

优秀论文:论对事实劳动关系的保护 PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/484/2021_2022__E4_BC_98_E7_A7_80_E8_AE_BA_E6_c122_484453.htm

建立劳动关系，应当符合劳动法律规范，但是，在现实生活中，不符合法定模式的事实劳动关系大量存在。事实劳动关系是劳动者与用人单位之间虽然已经形成从属性劳动，但是不符合劳动关系成立的法定要件的劳动力使用与被使用关系。根据《劳动法》的规定，建立劳动关系必须订立书面劳动合同，从劳动合同关系的形式和内容看，现实生活中存在的事实劳动关系，主要分为两种情形：（一）无书面形式的劳动合同而形成的事实劳动关系；（二）因劳动合同无效而形成的事实劳动关系。

一、无书面劳动合同的事实劳动关系 我国自1986年《国营企业实行劳动合同制暂行规定》实施以来，已普遍建立了劳动合同制度。《劳动法》规定用人单位和劳动者建立劳动关系应当订立书面劳动合同，但是，在现实生活中不签订书面劳动合同的情况广泛存在，劳动保障部于2003年5月30日发布的《关于非全日制用工若干问题的意见》（劳社部发[2003]12号）规定：“用人单位与非全日制劳动者建立劳动关系，应当订立劳动合同，劳动合同一般以书面形式订立。劳动合同期限在一个月以下的，经双方协商同意，可以订立口头劳动合同。但劳动者提出订立书面劳动合同的，应当以书面形式订立。”从该规定可以看出，非全日制用工可以不订立书面劳动合同。本文所指的事实劳动关系不包括非全日制用工这种特殊形式。产生这种情况的主要原因是由于用人单位不愿签订书面劳动合同造成的。立法对劳动合同形式的

要求，有两种模式可供选择：1、要求所有劳动合同都采用书面形式；2、既可以采用书面形式，又可以采用口头形式或其他形式，但特殊情况下必须采用书面形式。现行《劳动法》显然采用第一种模式。但实践中大量的非书面形式的劳动关系，在发生争议后，被确认为无效的并不多见，相反相关解释和规定并没有否定其效力，如劳动部《关于贯彻执行中华人民共和国劳动法若干问题的意见》（劳部发[1995]309号）第2条规定：“中国境内的企业、个体经济组织与劳动者之间，只要形成劳动关系，即劳动者事实上已成为企业、个体经济组织的成员，并为其提供有偿劳动，适用劳动法。”第17条规定：“用人单位与劳动者之间形成了事实劳动关系，而用人单位故意拖延不订立劳动合同，劳动行政部门应予以纠正。用人单位因此给劳动者造成损害的，应按劳动部《违反劳动法有关劳动合同规定的赔偿办法》（劳部发[1995]223号）的规定进行赔偿。”第82条规定：“用人单位与劳动者发生劳动争议不论是否订立劳动合同，只要存在事实劳动关系，并符合劳动法的适用范围和《中华人民共和国企业劳动争议处理条例》的受案范围，劳动争议仲裁委员会均应受理。”此外，地方性法规，如2001年《北京市劳动合同规定》、2002年《上海市劳动合同条例》、2003年《江苏省劳动合同条例》也有类似规定。从上述规定的内容看，无书面形式的劳动合同形成的事实劳动关系也受法律保护，不能简单地将其视为无效。这是因为（1）确认大量非书面劳动合同无效的成本过高；（2）确认非书面劳动合同无效，并不有利劳动者权益的保护。《劳动法》规定书面形式为劳动合同唯一合法形式，目的是为了减少劳动纠纷，劳动

纠纷发生后，书面劳动合同能够有效举证，而口头劳动合同很难达到这种效果，从而不利于劳动者权益保护。其实不然，举证责任的特殊设计完全可以解决这个问题，并且可以促使用人单位积极选择书面形式。例如，立法中可以规定，在涉及非书面形式的劳动合同纠纷中，劳动者对其权益不负举证的责任，如果用人单位不能提出有效证据反驳劳动者的主张，则应支持劳动者的主张。现行法律并未规定劳动争议处理的举证责任，在实践中基本采用民事诉讼法的一般举证责任，即“谁主张，谁举证”。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》（法释[2001]14号）（以下简称《法释[2001]14号》）针对劳动争议案件的特殊性，规定了若干必须由用人单位负举证责任的情形，有学者基于劳动者举证困难和拥有证据的难易程度，建议通过专门立法，建立用人单位的专属举证责任制度。对于劳动合同形式的要求，我国立法可考虑采用第二种模式。此外，应参照《合同法》，对劳动合同的书面形式作进一步的规定：（1）将书面形式解释为合同书、信件和数据图文（包括电报、电传、传真、电子数据交换和电子邮件）等可以有形地表现所载内容的形式；（2）对用人单位提出的格式劳动合同，如果其条款有歧义，就应当作出有利于劳动者的解释。香港就并不要求劳动合同必须采用书面形式。由于语言环境和用语习惯的不同，香港将劳动法称为“劳工法例”，劳动合同称为“雇佣契约或服务的契约（contract of service）”，劳动者称为“雇员”，用人单位称为“雇主”。香港《雇佣条例》第二条规定，雇佣契约是指任何书面或口头，明言或暗示之协议，由协议之一方同意雇佣另一方，而该另一方则同意受雇为

雇员，为雇主服务；此外，亦指学徒合约。从实践中看，无书面合同而形成的事实劳动关系，一般分为两种：王全兴、吴文芳：《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的不足及其完善建议》，载《法学》2002年第10期。参见周国强著：《香港劳工法例??判例和习惯法》，华汉文化事业公司1988年9月初版，第136页。

一种是从没有订立过书面劳动合同而形成的事实劳动关系，另一种是原先订立过书面劳动合同，劳动合同期满后，未以书面形式续订劳动合同，但劳动者仍在原用人单位工作。劳动部《关于实行劳动合同制度若干问题的通知》（劳部发[1996]354号）第十四条规定：“在固定期限的劳动合同期满后，因用人单位的原因未办理终止或续订手续而形成事实劳动关系的，视为续订劳动合同。用人单位应及时与劳动者协商合同期限，办理续订手续，由此给劳动者造成损失的，该用人单位应当依法承担赔偿责任。”江苏省劳动厅《当前劳动关系调整若干问题的处理意见》（苏劳[1998]4号）第12条规定：“因用人单位的原因在劳动合同期满后三十日内未办理终止或续订劳动合同手续的，劳动合同自动续延，用人单位不能解除或终止自动续延的劳动合同，但可补办劳动合同续订手续。因用人单位未及时给职工办理劳动合同续订手续，给职工造成损害的，按规定给予职工经济补偿。”从以上规定可以看出，劳动合同期满，由于用人单位原因未办理终止手续的，视为续订劳动合同，用人单位不能解除或终止自动续延的劳动合同。然而，这些规定却与最高人民法院以后颁布的司法解释相矛盾。2001年4月30日开始施行的《法释[2001]14号》第十六条第一款规定：“劳动合同期满后，劳

劳动者仍在用人单位工作，原用人单位未表示异议的，视为双方同意以原条件继续履行劳动合同，一方提出终止劳动关系的，人民法院应当支持。”按照该司法解释，劳动合同期限届满后没有续订书面劳动合同的情况下，视为双方原书面劳动合同的自动延续，唯一不确定的就是劳动合同的期限被视为没有约定，任何一方都可以提出终止劳动关系。这里的“终止”跟“解除”是不同的。2001年11月26日，劳动保障部经商最高人民法院，在答复浙江省劳动保障厅《关于对事实劳动关系是否应当支付经济补偿金问题的复函》（劳社厅函[2001]249号）对《法释[2001]14号》第十六条中的“终止”作了进一步说明，以解决该司法解释出台后人们对该问题认识上的混乱和困惑：“该规定中的‘终止’是指劳动合同期满后，劳动者仍在原用人单位，用人单位未表示异议的，劳动者和原用人单位之间存在的是一种事实上的劳动关系，而不等于双方按照原劳动合同约定的期限续签了一个新的劳动合同，一方提出终止劳动关系的，应认定为终止事实上的劳动关系。”该复函没有明确指出终止事实劳动关系是否要给予经济补偿。一些用人单位似乎领悟了其中的“玄妙”，故意与劳动者签订期限较短的书面劳动合同，到期后故意不续签合同，从而随心所欲地终止与劳动者的劳动关系。一般劳动者为了生存，对此往往只能忍气吞声。作者认为最高院这一解释的理论基础是“契约自由”，其基本特点是劳动者自愿向雇佣者出卖劳动力，雇佣者向劳动者支付工资，即把这看作是劳动力买卖合同。在劳动法诞生之前，民法所调整的劳动关系，即是以“雇佣合同”的名义而适用民法规定和原则的。然而，历史已经表明：自由的雇佣关系当事人之间存

在着事实上的不平等关系，经济上的从属关系决定了雇佣双方是不可能平等的，资本获取剩余价值的欲望没有止境，甚至不惜突破劳动者的生理界限，仅用民法的“契约自由”来调整雇佣关系，就可能使劳动力面临枯竭的危险。这种状况破坏了社会的整体利益、长远利益。这就需要超越民法界限的国家干预法。劳动法的诞生及成为一个独立的法律部门的历史，充分证明仅仅从民法的“契约自由”理论来调整现行的劳动关系已大大落后于社会。在现实生活中广泛存在着用人单位故意不续订书面劳动合同的情形下，最高院的这个解释却对“不续订劳动合同”的原因不予考虑，而只解释称“一方提出终止劳动关系的，人民法院应当支持”，这有使书面劳动合同期满后的事实劳动关系变相合法化的倾向，与建立劳动合同制度的初衷相悖，加剧了劳工的弱势，反映了有关解释制作者对社会真实世界的不了解和专业知识的不足！劳动合同的续订，应当具备法定的必备条件，在许多国家的立法例中，劳动合同的续订不能超过一定的次数或期限，在特定条件下，还只

董保华编著：《“劳工神圣”的卫士——劳动法》，上海人民出版社1997年4月第1版，第9页。能续订为不定期劳动合同，即只能续订为无固定期限劳动合同。例如，法国规定，定期劳动合同只能延续一次，并且不得超过原合同约定的延长期限；如果合同中有允许延期两次的条款，其前提条件是该合同总的延续时间不得超过1年。又如，德国规定，定期劳动合同的期限最长不得超过5年，且只能延长一次，劳动合同如第二次延期，则要订立不定期劳动合同。又如比利时规定，定期劳动合同期满后，当事人继续履行合同的，定期劳动合同自动转化为不定期劳动合同。

我国应当借鉴有关国家的立法例，纠正现实生活中书面劳动合同短期化、书面劳动合同到期不续订的弊病，避免劳动者的“黄金年龄段”被某个用人单位过多地使用后却又抛弃劳动者。

二、劳动合同无效的事实劳动关系 劳动合同无效，是指劳动合同由于缺乏有效要件而全部或部分不具有法律效力。我国《劳动法》第十八条规定了两种情形：（一）违反法律、行政法规的劳动合同；（二）采取欺诈、威胁等手段订立的劳动合同。根据此规定和合同原理，可将劳动合同无效的原因归纳于下述几种：

- 1、合同主体不合法，即劳动者不具有劳动权利能力和劳动行为能力，或者用人单位不具有用人权利能力和用人行为能力，比如精神病患者签订的劳动合同，用人单位未经工商登记而成立，或被吊销营业执照后仍使用劳动者从事生产经营活动等等。
- 2、合同内容不合法，即劳动合同缺少法定必要条款，或所订合同条款违法，如违反法定的强制性规定或低于法定最低劳动标准等等。
- 3、双方意思表示不真实，即在合同订立过程中，由于欺诈、威胁、乘人之危、重大误解等而导致当事人意思表示不真实。

王全兴主编：《劳动法》，人民法院出版社2005年3月第1版，第177页。 王全兴主编：《劳动法》，人民法院出版社2005年3月第1版，第164页。

- 4、合同形式不合法，即未采用法定的书面形式或标准形式。
- 5、订立程序不合法，即订立合同未履行法定必要的程序。

无效的劳动合同，从订立的时候起，就没有法律约束力，即劳动合同自始无效。这时，如果劳动者已提供了劳动，则自始无效的劳动合同就不能成为双方互相提出请求权的基础。如果按照合同法原理，合同无效的，因该合同取得的财产，应当予以返还，然而，劳动

力一旦付出，就无法恢复到合同订立前的状态。对劳动合同无效而发生的劳动关系，应当视为事实劳动关系。确认劳动合同无效的，如果不影响其余部分的效力，其余部分仍然有效。劳动合同全部无效的当事人之间仅存在着事实劳动关系；劳动合同部分无效的当事人之间并存着部分劳动法律关系和部分事实劳动关系。事实劳动关系当事人的权利义务，应当以劳动法律法规、劳动政策、集体合同、内部劳动规章制度的规定为依据重新确定。如果事实劳动者未得到或未完全得到标准的物质待遇，用人单位应当按照该标准给予补偿。另外，如果订立无效劳动合同是因用人单位所致，给劳动者造成损害的，劳动者有权获得赔偿。《劳动法》规定，劳动合同的无效由劳动争议仲裁委员会或者人民法院确认。根据我国现行的劳动争议处理规定，应当先由劳动争议仲裁委员会确认，在当事人不服劳动争议仲裁委员会的确认而提起诉讼的情况下，才由人民法院确认。无论是因没有订立书面劳动合同而形成的事实劳动关系，还是因劳动合同无效而形成的事实劳动关系，对事实劳动关系中职工劳动报酬、劳动条件等问题的处理上，全国各地并无差异，但《江苏省劳动合同条例》第二十四条、第二十五条规定得更具体，更明确：“（一）实际劳动报酬和劳动条件高于用人单位规章制度和集体合同规定标准的，按照实际已经履行的内容确定；（二）实际劳动报酬和劳动条件低于用人单位规章制度或者集体合同规定标准的，按照其中有利于劳动者的最高标准确定。用人单位规章制度和集体合同规定的劳动报酬和劳动条件不得低于法定标准。”

三、如何区分事实劳动关系和劳务关系不能科学、合理地区分劳动关系和劳务关系，也是形成事实

劳动关系的一个重要原因。在理论上，个别劳动关系的建立基础是劳动力市场的等价交换原则，表现为劳动关系双方各是独立的财产所有者，双方可能建立起一种以双方合意为基础的等价有偿的社会经济关系，但劳动关系一旦建立，劳动者与用人单位之间又存着管理与被管理、支配与被支配的关系，具有从属性、不平等性，具体表现为劳动过程中的行政管理关系，命令与服从是这种关系的基本准则。个别劳动关系的本质特征是从属劳动、从属关系。劳务合同是一种服务合同，属于民事合同范畴，劳务接受方所接受的是劳务行为的使用价值，亦即劳动成果，而不是劳动力的使用支配权。劳动关系与劳务关系二者所显示的社会关系性质不同，主要区别如下：一、在合同主体方面：在劳务关系中，劳务提供方与劳务接受方是彼此独立的主体，即前者不是后者的组成成员，劳务提供方不能以劳务接受方员工或职工的名义从事工作；而在劳动关系中，劳动者已成为用人单位的成员，用人单位允许劳动者以单位员工名义对外工作或不持反对意见。二、在是否存在隶属关系方面：在劳务过程中，劳动力的组织与管理由劳务提供方自行组织和指挥管理，劳务接受方不参与管理；而在劳动关系中，劳动者要受用人单位的管理约束，要遵守其针对员工的内部规章制度。三、在风险的承担方面：在劳务关系中，风险责任由劳动提供方自行承担；而在劳动关系中，由用人单位承担风险，用人单位所拥有或掌握的生产资料往往成为其承担风险责任的物质基础。四、在报酬支付方面：因履行劳务合同而取得的报酬，是商品价格的一次性支付或按批次支付，商品价格是与市场的变化直接相联系的；而在劳动关系中，劳动报酬具有分配性质，不

完全和不直接随市场供求变化而变化，其支付形式往往特定化为一种持续、定期的工资支付。五、在法律适用方面：劳务关系由民法调整；劳动关系由劳动法调整。由于适用法律不同，争议解决程序、实体权利义务的规定也存在着相当多差别。

2003年12月29日最高人民法院副院长黄松有在公布《关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》而举办的新闻发布会上曾讲：“近年来，随着我国劳动用工制度的改革，在劳动关系领域里已实行全面的劳动合同制。在劳动法调整的劳动关系领域以外，也存在各种形式的劳动用工。无论是劳动合同形式的用工关系，还是劳务合同形式的用工关系，本质上都是通过使用他人劳动扩大雇主事业范围或者活动范围，用人单位和雇主因此获得利益。”

长期以来，由于立法和司法规定还很不完善，由于缺乏准确区分劳动关系和劳务关系的可操作性法定标准，而民事纠纷和劳动争议在许多方面规定了不同的归责原则和处理程序，争议很多，使权益得到侵犯的劳工得不到及时有效的法律救济。应当说明的是，“劳务”一词具有很大的涵盖面。劳务合同往往包括承揽合同、基本建设承包合同、运输合同、保管合同、委托合同、技术服务合同等，但在实际操作中，有关学者的论述中，把雇佣关系也包含

张照东、叶勇：《劳动关系与劳务关系的区别》，载《2003中国律师论坛》#8226.实务卷》，法律出版社2003年12月版，第551-567页，该文借鉴香港劳工法例的区分标准，提出了劳动关系与劳务关系的九项差别，对解决实务问题有较大帮助。

黄松有主编，最高人民法院民事审判第一庭编著：《最高人民法院人身损害赔偿司法解释的理解与适用》，人民法院出版社2004年1月第1版，

第436页。在劳务关系中，从而使问题变得十分复杂。雇佣关系，又称雇用关系，在早期民法中即有使用，其涵盖面甚广，包括了后来所称的劳动关系。香港社会至今仍把劳动合同称为“雇佣契约”。由于雇佣关系成立后，雇员受雇主的控制、指挥、监督，雇员与雇主之间实际上是一种从属关系，这与劳动关系相一致。在现实生活中，相当多的用人单位并不与劳动者，尤其是所谓的“农民工”签订劳动合同，一些雇主甚至用形式上的劳务合同（雇佣合同）取代实质上的劳动合同。这在建筑施工企业中使用“农民工”过程中表现得尤为突出。目前进城务工农民已突破1个亿，但备受歧视，处境艰难。全国需要转移就业的农村剩余劳动力目前已达1.4亿，到2010年可能达2.7亿。“雇佣关系中，在很大程度上，受雇者往往也象劳动关系中的劳动者一样处在弱势地位，这也是目前我国劳动力市场主要是买方市场这一特点所决定的，但将这种并非平等的关系，纳入纯私法性质的民法的调整范畴，显然不利于保护弱者的合法权益，从而削弱法律的公正与效率两大职能。” 这些问题亟需通过劳动法和社会保障法的逐步完善来解决。作者认为把资本的利益作为追求的主要目标，重“资”轻“劳”，以存在劳务关系而非存在劳动关系，将我国人数众多的“农民工”当作“雇工”，排除在劳动法的保护范围之外，这是原则性、方向性错误，不利于建设和谐社会。在上上下下、方方面面的努力下，这两年全国掀起了集中清理工程款和农民工工资的专项治理活动，有关制度设计也作了变更。2005年5月25日，劳动保障部发布了《关于确立劳动关系有关事项的通知》（劳社部发[2005]12号），这是一个专门规范事实劳动关系的文件。该

通知第四条规定：“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。”根据此规定，这种关系不再视为雇工与雇主之间的劳务关系，而作为事实劳动关系处理。在修改《劳动法》时，重新界定劳动法的适用范围，科学、合理地把“雇工与雇主之间形成的特殊劳动关系”纳入劳动法的保护范围，具有重大深远的现实意义、政治意义和法律意义。

四、几个特殊问题

（一）童工

我国明确禁止使用童工。国家机关、社会团体、企业事业单位、民办非企业单位或者个体工商户，均不得招用不满16周岁的未成年人，即童工。童工患病或者受伤的，用人单位应当负责送到医疗机构治疗，并负担治疗期间的全部医疗和生活费用。童工伤残或者死亡的，用人单位还应当一次性地对伤残的童工、死亡的童工的直系亲属给予赔偿。赔偿金额按照非法用工，比照工伤赔偿处理。然而，这并不等于将雇佣童工的无效合同，当作事实劳动看待。这类合同也不能视为劳务合同。因为根据《民法通则》第十二条规定，不满16周岁的童工属于限制民事行为能力人或者无民事行为能力人，订立劳动合同或劳务合同都与其年龄、智力不相适应。同时，根据《民法通则》第十八条，其监护人也不得为其签订此类合同。因此，雇佣童工，既不属于事实劳动关系，也不属于劳务关系，而是违反法律、行政法规强制性规定的无效

行为。 (二)临时工 参见《非法用工单位伤亡人员一次性赔偿办法》，2003年9月23日，劳动保障部令第19号公布。

在1991年4月15日，国务院就颁布了《禁止使用童工的规定》，在此基础于2002年10月1日修订颁布了《禁止使用童工的规定》。现实生活中，有相当一部分用人单位用“临时工”这块挡箭牌，拒绝劳动者签订书面劳动合同的要求，拒绝缴纳社会保险费，从而制造了大量的事实劳动关系。“临时工”作为计划经济体制下的用工形式，是相对于正式工（固定工）而言的，一般指使用期不超过1年的临时性、季节性用工。《劳动法》实施后，由用人单位与职工按照劳动合同实行统一管理，“临时工”作为一种用工形式已经不存在了。劳动部办公厅在《对 关于临时工等问题的请示 的复函》（劳办发[1996]238号）中明确指出：“《劳动法》实施后，所有用人单位与职工实行劳动合同制度，各类职工在用人单位享有的权利是平等的。因此过去意义上相对于正式工而言的临时工名称已经不存在。用人单位在临时性岗位上用工，应当与劳动者签订劳动合同并依法为其建立各种社会保险，使其享有有关的福利待遇，但在劳动合同期限上可以有所区别。

”显然，用人单位以“临时工”为借口，炮制事实劳动关系，明显违法。劳动者也不必被“临时工”这种称谓蒙住双眼，自己看轻自己，不敢理直气壮地维护自己的合法权益。

(三)双重劳动关系 双重劳动关系是指劳动者与两个或两个以上的用人单位建立的劳动关系。《劳动法》第九十九条规定：

“用人单位招用尚未解除劳动合同的劳动者，对原用人单位造成经济损失的，该用人单位应当依法承担连带赔偿责任。

”双重劳动，对劳动者而言，意味着要履行双份以上的劳动

义务，但其权利并不当然地对应获得双份或多份，如承认双重劳动关系的存在，将对劳动管理产生严重干扰和影响。不仅如此，承认双重劳动，就会对竞业禁止开了绿灯；承认双重劳动，也为侵犯商业秘密的侵权行为提供了温床。我国《劳动法》、《公司法》、《反不正当竞争法》等法律、法规中都对双重劳动关系或涉及因双重劳动关系产生的特定行为作出了限制性和禁止性规定。显然，双重劳动关系得不到法律保护，事实劳动关系也没有双重劳动共存的可能性。在实践中，一般将第二个的合同关系作为劳务关系处理。

五、终止事实劳动关系的程序及补偿（赔偿）责任

《法释[2001]14号》第十六条虽然对终止事实劳动关系的程序及补偿（赔偿）问题没有涉及，然而这并不意味着用人单位可以随时终止事实劳动关系，也不意味着用人单位终止事实劳动关系时可以不承担补偿或赔偿责任。在一般情形下，解除劳动合同应提前三十日通知对方，以给对方必要的准备时间，用人单位终止与劳动者的事实劳动关系，也应提前三十日通知。由于事实劳动关系主要是用人单位不愿签订或不愿续签书面劳动合同造成的，过错方是用人单位，因此，一些地方性法规赋予劳动者可以随时终止劳动关系的权利。如《上海市劳动合同条例》第三十九、四十条规定：应当订立劳动合同而未订立的，劳动者可以随时终止劳动关系。应当订立劳动合同而未订立的，用人单位提出终止劳动关系，应当提前三十日通知劳动者，但劳动者具有患病或者负伤，在规定的医疗期内，女职工在孕期、产期、哺乳期内的，以及法律、法规、规章规定的其他情形的，劳动关系应当顺延至该情形消失。《江苏省劳动合同条例》也有类似的规定，并规定用

用人单位未提前三十日通知劳动者，自通知之日起三十日内，用人单位仍应承担该三十日的规定义务。当然，在存在事实劳动关系的情况下，只要劳动者和用人单位符合劳动法主体资格，首先应当协商补签劳动合同，劳动合同期限由双方协商。劳动保障部于2003年5月30日发布的《关于非全日制用工若干问题的意见》（劳社部发[2003]12号）规定：“从事非全日制工作的劳动者，可以与一个或一个以上用人单位建立劳动关系。”由此可见，随着社会经济的发展，在是否允许存在双重劳动关系的问题上已经有所突破，但是仅仅限于非全日制用工这种特殊形式。参见《江苏省劳动合同条例》第三十条第二款、第三十七条。商，只有在协商不成的情况下，才可以提出终止劳动关系。但是，对于符合签订无固定期限劳动合同的劳动者，如果劳动者提出订立无固定期限劳动合同，则用人单位应当订立。现行符合可以签订无固定期限劳动合同条件的主要有：劳动者在同一用人单位连续工作满十年，且当事人双方同意续延劳动关系的；复员、转业军人初次就业的等。按照原劳动部的规定，用人单位单方面提出解除事实劳动关系的，应当向劳动者支付经济补偿金。但《法释[2001]14号》发布后，有人认为终止与解除是不同的，根据该司法解释第十六条，任何一方都有权终止事实劳动关系而无需补偿。有人甚至认为，原劳动部的规定一般对全国各地的劳动争议仲裁机构是有效的，也是讲这些规定仍可能被劳动争议仲裁机构采纳，但由于这些规定跟最高人民法院的司法解释相矛盾，按照新法优于旧法的原则，法院一般倾向于不给予劳动者经济补偿，因此，此类案件起诉到法院，即使在劳动仲裁时赢了，到了法院也很可能败诉。不必讳言，

《法释[2001]14号》第十六条第一款的规定，使人们对事实劳动关系的法律保护的认识产生了不小的混乱，在司法实践中让人感到无所适从，并使有关机关陷入尴尬的境地。如何理解《法释[2001]14号》第十六条第一款呢？劳动合同到期是劳动合同终止的法定条件，到期即行终止不存在违约问题，依规定可以不支付经济补偿金。同时，由于事实劳动关系存续期间，未签订劳动合同，也不存在违约问题，但用人单位未按《劳动法》规定，拒绝或故意拖延与劳动者签订或续签劳动合同，使劳动者的工作始终处于不稳定的状态，并使劳动者基于劳动合同而附生的经济补偿权及其他权利难以实现，这明显违反了法律的禁止性规定，侵害了劳动者的合法权益，产生了缔约过错的责任，从而需承担赔偿责任。用人单位免责的抗辩理由只能是劳动者本人不愿签订书面劳动合同、劳动者本人要求终止事实劳动

广翔：《用人单位终止事实劳动关系的赔偿责任》，载《中国劳动》2004年第1期。关系。

《江苏省劳动合同条例》第九条规定：“劳动者不愿签订劳动合同的，用人单位不得录用。”据此，在江苏省境内，劳动者不愿签订劳动合同也不能成为用人单位的抗辩理由。

根据《劳动法》第九十八条，用人单位故意拖延不订立劳动合同，即招用后故意不按规定订立劳动合同以及劳动合同到期后故意不及时续订劳动合同的，应进行赔偿，赔偿范围为劳动者原本可以获得的利益损失。----可以推定，用人单位拒绝或故意拖延不订立劳动合同，主要目的是不与劳动者确立明确的劳动关系，不明确工资待遇，不为劳动者缴纳社会保险费，不提供其他应得待遇（如工伤待遇、福利等），在终止劳动关系时不支付经济补偿金等。因此，用人终止事实

劳动关系而不给予劳动者经济补偿（或赔偿），明显不符合《劳动法》。2005年5月25日，劳动保障部发布了《关于确立劳动关系有关事项的通知》（劳社部发[2005]12号），该通知第三条第二款规定：“用人单位提出终止劳动关系的，应当按照劳动者在本单位工作年限每满一年支付一个月的经济补偿金。”这一最新规定应结束有关方面对终止事实劳动关系是否给予经济补偿的片面理解、错误理解，并在实践中起到统一法律适用的作用。

六、劳动者如何利用现行法律最大限度地维权

事实劳动关系的广泛存在，凸现了劳动者的弱势地位。劳动者应当加强自我保护意识。在现行劳动法律制度相当不完善的情况下，充分利用现行法律法规，最大限度地维护自己的权利。

（一）要能够证明事实劳动关系的存在 在有书面劳动合同的情况下，证明劳动关系的存在，极其容易，但没有书面劳动合同，则必须广泛收集、保存证据：比如（1）工资支付凭证或记录（职工工资发放花名册）、缴纳各项社会保险费的记录；（2）用人单位向劳动者发放的“工作证”、“服务证”等能够证明身份的证件；（3）劳动者填写的用人单位招工招聘“登记表”、“报名表”等招用记录；（4）考勤记录；（5）其他劳动者的证言等。另外，开会通知、报销单据等等也可以参照。

（二）要取得用人单位“故意拖延”、“拒绝”签订或续订劳动合同的证据。比如劳动者要求用人单位尽快签订劳动合同的谈话记录，证人证言，单位要劳动者填的有关表格，单位借口拖延签订或续订劳动合同的证明等。有了这些证据后可以依法要求用人单位赔偿。

（三）要取得用人单位终止事实劳动关系的证据 比如用人单位的书面解除（或终止）劳动关系通知、谈话记录，证人证言、

用人单位文件等，比如用人单位不再履行劳动合同的基本情况的证据等。在办案过程中，经常遇到对于解除（或终止）事实劳动关系的事实，双方均没有提供书面证据，劳动者称是口头通知，用人单位则加以否定，使劳动者陷入被动。因为从举证责任分配来看，劳动者称是口头通知，必须提供基本证据，在劳动者提供初步证据后，用人单位加以否认的，用人单位负有完全举证责任，如果用人单位不能提供相反证据或抗辩明显不足，则应认定劳动者主张的事实成立。事实劳动关系，对劳动者容易造成伤害的一个重要原因是劳动者举证困难。在事实劳动关系存续期间，劳动者都应当十分注意证据的收集和保存！作为一名律师，对此感慨颇多！必要时还需借助秘密录音、录像的办法取得证据（采取秘密录音、录像办法，不能侵害他人合法权益，或者违反法律禁止性规定，否则将作为非法证据而不能作为认定事实的依据。）。

在争议发生后，有了证据后，可以提起仲裁，对仲裁不服的，可以提起诉讼。（四）劳动者可以向劳动监察部门举报、投诉，要求劳动监察部门责 参见《关于确立劳动关系有关事项的通知》（劳社部发[2005]12号第二条）令用人单位改正，并处于罚款。这么做的好处是劳动者不直接跟用人单位发生正面冲突，避免用人单位的报复。另外，行政执法时间较短，效率较快，不像“一裁二审”耗时长、成本高。如果劳动监察部门不去查处，劳动者可以就其行政不作为提起行政诉讼。

七、立法建议事实劳动关系的广泛存在，凸现了劳动者的弱势地位。现代法治精神是扶持弱者，努力实现实质平等。在劳动立法时，应尽力避免事实劳动关系的形成，应尽力弥补事实劳动关系对劳动者的伤害，从源头上规范用人

单位的用工行为。为此，作者试着作如下立法建议，期待着能够抛砖引玉。

- 1、重新界定《劳动法》的适用范围，明确劳动关系与劳务关系定义及界限，以劳务合同形式代替劳动合同的，不影响劳动关系的成立。
- 2、改变现行的要求所有劳动合同都采用书面形式的僵化立法模式，对一般劳动合同允许当事人选择口头形式或其他形式，当事人一方要求采用书面形式的，应当采用书面形式。特定劳动合同，应当采用书面形式。
- 3、对劳动合同的续订不能超过一定的次数和期限，扩大应续订为无固定期限劳动合同的范围，克服劳动合同短期化、劳动合同到期不续订的弊端。
- 4、基于劳动者举证困难和拥有证据的难易强度，建立用人单位的专属举证制度。
- 5、加大违法者应承担的责任，建立明确、具体、易操作的法定补偿、赔偿制度。
- 6、加大行政管理部门的执法力度和惩处力度。

100Test 下载频道开通，各类考试题目直接下载。详细请访问 www.100test.com