

北

北辰法学论丛丛书

中国当代劳动法前沿问题探究

ZHONGGUO DANGDAI LAODONGFA

QIANYAN WENTI TANJIU

李培智 著



燕山大学出版社
YANSHAN UNIVERSITY PRESS




作者简介

李培智，男，1968年出生，河北广平县人，河北工业大学教授、劳动法研究所所长，兼任中国劳动和社会保障科学研究院特约研究员、中国法学会社会法学研究会常务理事、中国人力资源开发研究会劳动关系分会常务理事、河北省劳动法学研究会副会长、河北省和天津市法治智库专家、河北友高律师事务所律师、石家庄仲裁委仲裁员。2014年荣获第三届河北省杰出中青年法学专家提名奖。

中国当代劳动法前沿问题探究

李培智 著

 燕山大学出版社

2020·秦皇岛

本书是作者长期致力于劳动法理论与实务前沿热点问题的系统思考和不懈探究的成果集，内容涉及劳动关系、劳动合同、劳动基准、劳动监察、社会保险与劳动争议处理程序等劳动法的多个方面，不仅丰富了我国劳动法理论研究的成果，也对劳动法的实务争议处理具有一定的指导意义，同时也为我国劳动法的立、废、改提供了智力支撑。

图书在版编目（CIP）数据

中国当代劳动法前沿问题探究 / 李培智著. —秦皇岛：燕山大学出版社，2020.8
ISBN 978-7-5761-0006-8

I. ①中… II. ①李… III. ①劳动法—研究—中国 IV. ①D922.504

中国版本图书馆 CIP 数据核字（2020）第 087046 号

中国当代劳动法前沿问题探究

李培智 著

出版人：陈 玉

责任编辑：孙志强

封面设计：吴 波

出版发行： 燕山大学出版社
YANSHAN UNIVERSITY PRESS

地 址：河北省秦皇岛市河北大街西段438号

邮政编码：066004

电 话：0335-8387555

印 刷：秦皇岛墨缘彩印有限公司

经 销：全国新华书店

开 本：700mm×1000mm 1/16

印 张：12.75 字 数：220千字

版 次：2020年8月第1版

印 次：2020年8月第1次印刷

书 号：ISBN 978-7-5761-0006-8

定 价：49.00元

版权所有 侵权必究

如发生印刷、装订质量问题，读者可与出版社联系调换

联系电话：0335-8387718

序 言

庆祝法学系成立二十周年之际，河北工业大学人文与法律学院组织编写了北辰法学论丛丛书，以展示工大法学的研究力量，扩大工大法学的影响。借此难得之良机，我将2004年从事劳动法教学和研究以来发表的论文结集出版，取名《中国当代劳动法前沿问题探究》。

邓小平同志南方谈话和我国社会主义市场经济体制目标的确立，催生了《中华人民共和国劳动法》，这部全面调整市场经济劳动关系和旨在保护劳动者合法权益的法律具有划时代的意义。但是面对汹涌的市场经济大潮，资本一路高歌猛进，广大劳动者的劳动权益不断遭受侵害，而旨在保护劳动者合法权益的劳动法逐渐力所不逮。2006年3月20日，全国人大公布《中华人民共和国劳动合同法（草案）》，向全社会广泛征求意见，社会反响强烈，立法意见相左并发生激烈争论，正式颁布实施后十余年来修改《劳动合同法》以及围绕劳动合同立法的争论也从未消弥。所以，围绕《劳动合同法》展开的研究也是本书的重要组成部分。

劳动法以调整劳动关系为己任，劳动关系和劳务关系是劳动法和民法分而治之的分水岭。我国《劳动合同法》强化了用人单位不签订书面劳动合同和违法解除劳动关系的法律责任，加重了用人单位解除、终止劳动关系的经济成本。而《社会保险法》的颁布实施，则进一步强化了用人单位缴纳社会保险的责任。有些用人单位视劳动法和劳动关系为“洪水猛兽”，劳务派遣、转包与承包、代理、非法用工、个人用工等用工形式大行其道，规避和扭曲劳动关系之风渐盛。是劳动关系还是劳务关系，是时代之问，也是作者劳动法学的研究的重中之重。

当然、社会保险中的工伤保险、农民工权益保护、就业歧视、劳动争议处理程序、劳动保障监察等也是社会的热点和劳动法学的研究的焦点。作者将研究的视

角不断拓展，发出自己的声音，以期能对劳动法学研究贡献微薄的力量。

可以说，本书的出版是对我前期研究的一次梳理和总结。囿于自己的研究能力，研究成果还存在诸多不足，期待能在以后的研究中不断改进。

作为法律源头的社会生活奔腾不止，法学研究永无止境。今年新冠疫情席卷全球，社会经济遭受重创，企业举步维艰。即使在经济常态下，市场主体之间的竞争也异常激烈，企业生存如履薄冰。劳动权利和义务如何平衡，劳动关系如何适时调适，是摆在劳动法学人面前的永恒课题。特别是我国劳动关系的法律调整模式粗放、机械、单一，劳动关系与社会保险捆绑在一起，使原本脆弱的劳动关系承载了难以承受之重，劳动关系研究将何去何从，也将是本人继续研究和思考的问题。

是为序。

李培智

2020年9月16日

目 录

劳动关系概念重塑	
——基于构建和谐劳动关系的视角	001
我国劳动关系理论和实务的再思考	011
建立多重劳动关系的管理与责任	022
劳动法视角下的非标准劳动关系研究	026
我国非标准劳动关系问题探讨	040
和谐劳动关系是全面建成小康社会的重要基础和强力支撑	046
试论和谐劳动关系的构建	050
内部制衡是建设和发展和谐劳动关系的基础	059
京津构建和谐劳动关系的经验及对河北的启示	065
建设工程领域劳动关系迷局与立法改进	074
大学生实习劳动关系认定探微	084
劳动法视角下的老龄劳动者劳动关系研究	091
试论《劳动合同法》的实施效果及运行障碍	100
《劳动合同法》应全力扭转劳动合同短期化趋势	106
劳动合同效力认定价值取向	110
我国劳动合同效力制度的审视与重构	
——以《劳动合同法》为中心	115



我国无效劳动合同制度的立法原则·····	124
劳动合同无效的法律后果·····	129
我国劳动基准实施中存在的问题及对策探析·····	134
关于正确处理初次分配中效率与公平的关系研究·····	141
初次分配中提高劳动报酬的意义以及对策分析·····	146
京津冀公务员招考中的性别限制问题研究·····	149
超过法定退休年龄的工伤认定·····	158
职工上下班途中的风险与工伤认定·····	163
农民工劳动权益保障的制度障碍及其矫正·····	168
论我国劳动争议处理的制度重构·····	174
构建中国特色的劳动争议处理制度新探·····	183
完善我国劳动监察制度探讨·····	190

劳动关系概念重塑^①

——基于构建和谐劳动关系的视角

【摘要】劳动关系概念是构筑劳动法大厦的基石；我国理论与实务中对劳动关系概念的表述存在诸多问题，应将劳动关系双方主体表述为“用工主体”和“劳动者”；从属劳动构成了劳动关系的本质特征，劳动关系概念应体现其本质特征；劳动关系是劳动者和用工主体之间因发生从属劳动而形成的社会关系。

【关键词】劳动关系；概念；特征

胡锦涛同志在党的十八大报告中明确指出，要健全劳动标准体系和劳动关系协调机制，加强劳动保障监察和争议调解仲裁，构建和谐劳动关系。劳动关系概念是构筑劳动法大厦的基石，明晰劳动关系概念是构建和谐劳动关系的基础和前提。由于我国立法中劳动关系概念不清，判断标准不明，以及劳动关系理论研究滞后，导致实践中劳动关系与民事雇佣关系模糊不清，劳动法的调整范围狭小，劳动者的合法权益难以保障。基于此，在对传统的劳动关系理论以及司法实务进行梳理、批判的基础上，深入探究劳动关系的本质，重新诠释劳动关系之概念，非常必要。

一、劳动关系概念概览

何谓劳动关系，我国劳动法并没有给出明确的答案，学者给出的定义也各有不同。中国劳动法学研究会《劳动法词典》编辑委员会编写的《劳动法词典》认为劳动关系概念包含了两个方面的内容：一是指社会劳动关系，即人们在社会劳动过程中相互发生的关系；二是指劳动者同劳动者的录用者之间在劳动过程中所发生的关系，它是劳动法调整的对象^②。本文对劳动关系内涵的阐述主要是建立在对狭义劳动关系概念解释的基础上。

^① 学习贯彻党的十八大精神研究成果，河北省社会科学基金委托项目。

^② 中国劳动法学研究会《劳动法词典》编辑委员会：《劳动法词典》，辽宁人民出版社1987年版，第214页。

董保华教授在其《劳动法论》一书中，对劳动关系定义进行了系统梳理后，认为劳动法所调整的劳动关系可以概括为：劳动者与用人单位之间为实现劳动过程而发生的劳动力与生产资料相结合的社会关系^①。王全兴教授认为，作为劳动法调整对象的劳动关系，是指劳动力所有者（劳动者）与劳动力使用者（用人单位）之间，为实现劳动过程而发生的一方提供劳动力由另一方用于同其生产资料相结合的社会关系^②。郭捷教授认为，劳动法中所称的劳动关系是指劳动力所有者与劳动力使用者之间在实现劳动过程中发生的关系（狭义的劳动关系）^③。以上描述除了对劳动关系双方主体的表述用语不同外，其内涵基本一致，成为学界的通说或者主流。

所谓概念，《现代汉语词典》解释为，思维的基本形式之一，反映客观事物的一般的、本质的特征。人类在认识过程中，把所感觉到的事物的共同特点抽出来，加以概括，就成为概念^④。

笔者认为董保华及其后学者对劳动关系的释义大体反映了客观事物的一般特征，能够把所感觉到的事物的共同特点抽出来并加以概括。但是，其概念稍显不足的是，上述概念中并未凸显出劳动关系的本质属性。如果劳动关系的概念并未对客观事物的本质属性进行描述，使人对该客观事物与彼客观事物难以有效区分和界定的话，那么这个概念应该有修正的必要和意义。

所以，时有学者对劳动关系的概念进行不断的研究和探索，对劳动关系通说概念提出了不同的看法。常凯先生在《劳权论》一书中认为，劳动法的调整对象是劳动关系，但并不是所有的劳动关系都由劳动法调整。劳动法在本质上，是调整市场经济的劳动关系的法律。而市场经济的劳动法律所调整的劳动关系，是一种特定的劳动关系，可以具体界定为：以劳动者和雇主之间所形成的给付劳动为基础所构成的社会经济关系^⑤。翟继满认为劳动关系是劳动者作为用人单位的组织成员提供劳动并获取报酬而形成的社会关系^⑥。沈同仙认为劳动关系是指劳动

① 董保华：《劳动法论》，世界图书出版公司出版社1999年版，第37页。

② 王全兴：《劳动法》，法律出版社2004年版，第31页。

③ 郭捷：《劳动法与社会保障法》，中国政法大学出版社2007年版，第3页。

④ 中国社会科学院语言研究所词典编辑室：《现代汉语词典》，商务印书馆1996年版，第404页。

⑤ 常凯：《劳权论》，中国劳动社会保障出版社2004年版，第71-72页。

⑥ 翟继满：《关于劳动关系确立时间的若干思考》，载《中国社会法学会研究会2008年年会论文集》，第305页。

者与用人单位之间因从属性劳动而发生的财产关系和人身关系^①。笔者认为，这些学者在界定劳动关系定义时，试图将劳动关系的本质属性蕴含其中，并作出了积极的努力，只是如何恰当地进行表达，似乎还有进一步推敲的必要。

综上，当前对劳动关系概念的表述存在两个方面的问题，一是劳动关系的主体如何描述，二是劳动关系本质特征如何把握，而这也正构成劳动关系概念的核心内容。

二、劳动关系概念主体之描述

关于劳动关系主体之描述，实际上颇有争议，分析起来，也颇费周折。前述劳动关系定义概览可见，通常将劳动关系的主体界定为劳动者与用人单位，即劳动者与用人单位之间方可产生劳动关系。将劳动关系主体描述为劳动者与用人单位，其意义在于：其一，概念相对明确，符合表述习惯，与现有立法表述相衔接。我国《劳动法》第二条规定：“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。”《劳动法》适用于劳动者和用人单位之间，《劳动法》通篇采用了“劳动者”和“用人单位”的表述，明确其权利与义务。《劳动合同法》与《劳动法》一脉相承，仍沿用“劳动者”与“用人单位”的概念进行立法。将劳动关系的主体界定为劳动者与用人单位，与我国的劳动法律规范相衔接，相贯通，便于理解和使用。其二，构筑比较稳定的劳动法律体系。法律是社会关系的调整器，是为人们的行为提供模式、标准、样式和方向的社会规范，从而强制或引导社会主体依法行事，进而构建社会秩序。而由于社会关系错综复杂，任何一部单一的法律都无法囊括和调整所有的社会关系，因此法律又分化出不同的法律部门，每一部门法以特定的主体和特定的社会关系为其调整对象，分而治之。而劳动法之所以能够从民事法律中脱胎而来并独立于一般民事法律，在于有其特定的调整对象和特定的调整领域。所以，劳动法律关系主体的确立是构筑劳动法律体系的前提和基础。正如谢德成教授在其《用人单位的内涵及法律意义新探》一文中所探讨的，用人单位的创制首先明确了我国《劳动法》调整的范围，并成为判断劳动关系和劳务关系的重要标准之一；其次用人单位资格的创制使得劳动法

^① 沈同仙：《劳动法学》，北京大学出版社2000年版。

主体制度框架得以建立^①。

但是，将劳动关系的主体界定为劳动者与用人单位，将劳动关系主体描述为劳动者与用人单位，随着我国市场经济的发展及社会变迁，其缺陷也日益显现出来。

其一，许多学者认为劳动关系与雇佣关系本质并无二致，内涵与外延也完全一致，将劳动关系的一方主体限定为“用人单位”，实际上是将劳动关系与雇佣关系人为割裂开来，不仅使劳动关系与雇佣关系的理论纠缠不清，也导致劳动法与民法的界限模糊。

许建宇在其《雇佣关系的定位及其法律调整模式》一文中指出，我国《劳动法》调整范围以外的雇佣关系不是完全私法意义上的民事关系，其在本质上应属于劳动关系范畴，故对雇佣关系的法律调整，不宜采用现阶段与劳动关系分而治之、由民法加以调整的模式，而应统一纳入作为独立法律部门的劳动法调整的对象体系，由劳动法予以全面规制^②。

刘晨在《论劳动关系和雇佣关系》一文中指出，劳动关系和雇佣关系的最本质特征都是一个，即从属性。正是基于从属性的特征，雇佣关系才逐渐地步出了民法的调整范围进入劳动法领域，成为劳动关系。因此只要我们以劳动的从属性作为劳动关系的标准，劳动关系与民法中雇佣关系的内涵及外延就是完全一致的，并无区分它们的实益与必要^③。

甚至有学者认为，所谓劳动关系与劳务关系的区别、劳动关系与雇佣关系的区别属于伪命题。我国由于意识形态方面的原因，长期拒绝使用“雇佣”一词。

《劳动法》颁布之后，才对没有纳入劳动法调整范围的劳动者使用了“雇佣”一词，结果导致了“劳动关系与雇佣关系”这一伪命题的出现，造成了劳动法理论的混乱^④。

虽然上述学者的理论阐释非常深刻，具有广泛的理论和现实意义。但令人遗憾的是，上述看法不仅未能影响我国的劳动立法和民事立法，随着我国非典型劳

① 谢德成：《用人单位的内涵及法律意义新探》，载《云南大学学报（法学版）》2005年第3期。

② 许建宇：《雇佣关系的定位及其法律调整模式》，载《浙江大学学报（人文社会科学版）》2002年合集。

③ 刘晨：《论劳动关系和雇佣关系》，载《法制与社会》2007年第1期。

④ 刘诚：《劳务语词系列研究》，载《中国法学会社会法学研究会2007年年会论文集》。

动关系的发展和蔓延，现实中劳动关系的区分更是莫衷一是，劳动关系劳务化趋势更加明显。而这从另外一个方面也说明，打破现有的劳动关系大厦并非易事，只有从科学构造劳动关系的概念入手，夯实劳动关系理论基础，为劳动关系的立法提供厚实的理论智力支撑，才能对劳动关系的立法日渐施加影响，使劳动关系立法走上科学的轨道。

其二，将劳动关系的一方主体限定为“用人单位”，实际上是将家庭和自然人完全排除在外，人为锁定和封闭了用工主体的范围，值得进一步商榷。

当前，许多国家和地区并不限制自然人成为劳动法上的雇主。在德国，雇主主要通过雇员的概念来定义，雇员的劳动合同另一方当事人是雇主。雇主可能是自然人、法人，也可能是商事合伙^①。我国台湾的《台湾劳动基准法》将雇主定义为，雇用劳工之事业主、事业经营之负责人或代表事业主处理有关劳工事务之人，从该条规定可以看出，其并不排斥自然人为雇主。我国香港的《香港雇佣条例》中“雇主”指已订立雇佣合约雇佣他人作为雇员的人，以及获得其授权的代理人或经办人^②。英国法《Employment Act 2002》中对“雇主”的定义是指：与雇员有关的，有义务向雇员支付相应报酬的人^③。

由于我国劳动法把劳动关系界定为是劳动者与用人单位之间实现劳动过程的关系，所以把由自然人之间实现劳动过程的雇佣关系排斥在劳动法的调整之外。这一规定的主要缺陷在于未从从属劳动的本质特征确定用工主体，而是强制性地以立法方式限定雇主范围，可能会将本应纳入劳动法保护的主体排除在劳动法之外，从理论上讲也不够妥当和周延。退一步讲，即使现阶段我国经济发展的进程还不宜将家庭和私人雇佣纳入劳动法的保护范畴，但劳动法保护和调整的社会关系范畴日益呈扩大之趋势，当无争议。《劳动合同法》调整的用人单位范畴大于《劳动法》范畴，就是一个明例。而用人单位一词，将劳动关系的一方主体进行锁定，至少限制了劳动法的能动空间，其用语的弊端不言自明。

其三，劳动关系一方主体使用“用人单位”概念，将非法用工主体排除在劳动关系主体之外，不仅缩小了劳动法的适用范围，甚至颠倒了劳动法的理念和价值。

我国劳动法并未对“用人单位”概念作出解释，但从《劳动法》第二条以及《劳

① [德] W.杜茨：《劳动法》，张国文译，法律出版社2005年版。

② 董保华：《劳动合同研究》，中国劳动社会保障出版社2005年版。

③ 同前注。

《劳动合同法》第二条的规定可以看出，用人单位应是依法设立的组织。也就是说，只有依法设立的社会组织才能成为合法的劳动关系主体。根据《劳动和社会保障部关于确立劳动关系有关事项的通知》第一条规定：“用人单位招用劳动者未签订书面劳动合同，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。”从上述系列法律规定可以看出，主体适格成为成立劳动关系的必备要件，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，用人单位的内部科室等其他用工主体等均属于主体不适格，与其成员不能建立劳动关系。人民法院在司法实务中，沿袭了劳动关系主体必须适格的理念，《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（一）》（法释〔2001〕14号）第四条关于主体适格的规定，不仅使劳动者丧失了劳动法上的实体权益，甚至其诉权也遭到了剥夺。

众所周知，劳动法是劳动者的保护法，也可以说很大程度上是用人单位的负担法，合法适格的用人单位雇佣劳动力，则要承受劳动法的拘束；违法的用工主体雇佣劳动力，则可以逍遥法外，这不仅使市场主体在激烈的市场竞争中处于不平等的地位，还可能导致市场主体对“非法用工”趋之若鹜，劳动法轻易被规避和架空，法律公平正义的价值准则被立法者不经意间所伤害，以扶助弱势劳工为己任的社会良法甚至会因此背上恶法之名。

因此，在对劳动关系的主体进行描述时，“用人单位”概念应该寿终正寝了，应用新的概念取代之。而与“用人单位”对应的“劳动者”概念，是随着“用人单位”概念变化而变化的开放式概念，除非深思熟虑，立法不宜对其进行过多限定，且“劳动者”表述也未引起太多歧义，不再赘述。

而如何修正“用人单位”及与之对应的“劳动者”概念，往往仁智见仁，智者见智。笔者认为现行劳动关系主体双方的替代概念应符合以下原则：一是修正原有概念的弊端，革故是为了鼎新，如替代概念不能很好解决“用人单位”概念暗含的种种弊病，这种修正就失却了其应有的意义；二是为市场经济劳动关系的发展预留下空间，市场经济下的劳动关系形态日益多元、纷繁和复杂，因此劳动关系主体概念的表述应与市场经济劳动关系的走势保持一致；三是与现行立法表述相衔接，既为劳动关系法律规范的完善奠定基础，也不对现行的法律规范造成

“天翻地覆”的震动和冲击，实现劳动关系立法改良的“软着陆”。

基于以上认识，笔者认为用“用工主体”取代“用人单位”概念来架构劳动关系的主体具有一定的合理性：一是“用工主体”为开放式概念，为家庭和自然人雇佣纳入劳动法的调整留下空间。二是“用工主体”既包括合法适格的用工主体，也包括不适格的用工主体，劳动法对非法用工主体进行调整顺理成章。三是“用工主体”与《劳动合同法》的理念和表述相衔接，为一致。我国《劳动合同法》第七条和第十一条都使用了“用工”概念，用工不仅是建立劳动关系的标志，也被作为一个法律术语开始使用。四是“用工主体”对现行法律体系造成的冲击较小，如使用“雇主”和“雇员”表述，一方面不符合生活和法律上的表达习惯，另一方面容易造成劳动司法与民事司法的混乱。五是“用工主体”概念可以使原来与“用人单位”对应的“劳动者”概念保持不变，既符合生活和法律上的表达习惯，又使“劳动者”概念随着“用工主体”概念之开放而呈现开放态势。所以，将劳动关系双方主体表述为“用工主体”和“劳动者”当是恰当的。

三、劳动关系本质特征

关于劳动关系的特征，董保华教授指出，劳动关系的特征可以概括为两个兼容，即劳动关系兼有平等关系与隶属关系的特征、兼有人身关系和财产关系的特征^①。此后，该观点在劳动法学界被趋于认同，并日益成为通说。王全兴教授也持同样观点，他认为：“劳动关系是人身关系属性和财产关系属性结合的社会关系，是平等性质与不平等性质兼有的社会关系。”^②

常凯教授开始同意个别劳动关系具有“两个兼容”的观点，后提出了异议，认为两个兼容理论的不足之处在于：其一，劳动关系并不是在所有的层次都具有这样的特点，这一特点仅存在于个别劳动关系中。其二，个别劳动关系中的财产性与人身性，以及平等性与隶属性，并非“兼具”，而是形式上的财产关系与实际的人身关系，形式上的平等关系与实际上的隶属关系，形式上的平等掩饰着实际的不平等^③。董保华教授对此进行了回应，他认为劳动关系的两个兼容性与强调劳动关系的实质不平等并不矛盾。劳动关系的确在实质上存在着劳动者与劳

① 董保华：《社会法原论》，中国政法大学出版社2001年版。

② 王全兴：《劳动法》，法律出版社2004年版。

③ 常凯：《劳权论》，中国劳动社会保障出版社2004年版。

动力使用者的不平等性，并且也正是由于关注到这种不平等性被滥用所带来的弊端，现代劳动法才得以产生。然而，两个兼容性并没有抹杀这种劳动关系的从属性而引发实质上的不平等性，只是在强调这种实质不平等性的同时，也关注到形式的平等性^①。

笔者认为，我们通常所讲的劳动关系系个别劳动关系，如果阐述集体劳动关系应明确说明，这既是表述习惯，在学界也约定俗成。这一点，常凯教授本人也并不否认，“人们在社会生活中所说的劳动关系，直接的和具体的是指个别的劳动关系，诸如建立劳动关系或解除劳动关系，均指个别劳动关系”^②。而两个兼容理论是学者对劳动关系特征的全面认识和理论提升，但不宜将其作为本质特征来看待，原因在于：其一，本质特征应是劳动关系与其他社会关系相区别的特征，而平等性首先是民事关系的基本属性。劳动关系虽然兼容了人身关系与财产关系，但诸如婚姻关系等民事关系同样也兼容了人身关系与财产关系。其二，劳动关系主体双方力量对比悬殊，导致劳动关系徒具形式上的平等，宣扬和强调两个兼容理论，虽然没有抹杀这种劳动关系的从属性而引发的实质上的不平等性，但实际上模糊和削弱了对劳动关系从属性这一根本特征的认识，故宜将从属劳动视为劳动关系的本质特征。董保华教授其实自己也认识到劳动关系从属特征的重要意义，他指出，在当今的法学界，学者们在区别劳动关系与民事关系时，认为“从属性”构成了劳动关系的独有特征，是劳动关系与其他领域的法律关系相区别的关键点，这一点是没有争议的^③。“由于从属关系之存在系劳动契约成立不可或缺之要素，因此不论是传统典型的雇用形态或非典型的雇用形态，要认定双方当事人之间具有劳动契约关系，首先必须以双方在劳务给付形态上有事实上的从属关系存在为前提。”^④“劳动关系的特色在于受雇人与雇佣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，并且此从属关系，因特殊理由而成立。”^⑤正是基于从属性的特征，雇佣关系才逐渐步出了民法的调整范围，进入劳动法领域，成为劳动关系。

马克思最早提出市场条件下工人与资本的关系是从属关系。“劳动力是一种

① 董保华：《劳动关系调整的社会化与国际化》，上海交通大学出版社2006年版。

② 常凯：《劳权论》，中国劳动社会保障出版社2004年版。

③ 董保华：《论非标准劳动关系》，载《学术研究》2008年第7期。

④ 邱骏彦：《劳动契约关系存否之法律上判断标准》，载《政大法学评论》2000年第6期。

⑤ 史尚宽：《债法各论》，中国政法大学出版社2000年版。

特殊的商品，劳动力的价值和劳动力的使用价值是两个不等的量。在流通领域，劳动力的买者和卖者缔结契约时，双方是自由平等的。但是资本家在交易中支付的只是劳动力的价值，劳动者出卖一定时间的劳动力以后，这个劳动力就属于资本家的；在劳动力的消费中，两者的地位却完全不同了”^①。“因此，表面上进行着的那种自由和平等的等价物交换的生产，从根本上说，是作为交换价值的物化劳动同作为使用价值或劳动之间的交换。显然，这种交换本质上是极不平等的。但是，剥削者阶级可以花言巧语地把这种绝对的从属关系描绘成买者和卖者之间的自由契约关系，描绘成同样独立的商品所有者即资本商品所有者和劳动力所有者之间的自由契约。”^②从马克思主义的精辟论述中不难看出，从属劳动构成了劳动关系与其他社会关系相区别的根本特征。

但是，何谓从属劳动，通说主要从人格从属性、经济从属性和组织从属性三个方面予以判断。而市场经济下劳动关系呈复杂化、多元化、模糊化、劳务化之趋势，仅凭单一的标准对劳动关系作出认定，变得日益困难。“在单个劳动领域的不同的事实和经济情况提供给我们一个僵化的判断。因此，为确定一个雇员的身份，既不必要要求他不受限制地符合所有特征，也不必要要求所有特征始终存在。”^③这就要求我们与时俱进，透过现象，深入事物之核心，综合各个判断标准，根据具体案例作出具体判断。

当然，对于“具备劳动关系核心要件的社会关系是否应当按照劳动关系处理，实际上是一个法律判断问题，而作出这种法律判断的依据应当是社会公共利益的需要，也就是国家意志在作出对于这一关系的当事人何者有利的选择时，其依据应当是这一选择的作出是否可以增进公共利益，是否有利于社会的进步与和谐发展。”^④由于各国社会经济阶段的阶段不同，劳动法调整的劳动关系范围也不同，我国劳动立法宜采用排除方式，明确列举不受劳动法调整的劳动关系，而将其余劳动关系纳入劳动法的调整范围。也就是说，虽然某些社会关系具备了从属劳动的本质特征，但考虑社会发展进程以及劳动法调整的必要性、可行性等诸原因，应明确将其从劳动法的适用范围中排除，从而避免劳动法调整的劳动关系难以正

① 李光灿、吕世伦：《马克思、恩格斯法律思想史》，法律出版社2001年版。

② 同前注。

③ [德]W.杜茨：《劳动法》，张国文译，法律出版社2005年版。

④ 王全兴、黄昆：《外包用工的规避倾向与劳动立法的反规避对策》，载《中州学刊》2008年第2期。