

劳动法/社会保障法前沿专题研究系列

劳动R合同研究

RESEARCH ON LABOUR CONTRACT RESEARCH ON LABOUR CONTRACT

董保华 主编

RESEARCH ON

RESEARCH ON LABOUR CONTRACT

RESEARCH ON LABOUR CONTRACT

RESEARCH ON LABOUR CONTRACT

RESEARCH ON LABOUR

RESEARCH ON LABOUR CONTRACT

RESEARCH ON LABOUR CONTRACT

RESEARCH ON LABOUR CONTRACT

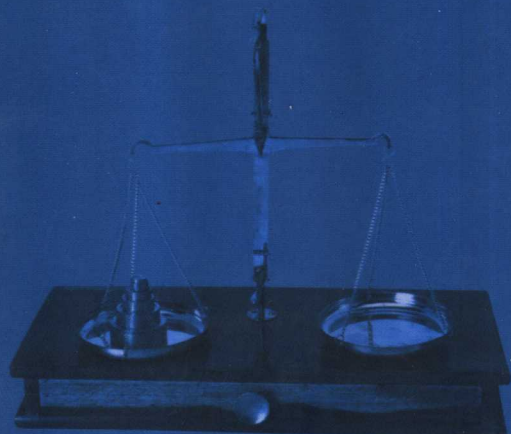
ON LABOUR CONTRACT

RESEARCH ON LABOUR CONTRACT

RESEARCH ON LABOUR

NTRACT

 中国劳动社会保障出版社



劳动法/社会保障法前沿专题研究系列

劳动R合同研究

RESEARCH ON LABOUR CONTRACT RESEARCH ON LABOUR CONTRACT

董保华 主编



中国劳动社会保障出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

劳动合同研究/董保华主编. —北京: 中国劳动社会保障出版社, 2005

劳动法/社会保障法前沿专题研究系列

ISBN 7 - 5045 - 5295 - X

I. 劳… II. 董… III. 劳动合同-研究-中国-文集 IV. D922.524 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2005) 第 117606 号

中国劳动社会保障出版社出版发行

(北京市惠新东街 1 号 邮政编码: 100029)

出 版 人: 张梦欣

*

北京人卫印刷厂印刷装订 新华书店经销

787 毫米×1092 毫米 16 开本 28.5 印张 538 千字

2005 年 10 月第 1 版 2005 年 10 月第 1 次印刷

印数: 3500 册

定价: 39.00 元

读者服务电话: 010 - 64929211

发行部电话: 010 - 64911190

出版社网址: <http://www.class.com.cn>

版权专有 侵权必究

举报电话: 010 - 64911344

前 言

——写在《中华人民共和国劳动合同法》公布前夕

我国劳动合同立法进入了关键时期，劳动合同立法作为继《劳动法》之后又一次高级别立法引起了各方的关注。劳动制度改革的复杂性不在于建立新的制度，而是在原有制度上的再构造。新旧体制的碰撞，新旧利益格局的调整，会使法律制度呈现出不规范的特点。从这一意义上说我国的每一次立法，不仅会影响当前劳动关系的调整，也会对我国劳动关系的长远格局产生影响。

任何制度创新都存在着成功与失败的可能，劳动合同制度也不例外。就大部分国家而言，并没有我国现行的这种劳动合同制度，台湾地区虽有劳动契约法，也未真正发挥作用。因此，冠以劳动合同名义的立法，到底应当是一种什么性质的立法，本身就充满争论。有一种流行的观点认为，既然是合同立法我们就可以按一般的私法契约制度来进行规定。其实这是一种误解。我国劳动合同制度所要解决的问题在有些国家是规定在劳动基准法中，作为基准法的组成部分，例如日本；有的国家是规定在解雇保护规定中，例如德国；有些国家是作为劳动关系调整法的组成部分。在我国，由于一开始就冠以“劳动合同法”，而且我国又将劳动合同理解为狭义的一纸合同，因此，容易将劳动合同混同于普通的私法契约。我国劳动合同立法中存在诸多需要回答的问题。笔者认为以下几个问题，对于我们今天起草《中华人民共和国劳动合同法》具有特别重要的意义。

第一，劳动合同法究竟应当重视一纸书面合同，还是重视实际履行？劳动关系不仅具有财产性更具人身性，合同本身应包括多种形式，既有书面的，也有口头的，可明示也可默示，书面劳动合同只是一种启动劳动关系的触发机制，双方的权利义务更多地体现在劳动过程的实际履行中。我们的立法应当反映这种现实，注重实际履行，而不是过分强调书面合同形式。我国《劳动法》以定期合同为主，本身容易过分强调一纸书面合同的作用。《劳动

法》颁布 11 年后最终不得不确认事实劳动关系的合法存在^①。在劳动合同的订立上,我们一方面强调书面合同的唯一性,一方面又承认事实劳动关系的效力,已经遭遇了尴尬。如果我们继续照搬传统民法,沿着书面合同的路子,强调所有的订立、变更都只能是书面的,履行的也只是一纸书面合同,就会完全脱离劳动合同的运行实际。按这样的规定,用人单位的每一次提薪如未以书面形式进行都是违约,劳动者也构成不当得利。其实,劳动合同是通过双方当事人在实践中不断产生的新合意来履行,静态的书面劳动合同只能证明劳动关系的存在,并不能反映劳动关系的动态过程,不宜夸大,我们的立法体例应当适应这种现实。

第二,国际上已经较为成熟的雇主、雇工界定方式,我国是否能够引进?劳动法是以保护劳动者为重心的,但我国立法对劳动者界定的模糊,导致一方面我国将董事长、总经理都当作劳动法的保护对象,董事长、总经理在改制中利用法律规定自我解职获得百万补偿金;另一方面,一些最普通的劳动者却因为在非法用人单位务工而合法权益不受劳动法保护,得不到救命的工伤赔偿。劳动法的倾斜保护完全用错了地方。在劳动法的执行过程中遇到了如何确定劳动法的适用范围,雇主与雇工如何界定的问题,其实这些在我国看来似乎是难以回答的问题,在国际上已有定论。我们完全不必闭门造车,只要引进雇主概念以及对劳动者的界定技巧便可解决。《劳动法》起草时,我们对国际上的情况不够了解,随着国际交流的日益增多,我们已经完全有条件去按国际通行的方式,解决我国现行的难题。

第三,劳动合同作为一种法锁究竟要锁住什么人?如果用定期劳动合同加违约金制度将所有的用人单位与劳动者牢牢锁住是不符合市场经济规律的。用人单位与劳动者都有流动的要求,应该给予适度的自由,而真正需要锁住的是一些企业通过出资培训、招用、提供特殊待遇或者掌握企业商业秘密的劳动者。《劳动法》对处于弱势地位的劳动者,既给他们“用手投票”的权利——通过集体谈判来主张自己的利益,更给他们“用脚投票”——比较容易地离开企业的权利;对于因企业大量投入而变得强势的劳动者,《劳动法》只提到合同约定,其实是强调双方应当信守合同。如果我们取消劳动者的“用脚投票”权,对服务期、竞业限制做出极其严格的规定恰恰是本末倒置,是在从《劳动法》倒退。

^① 见劳动和社会保障部《关于确立劳动关系有关事项的通知》(劳社部发[2005]12号)。

第四，解雇保护的水平是否越高越好？劳动法固然应当遵循倾斜立法的原则，但在劳动合同立法中，还应当有适度的平衡。我国目前解雇保护水平已经居亚洲第一，世界领先，而实际执行的却很差。执法的落后并不完全是劳动行政管理部门的不作为，执法差同时反映出了劳动标准与社会现实的脱节。我们应当选择高标准、窄覆盖、宽执法，还是低标准、广覆盖、严执法？当我们选择高标准时，其实我们是在选择前者，我们认为这是不可取的。2003年，我国的人均GDP仅排到世界第110位，我们有什么必要，不断冲击世界解雇保护方面的领先地位？尤其是，一方面我国有着极其严格的解除制度，另一方面又有着极其宽松的终止制度，其结果是衍生出劳动关系长期化与劳动合同的短期化，劳动法的解除规定在很大程度上被规避。我们不能沿着这条不切实际的高标准道路越走越远。

第五，在灵活就业的过程中出现的新型问题，我们是否应当回答？实际生活中，我国出现了大量新型的情况，如非全日制工时、劳动力派遣、特殊劳动关系等。我们究竟是固守我国所谓的现成理论，还是应当对这些用工形式的规范做出积极的回答？《劳动法》最大的成功就在于在我国刚刚确立市场经济的情况下，就对市场经济中会遇到的问题做出了积极的回答，例如，签订劳动合同、保护商业秘密、防止恶性跳槽、经济性裁员、最低工资保障、拖欠克扣工资制裁、劳动监察等，成为《劳动法》中的华章。如果我们刻意地回避现实问题，只会使新制定的规定丧失现实意义。

第六，法律制定是否应当同时解决实际操作问题？在《劳动法》中有一些虽做出了规定但却因缺乏操作性而成为死了的条款，如无效劳动合同制度、责令赔偿金等。《劳动法》的这一立法教训本应当被记取。现在起草《劳动合同法》的过程中，令人不安的是，很多人不仅不希望删除这些条款，反而希望更多地塞进这类条款。除了主张加强原有的条款外，为了解决争议我们使用了很多充满争议的概念，如企业平均工资、同类岗位劳动者的劳动报酬、劳动力工资市场指导价位等，使我国的一些规定更加丧失可操作性。

以上述的一些问题为核心，本书进行了较为系统的回答。

在我国，劳动合同与私法契约混淆的一个主要原因是对雇佣关系与劳动关系缺乏界定。“论雇佣关系与劳动关系”一文中将两者还原到原生状态进行研究。雇佣关系与劳动关系在原生状态下是同质的，为劳动与报酬的交换。两种关系在调整过程中出现了区别，基准法即公法在劳动关系中的介入，以及劳动者团体的组成，标志着社会化因素对劳动关系的影响，使得两

者出现了不同,雇佣法律关系与劳动法律关系出现了异质。劳动合同立法不应当离开社会化这一因素,社会化是渐进过程、弹性机制,也是必由之路。

劳动关系纳入社会化的调整机制,劳动法从宏观层次、中观层次、微观层次对劳动关系进行调整,在微观层次上的法律原则很少有人研究,“**论实际履行原则——调整个别劳动关系的基本原则**”一文探索了劳动法在微观层次上的调整原则。完整的个别劳动关系不是由一个合意而是由一系列的合意所构成。在个别劳动关系的履行过程中,最初的合意无法涵盖长期的发展变化,如果不产生新的合意则劳动关系无法适应发展,劳动者与用人单位不断以实际履行的方式达成新的合意,共同推动劳动关系向前发展。个别劳动关系应当尊重实际履行,过分看重一纸书面合同其实是一种本末倒置,实际履行原则成为贯穿全书的一条红线。这一原则体现在劳动合同订立、履行、终止、解除的全过程。就劳动合同订立而言,又涉及主体、内容、形式和程序。

在主体方面,雇佣关系的主体与劳动关系主体的最大区别,是前者被视为平等主体,而后者被视为不平等主体,劳动法对于劳动者可以说是利益法,对于用人单位可以说是负担法。对于两者的准确界定具有重要的意义。“**论劳动法主体的界定**”一文论证了国外劳动法适用中的三次界定,从而通过界定劳动者来界定用人单位。我国由于历史、实践以及照搬私法理论的原因,做出了相反的规定,使劳动法的适用范围过小,出现了非法用工主体的概念,也使劳动法的适用遭遇尴尬。“**委任关系与劳动关系的三种状态**”一文除通过分析委任关系与劳动关系的区别来论证雇主与雇工这两个概念在国外司法实践中的基本区别外,还介绍了国外两种非常态的关系。“**论企业改制中劳动关系主体的变更**”一文则将注意力转向了国内,对我国改制中的主体变更进行了分析,主体变更被我国劳动法学者所普遍否定,其实这一原则体现了劳动合同实际履行的原则,是应当肯定的。这三篇文章从不同的角度来讨论劳动合同的主体问题。

在内容方面,劳动合同的期限无疑具有重要的意义。“**劳动合同期限研究综述**”一文介绍了各国在劳动合同期限上的规定,可以看到我国在劳动合同期限上做出了与各国完全不同的理解。“**再析不定期劳动合同**”“**论我国的定期劳动合同**”中则对这种差异进行了分析。在世界范围,定期合同更多地体现了私法特点,不定期合同体现了尊重实际履行的理念,当其与解雇保护相结合时更体现了社会法的特点。然而,我国的不定期合同却演变成为一种

福利性合同，由定期合同来同时承载两种不同的理念，这两种理念发生冲突不可避免。文章对如何理顺我国现行的制度进行了探索。

在内容方面，劳动合同与规章制度的相互关系也令人关注。关于用人单位规章制度的法律性质问题，存在各种学说，“**用人单位规章制度的法律性质及立法制定模式探讨**”一文按照在我国大陆的影响，将其归纳为三类，即契约规范说、法律规范说以及其他学说。在对现行学者见解和实务观点进行批判的基础上，主张对规章制度的法律性质采劳动力支配权转移说；进而在对各国立法模式的比较分析基础上，从规章制度的制定义务、制定的内容要求、制定程序以及与劳动合同、集体合同的关系等方面，对我国规章制度的立法制定模式进行了探讨。

劳动合同主体、内容、形式、程序中任何一方面存在瑕疵，应当如何处理？从私法契约的理论出发，我国很多学者主张引进民法中的无效合同制度。缺少一纸书面合同就会成为所谓的无效合同，而在大部分国家这只是不定期合同的正常状态。事实劳动关系的出现使我国劳动合同理论面临困境。“**事实劳动关系问题研究综述**”一文介绍了针对事实劳动关系的理论与实践，到底应当重视实际履行还是一纸合同，我国存在着不同的看法与做法。“**论劳动合同无效**”一文认为劳动法对于当事人的法律行为虽也存在有效、无效的价值判断，但无效合同这种“自始、当然、确定、永久”无效的处理制度，从根本上说是不适合劳动法的。对于一些违法现象社会法以具体的方式而不是抽象的无效制度去处理，社会法已经拥有比私法更为先进的制度，在理论上排除了劳动合同引入合同无效制度的必要性。

在劳动合同解除与终止方面，“**劳动合同解除和终止综述**”一文将我国的终止和解除制度与世界各国进行了对比，“**解雇保护制度研究**”“**劳动合同经济补偿金研究**”中则对解雇保护制度做了分析。解雇自由与解雇保护一直是各国争论的焦点，因此各国解雇保护制度上也呈现出多样化特点，反映了对雇主解雇权不同水平的限制。比较而言，我国对雇主解雇权的限制高于美国、英国、法国、德国和日本等国家。尽管如此，由于我国解雇保护制度并不规范，造成一方面雇主解雇权行使备受限制，另一方面劳动者的合法权益也屡遭侵犯，劳资矛盾突出。因此为实现和谐稳定的劳动关系，必须通过收紧劳动合同终止和放松雇主解雇权限制，明确无因解雇、有因解雇和推定解雇规定，建立非法解雇和不公平解雇制度来重构我国解雇保护制度。

本书还对劳动合同的附随义务和后合同义务进行了研究。“**浅谈劳动合**

同附随义务”一文将劳动合同附随义务提炼为忠诚义务、保护义务两大部分。以之为基础,对劳动合同附随义务的特征及主要形态予以剖析,并对部分劳动合同附随义务的法定化提出了建议。**“离职后竞业限制综述”**一文对于知识产权与劳动权冲撞而带来的种种争论进行了介绍。

在我国各类灵活就业的形式中,劳动力派遣与非全日制用工成为两大争论热点。**“论劳动力派遣中的理论问题”“劳动力派遣中的实务问题”“关于非全日制就业立法例综述”**从理论和实际结合的视角对劳动用工中出现的弹性化需求的合理性进行了论证,对于灵活用工中出现的问题,主张以两重劳动关系的理论进行规范。

对于违反劳动合同的法律责任,我国争论较大的是违约金与赔偿金问题。我国地方劳动合同违约金立法对违约金的设定主要有两种态度,即任意约定违约金和限制约定违约金,**“试论劳动合同违约金立法”**一文认为任意违约金的设置与我国《劳动法》第31条相抵触,不具有合法或合理的基础,社会本位立法应成为我国劳动合同违约金立法的方向。按现行规定,劳动法上的惩罚性赔偿主要有三种形式:额外补偿金、额外赔偿金、责令赔偿金。**“劳动法上的惩罚性赔偿”**一文认为我国将其归入劳动仲裁与劳动监察两套体系进行执法,发生程序和实体的冲撞,两者冲撞使劳动者的维权请求落空。从深层次看反映了中观利益特有维护机制的缺失。惩罚性赔偿使赔偿具有倾斜性、惩罚性、法定性、客观性等共同特征,需要一种更有针对性的执法体系,发展社会利益诉讼,是必由之路。

本书还发表了1993年的**“劳动法课题研究总报告”**,该课题报告是时隔12年才公开的报告。之所以旧事重提,至少想说明,如果说这一报告标示着我们当时的一个认识水平,那么本书则标示着我们今天在劳动合同研究上已经达到的一个新高度。我们希望有关立法部门能够超越这一高度,而不是相反。比起12年前,我们对很多问题的认识深入了许多,对于当年劳动法的优点与局限性也有了更为清醒的认识。

从各国的劳动合同立法来看有三个主要支点:一是不定期合同,二是实际履行,三是解雇保护。当我们把不定期合同为主替换成定期合同为主,把尊重实际履行替换成强调一纸书面合同,把解雇保护替换成变相的解雇禁止时,我国已经既与国际脱轨也与我国的现实脱离了。仔细研究各国的立法,可以悟出一个简单的道理:“让守法者舒服,让违法者难受。”这一道理应当成为我们衡量一部法律成功与否的关键,可惜的是,我们常常遵循相反的原

则。在我国立法的整体思路出了问题时，一方面，我国的立法往往满足于给企业设置很多并无太多意义的义务，对于想遵守法律的企业，提出许多不切合实际的要求，让企业不知所措；另一方面，又由于法律的一些关键性条款有太多的漏洞，企业可轻易地回避，同时，普遍违法的现实也使执法部门采取法不责众的态度，结果是违法者逃避了制裁。守法的成本变得异常高昂，违法的成本却非常低廉。

当我国经济溶入国际经济竞争格局时，我国劳动立法至少在基本思路上当借鉴国际成熟的经验，起草劳动合同法是一次拉进与先进国家在调整模式上的距离的机会。如果我们的立法既脱离了本国劳动关系的实际运行状态，又脱离了国际惯例，将标志着立法的失败。制度创新的失败，整个社会都将其付出代价，这种代价是巨大的、长期的。今天我国劳动合同法起草中的某些争论仍在重复 12 年前的争论；某些争论是 12 年来我们遇到的新问题。无论是前者还是后者，立法者的认识当然不应停留在 12 年前的认识水平。12 年来我国可以说发生了巨大的变化，劳动法的理论研究有了长足的进步，我们已经完全有能力超越 12 年前的《劳动法》，我们期待着《劳动合同法》能更上一层楼，劳动法制建设能有一个更辉煌的明天。

目 录

劳动合同法总论

论雇佣关系与劳动关系	钱斐 董保华 (3)
论实际履行原则——调整个别劳动关系的基本原则	董保华 陆胤 (26)
论劳动法主体的界定	董保华 邱捷 (54)
委任关系与劳动关系的三种状态	李凌云 (78)
论企业改制中劳动关系主体的变更	董保华 邱捷 (97)

劳动合同的订立

论我国的定期劳动合同	董保华 (107)
再析不定期劳动合同	董保华 (120)
附：试析不定期劳动合同	(136)
劳动合同期限研究综述	崔浩 (140)
用人单位规章制度的法律性质及立法模式	董保华 陈亚 (157)
事实劳动关系问题研究综述	蒋飞 (182)
论劳动合同无效	陆胤 唐婵凤 (202)
附：劳动合同无效的司法实践	(224)

解雇保护制度

解雇保护制度研究	董保华 刘海燕 (231)
劳动合同解除和终止综述	纪冠男 (254)
劳动合同经济补偿金研究	董保华 于海红 (267)

劳动合同中的特别问题

论劳动力派遣中的理论问题	董保华 (283)
劳动力派遣中的实务问题	薛孝东 (297)
浅谈劳动合同附随义务	杨苏 (308)
关于非全日制就业立法例综述	朱雯雯 (325)
离职后竞业限制综述	章惠琴 李凌云 (340)

法律责任

劳动法上的惩罚性赔偿	董保华 (385)
试论劳动合同违约金立法	董保华 于海红 (403)

附录

劳动法课题研究总报告	(415)
中外劳动合同立法比较	(435)

后记	(441)
----------	-------

劳动合同法总论



论雇佣关系与劳动关系

钱 斐 董保华

【摘 要】 本文从学界中雇佣关系与劳动关系的争鸣发端,检视了学者关于两者关系的各种论述后,从区分社会关系与法律关系不同性质的角度,将两者还原到原生状态进行研究。雇佣关系与劳动关系在原生状态下是同质的,为劳动与报酬的交换。而基准法即公法在劳动关系中的介入,以及劳动者团体的组成,标志着社会化因素对劳动关系的影响,使得两者出现了不同,雇佣法律关系与劳动法律关系出现了异质。民法以自由平等为基础,以意思自治为核心,调整雇佣关系,形成雇佣法律关系。随着历史的发展,近代社会化背景下,劳动法则从宏观层次、中观层次、微观层次对劳动关系进行调整,发展出带有社会化色彩的劳动法律关系。这种雇佣法律关系走向带有社会化色彩的劳动法律关系是一个渐进的过程,这种过程是一种弹性机制。这种雇佣关系社会化的进程还是一个持续进行的动态过程,并随着科学技术的发展和社会分工的进一步细化必将成为一种不可阻挡的发展趋势。

【关键词】 雇佣关系 劳动关系 社会化

一、雇佣关系与劳动关系的争鸣

近年来,雇佣关系与劳动关系的提法引起了人们的广泛关注,围绕两类关系存在较大的争议。关于雇佣关系与劳动关系的区别,不同的学者也提出了各自的观点,大致归类为以下几种:

(1) 雇佣关系与劳动关系相互独立。劳动合同属劳动法调整,基本上属于公法范畴;雇佣合同属民法调整,属于私法范畴,性质上有较大差别。雇佣合同的当事人法律地位平等;劳动合同生效后,一方与另一方发生组织领导关系、管理与被管理的关系。^①

^① 文学园. 论雇佣合同. 法律科学. 1997, 1: 55~59

(2) 劳动合同是一种特殊的雇佣合同,是一种“从属的雇佣契约”^①。雇佣合同关涉的是民事主体的民事权利义务,因此它属于一般的民事合同,受我国《合同法》的规制,又由于合同法分则中没有雇佣合同规定,因此它又属于无名合同。从而,“民法上关于雇佣合同的规定为一般规定,劳动法上关于劳动合同无特别规定时,适用民法上雇佣合同的规定”^②。

(3) 雇佣关系应该是劳动法调整范围内一般劳动关系的一种特别形态,其在本质上不属于民事关系,而是与劳动关系同质的社会关系^③,应该把它纳入到独立的劳动关系范畴。雇佣关系完全具有劳动关系的本质特征,雇佣关系的双方主体为特定主体,即雇主与雇工,而一般的民事关系并无此要求。雇佣关系为当事人间为劳动力使用权自由出让与受让之协议关系,故具有平等性;在雇佣关系成立后,雇佣双方之间遂建立起一种指挥与服从的内部管理关系,故又具有隶属性;雇佣双方关系为一方出卖劳动力商品,另一方支付劳动力价格的对价关系,故具有财产性;而劳动行为的提供与受让为专属行为,故又具有人身性。雇佣合同与劳动合同应属于同一范畴的合同类型,它只不过是劳动合同的一种简单、初级的特别形态(简易劳动合同)而已。所以,雇佣合同更适宜与劳动合同一起被纳入我国《劳动法》的调整范围^④。

围绕着上述三种观点,学者认为雇佣关系与劳动关系两者之间的区别主要是:

(1) 主体不同。有学者认为这是两者的根本性差异所在^⑤。就雇佣关系而言,雇主可以是自然人,也可以是经济组织、国家机关、社会团体等,而劳动关系受到劳动法调整的限制,用人单位只能是企业、个体经济组织、国家机关、事业组织以及社会团体。

(2) 建立的合同形式不同。对于雇佣合同,法律没有特殊规定,因此适用合同法的一般规定,既可以是书面合同,也可以是口头合同,为不要式合同。而根据我国《劳动法》第19条的规定,我国的劳动合同应当采用书面

① 史尚宽. 债法各论. 北京: 中国政法大学出版社, 2000. 294

② 彭万林. 民法学. 北京: 中国政法大学出版社, 1999. 730

③ 许建宇. 雇佣关系的定位及其法律调整模式. 浙江大学学报(人文社科版). 2002, 2: 44

④ 王全兴. 劳动法. 北京: 高等教育出版社, 2004. 140

⑤ 孙颖, 郭才森认为主体不同是“劳动合同和雇佣合同产生差别的根本原因”, 雇佣合同, 法律对合同主体没有特别限制, 自然人、法人、合伙人都可以作为雇佣人; 我国《劳动法》第2条规定了劳动合同的雇佣人, 即用人单位, 包括企业、个体经济组织和与劳动者建立劳动合同关系的国家机关、事业组织、社会团体(见: 孙颖, 郭才森. 劳动合同、雇佣合同与劳务合同浅析. 理论学习. 2004, 5)。薛少峰也认为, 在我国现阶段谈雇佣关系与劳动关系的区别, 最直接、最显著的标志是“用人”主体, 即接受劳动、支付报酬者的身份(见: 薛少峰. 程序规定的实体法思考: 试论雇佣关系的界定和雇主替代责任. 前沿. 2004, 7)。

形式，是要式合同。

(3) 法律本位不同。有观点认为，两者最本质的区别在于两者法律本位的不同，即雇佣关系着眼于劳动与报酬的交换，劳动关系着眼于劳动者基本权利的保护及协调社会关系。雇佣关系与劳动关系比较而言是一种低级形态的、纯粹的商品交换的债的关系；劳动关系则是一种高级形态的、强调对抗商业资本组织优势地位、保障以生存权为基础的工作权等劳动者基本权利的法律关系。^①

(4) 从属性不同。一种观点认为，雇佣关系的当事人（雇主与雇工）的之间不存在组织领导关系，管理与被管理的关系；而在劳动关系中，用人单位与劳动者之间是组织领导关系，管理与被管理的关系，法律地位不平等^②。同样基于从属性角度，史尚宽先生认为：第一，劳动关系的特色在于受雇人与雇用人之间存在特殊的从属关系，受雇人的劳动须在高度服从雇方之情形下行之，并且此从属的关系，因特殊理由而成立；第二，劳动者系提供其职业上之劳动力^③。

在以上的争论中，实际上存在着两种不同的概念，即处于原生状态的雇佣关系与劳动关系，以及被法律调整过的雇佣关系与劳动关系，即雇佣法律关系与劳动法律关系。法律关系有时会被简称为社会关系。正如有时在涉及民事法律关系时，我们将其简称为民事关系，而某些情况下所谓的用人单位与劳动者之间存在的劳动关系其实指的也是劳动法律关系，其重点在于研究双方的权利义务关系，或者经法律调整之后其性质，而不是在劳动法调整之前的社会关系——劳动关系。雇佣法律关系也可能被简称为雇佣关系或者雇佣，从而在对雇佣关系的性质讨论时同样存在需要分清该“雇佣关系”究竟是原生状态的雇佣关系，抑或经过法律调整的雇佣法律关系的问题。学界对于雇佣关系与劳动关系之间的差异的讨论中，很多时候并不区分社会关系与法律关系。可以发现当谈及适用主体、形式、法律本位等时，都不是基于原生状态的雇佣关系和劳动关系，而是在讨论雇佣法律关系和劳动法律关系。

法律关系是“法律规范在调整人们行为过程中所产生的、以主体之间的权利与义务的形式表现出来的特殊社会关系”^④，是“根据法律所结成的权利—义务关系或权力—义务关系”^⑤。简而言之，法律关系是法律调整社会

① 薛少峰。程序规定的实体法思考：试论雇佣关系的界定和雇主替代责任。前沿。2004，7

② 曹哲华。相似而又有别的一对法律关系：雇佣与劳动。律师世界。1998，1

③ 史尚宽。债法各论。北京：中国政法大学出版社，2000。294

④ 赵震江，付子堂。现代法理学。北京大学出版社，1999。55

⑤ 沈宗灵。法理学。北京大学出版社，2001。333