是雇主”这个问题直接关系到劳动者权利实现的可能性和质量。在“三角”劳动关系中最常见的问题就是有能力的雇主不负责，负责的雇主没能力，因此，《劳动合同法》在规范“三角”劳动关系时，必须把雇主的责任能力和劳动关系的雇主确定联系起来，只有这样才能起到有效保护“三角”劳动关系中劳动者的基本权利。

另一个需要解决的问题就是雇主之间的责任分配。如何在雇主之间分配本应由一个雇主承担的责任是规制“三角”劳动关系中最棘手的问题。而责任分配

^① 在2003年国际劳工大会第91届会议上《雇佣关系的范围》报告第三章的题目就是“‘三角’雇佣关系”，讨论了“三角”雇佣关系的模式和相关问题。

问题应当考虑的因素有：雇主的责任能力、实际履行的情况、组织隶属关系、受益情况（受益大小应当与责任承担成正比）等。而衡量一切因素的最后标准就是如何分配责任对劳动者最有利，这并不单纯是从《劳动合同法》的立法目的所作的考虑，这也是基于公平的考量，因为“三角”劳动关系是对雇主有利的雇佣方式，满足了雇主对于劳动关系灵活性、利润最大化以及规避雇佣责任的要求，那么在责任承担上就应当选择对劳动者有利的方式，这样对于劳动关系的双方才是公平的，并且有利于雇主理性地选择雇佣方式。

（四）特殊劳动关系对于劳动法律适用的影响以及劳动法的规制选择

以非全日制用工、劳务派遣为代表的劳动关系特殊形态的出现，对于建立在劳动关系一般形态基础上的劳动立法产生了很大的冲击。各国纷纷开始了通过立法规范劳动关系特殊形态的探索和尝试。鉴于我国目前劳动关系特殊形态在就业中的地位和发展状况，我国在立法规范时应考虑到法律规范对于劳动关系特殊形态及就业人员的影响，从下面三个角度出发，规范劳动关系特殊形态：

1. 提高和保护劳动者的生活质量。增进灵活就业人员的工作生活质量和安全感是规范劳动关系特殊形态的根本原因。因此在制度设计上，绝不能以牺牲劳动者的基本权益为代价换取就业，立法规范不仅应该保证劳动者的就业数量，更应保证劳动者的就业质量。

2. 提高就业率，发挥灵活就业方式对于促进就业的作用。规范特殊形态的劳动关系，是为了使更多的人愿意接受这种就业方式，而不是把这作为一种没有选择的选择。要做到这一点最基本的方法就是使非全日制劳动者受到和全日制劳动者同等的对待，从而改变社会上将劳动关系的特殊形态视为一种次级就业方式的观点。

3. 增加用人单位的竞争效率，满足用人单位对于劳动关系灵活性的要求。因此，在制度上不应当限制或禁止劳动关系特殊形态，而是应赋予其合法地位，并在制度上对当事人的权利义务提供法律保障。而且在具体法律规定中，只要不影响劳动者的基本权利，不使整体劳动者就业质量下降，就不应给用人单位以特殊劳动关系雇佣劳动者设置不合理和不必要的障碍。

二、与特殊劳动关系有关的劳动争议情况分析

（一）申诉请求情况

通过实地调研、数据统计分析和个案分析，项目组认为：目前与特殊劳动关系有关的劳动争议，申诉请求主要涉及两个方面：一是《劳动法》、《劳动合同

法》以及相关劳动基准的适用，主要是关于双倍工资、社会保险费缴纳、加班工资和劳动关系终止解除补偿金等方面；另一个重要的申诉请求则是关于工伤认定和工伤赔偿。

这种情况的产生与特殊劳动关系的特点是相吻合的，正是由于特殊劳动关系与一般劳动关系不同，而劳动法律法规的制定基本上是以规范一般劳动关系为出发点的。在我国劳动关系规制刚刚初步形成的情况下，针对劳动关系特殊形态和特殊情况制定的特别法律规定的严重不足是造成这一现状的主要原因。

（二）争议焦点情况

虽然争议诉求表现为两大类，但是争议的焦点往往表现为是否为劳动关系。也就是说劳动关系认定标准成为此类案件处理的核心与关键。无论说工伤认定还是有关劳动合同法律规定和劳动基准适用问题，其核心都是双方之间的关系是否为劳动关系，如果是则劳动者的申诉请求会得到支持；如果不是，则得不到支持。而项目组在调研中发现，劳动关系认定标准缺乏明确、统一的标准，这严重影响了劳动关系认定结果，也是造成劳动争议仲裁机构和人民法院、不同地区的劳动争议仲裁机构或人民法院之间对于同类案件处理结果不一致的主要原因。

（三）案件处理过程中的主要障碍

在案件处理过程中，劳动争议处理机构面临的最重要的考验就是对于司法正义和法律社会效果之间的平衡。例如：在双倍工资的案件中，现在的法律规定会造成一个结果，就是工资越高的劳动者获得的双倍工资就越高，而这与立法设计的初衷是相违背的。《劳动合同法》中双倍工资的设计是为了保障工资低、谈判能力差、合同签订困难的弱势劳动者，而有些案件的处理结果则恰恰相反。这就造成案件处理人员在案件处理过程中的困惑。

三、与特殊劳动关系有关的劳动争议处理反映出的主要问题

通过分析涉及特殊劳动关系的劳动争议，主要反映出以下问题：

（一）劳动关系规制体系过于单一，有关雇佣合同法律规定亟需完善

事实上，劳动关系认定标准的松与紧是与民事雇佣合同法律规范的完善与否互为表里的。

从理论上讲，劳动关系及劳动合同是民事雇佣关系与民事雇佣合同的特殊类型。雇佣关系和劳动关系的划分，在欧美等工业化国家是不存在的。在德国，

其劳动关系指的是集体劳动关系或称之为产业关系 (industrial relations)。^① 而在法国, Relation (s) De Travail 单数时指的是雇佣关系, 而复数时则是指劳动关系 (labour relations), 与法语中 Relations Professionnelles 同义, 其意为集体劳动关系或产业关系。^② 在英美亦然, 其对于我国劳动法中的个别劳动关系就称之为雇佣关系, 对应的法律为雇佣法, 而劳动关系在英美的语境中都是指集体劳动关系, 对应的是调整集体劳动关系的劳动法。这种情况的形成当然与欧美等工业化国家的经济社会发展历史有关。因为在德国民法典颁布之前, 根本不存在雇佣关系与劳动关系的划分, 包括劳动关系在内的所有雇佣关系都由民法调整。随着工业革命的深入和机器化大生产的普遍实现, 社会逐渐认识到了实际上存在着一种不能完全遵循私法自治原则予以调整的特殊的雇佣关系。这种雇佣关系最大的特点表现在主体之间具有身份从属性和不平等性, 需要特别予以规范。基于此, 劳动关系从雇佣关系中脱离出来, 出现了作为民事雇佣法之特别法的、用以规范劳动关系的法律规定。实际上, 这也是我国法律中雇佣关系与劳动关系之间最根本的区别。

在目前劳动关系日益呈现灵活化、多元化的趋势下, 加强一般雇佣合同立法有利于有效补充劳动合同立法规范的刚性, 有利于将不断出现的有别于典型劳动关系的新型劳动关系或准劳动关系纳入到法律规制体系当中, 并使当事人的利益得到有效保护。同时, 有利于改变目前对于雇佣关系的规范过于依赖劳动合同法律规范的现状。如果雇佣关系的法律规范能够更为健全, 那么劳动关系的认定标准则可以相对收紧, 从而合理的缩小劳动法律法规以及劳动基准的适用范围。因为目前雇佣关系完全依赖劳动法律、法规规范的情况, 造成的结果就是认定为劳动关系则劳动者有保护, 但是有些情况下由于劳动基准的完全适用, 则可能造成

① 在德语中, 涉及雇佣关系和劳动关系的有两个词: 一个是 Dienstverhältnis, 这个词的英语解释为 service relationship, 用于指公共部门的服务合同关系或者是自雇人员或自由劳动者的服务合同关系, 类似于我国所称的雇佣型劳务合同关系, 与其对应的服务合同一词为 dienstvertrag, 该词的英语解释为: contract of services, 一般翻译为“劳务合同”, 《德国民法典》第8节所用的就是这个词, 一般被译为“雇佣合同”, 但是根据解释该词外延大于我国所称的“雇佣合同”的外延; 另一个词是 arbeitsverhältnis, 其英语解释为 employment relations, 是指具有从属性的雇佣关系, 相当于我国所称的劳动关系, 与之对应的一个同词根的词是 arbeitsvertrag, 其英语解释为: contract of employment, 相当于我国所称的劳动合同, 是从 dienstvertrag 发展而来。参见 Manfred Weiss: European Employment and Industrial Relations Glossary: Germany, p36, 50, 180, Office for Official Publications of European Communities; Sweet & Maxwell, 1993; 《德国民法典》, 陈卫佐译, 第231~239页及注203, 法律出版社2006年版。

② Antonie Lyon - Caen: European Employment and Industrial Relations Glossary: France, p72, 178, 184, Office for Official Publications of European Communities; Sweet & Maxwell, 1993.

保护标准过高，对于雇主一方有失公平；如果不认定为劳动关系，则劳动者完全得不到保护，对其明显不公平。这就导致争议处理机构在面对非此即彼的选择时，承受着由于法律供给不足、争议处理途径单一而带来的压力。而雇佣法律规定的完善则有利于改变这种现状，对于经济从属性劳动者和自雇人员提供与其关系实际情况相适应的法律保护。

（二）劳动关系认定标准不完善

目前，劳动争议处理机构作出劳动关系认定的主要法律依据是《关于确立劳动关系有关事项的通知》（劳社部发〔2005〕17号）。2008年《劳动合同法》施行后，提出了以“用工”为标准确立劳动关系的概念，但对于“用工”的概念、认定标准以及在当前劳动关系中所大量存在的“雇佣”与“使用”相分离情况下，“用工”是以“合同”为准，还是以“实际使用”为准等问题，都没有明确的法律和司法解释适用标准。

（三）劳动基准立法内容过于刚性，亟需制定大量特殊规定以适应变化了的劳动关系规制需要

现行的劳动法律、法规基本上都是以典型劳动关系形态为前提制定的，因此这些基准一旦适用到特殊劳动关系中，则会表现为过于刚性，与劳动关系日益灵活化的发展趋势不相适应。例如，对于家内劳动、值守工作等工作时间的认定就由于法律规定的不足导致争议处理机构在有关案件中处理上产生困境。

（四）对于特殊劳动关系的主要类型法律规制不足

目前已经成熟的特殊劳动关系主要包括：非全日制用工、劳务派遣、以及因用工灵活化产生的家内劳动、业务外包、兼职劳动、涉代理劳动关系、涉提成劳动关系等。对于这些特殊劳动关系，除了非全日制用工规定相对比较健全，劳务派遣有所规定以外，其余诸多类型的特殊劳动关系一直处于法律规范之外，对于这些关系中需要明确的主体责任、劳动基准适用等问题一直处于无法可依的状态。

四、完善特殊劳动关系法律规制的总体建议

（一）明确劳动关系认定标准，完善相关特殊劳动类型的法律规定

我国有必要通过司法解释或其他形式的政策性文件，对于《劳动合同法》出台后，劳动关系认定中出现的困惑与疑难问题进行解释说明，在全国范围内，确立起相对统一的劳动关系认定标准，从而增强法律适用的权威性和一致性。在确立劳动关系认定标准的同时，对于游离于传统典型劳动关系之外的不同形态的