

# 建筑行业农民工 劳动关系确认的思考

■金英杰

**摘要:** 建筑业农民工是我国城市化、工业化进程中出现的特殊群体,由于其文化水平普遍不高,从事体力劳动,工作条件艰苦,一般被视为低端劳动者,其权益保护问题一直是社会焦点。自1995年《劳动法》实施至今,中央和地方劳动政策一直在加强农民工的劳动权益保护,但建筑业农民工保护仍存在法律不到位、保护不利的状况,欠薪问题、工伤保险赔偿问题始终是该领域的老大难。建筑行业普遍采用发承包形式,层层转包、分包、挂靠等经营模式,农民工成为这一经营链条的最末一环,但劳动关系在很多情况下却处于悬空状态。本文梳理了现行法律对建筑业农民工劳动关系确认与否的有关历史认为,使劳动关系落地是解决建筑行业农民工权益到位的重要因素之一,推动其向标准劳动关系回归,明确用工主体的劳动法律责任,而非像有些司法实践做法放任为劳务关系。本文不涉及其他行业的发承包经营模式中劳动关系的讨论。

**关键词:** 建筑行业 劳动关系 确认

自1995年《劳动法》实施至今已有20年,期间劳动法有了长足的发展,劳动法律法规不断健全,内容不断丰富,在保护劳动者合法权益、协调劳动关系发展方面发挥着重要作用。一方面,《劳动法》对劳动关系的规制不断加强,以标准劳动关系规范各种用工形式成为立法趋势。另一方面,企业选择弹性用工形式维持和提高其竞争优势尽量淡化标准劳动关系,与法律的规制背道而驰,尤其是建筑行业层层转包、分包、挂靠及包工头的经营模式的普遍存在,农民工与建筑业发承包企业、包工头是何关系,是劳动关系,还是劳动关系与民事劳务关系的竞合,存在法律和实务处理的不一致和混乱。建筑行业惯常的经营模式使劳动关系的认定复杂化,极大地影响建筑行业农民工权益落实,有必要对现行法律规定及实践做法进行必要的梳理,明确法律关系性质。研究这一问题有理论和实践意义,有助于建筑业农民工权益维护的加强。

## 一、建筑领域农民工劳动权益维护存在的问题

自20世纪90年代中国开启市场经济大门,加快工业化、城市化进程,产业结构、经济结构、社会结构、城市结构的发展变化,推高建筑业和制造业发展,需要大量劳动力。而农村实施家庭联产承包制后释放的上亿农业剩余劳动力恰逢发展时机,涌入工业领域,涌入城市,参与工业化和城市化的建设,至农民工群体应运而生。20多年来,亿万农民工以其吃苦耐劳、坚忍精神为中国乃至世界的经济发展做出极大贡献,创造了巨大的社会财富。

建筑业农民工是农民工群体的典型代表,既有农民工群体流动性大、工资低、生存压力大的特点,又有建筑行业劳动强度大,技术水平低,工作环境艰苦,非法发承包、分包、挂靠经营,垫资施工工资支付以年底结账为主等特点。国家统计局于2008年底建立了农民工统计监测调查制度,据统计,2014

金英杰,中国政法大学民商经济法学院副教授。

年全国农民工总量为 27395 万人<sup>①</sup>，建筑领域从业人员达到 4500 多万人，其中农民工有 3600 万人之多<sup>②</sup>，占总量的 25% 多。

这样庞大的产业工人队伍，其劳动权益的维护却一直不容乐观，存在的主要问题有：

1. 劳动合同签订率低。据《2013 年全国农民工监测调查报告》的统计数据，农民工劳动合同签订率为 41.3%<sup>③</sup>，建筑业农民工的劳动合同签订率相对更低些。自 2007 年《劳动合同法》实施以来，住房和城乡建设部及各地人民政府陆续出台各项规定，加大在建筑行业推动劳动合同的力度，虽取得一定成效，但仍存在建筑业劳动合同签订率低的问题。有非官方机构在 2011 年对京、渝、沪、深四城市建筑企业签订劳动合同情况进行抽样调查，结果是 75% 的建筑工人无劳动合同<sup>④</sup>。

2. 工资拖欠问题未能得到根本解决。建筑企业或包工头发放农民工的工资并没有按照我国《劳动法》规定按月发放，而是采取日常支付农民工生活费，工资年底结算或按工程项目周期长短结算，农民工无法及时获得劳动报酬。再加上发包、承包、分包、挂靠、包工头经营模式背后的利益链，只要其中一个资金链断裂，农民工工资就会被拖欠。近年来，新闻媒体报道的讨薪事件多为建筑业农民工，而且包工头也讨薪，因被拖欠工资农民工采取各种手段讨薪的事件频频见之于报端，甚至成为影响社会稳定因素。

3. 社会保险缴费率低。据统计，全国建筑业从业人员参加社会保险的比例不到四分之一<sup>⑤</sup>。国家统计局统计的农民工养老保险、医疗保险、工伤保险、失业保险、生育保险缴费情况表明，建筑行业用人单位的参保率没有一项超过 30%。<sup>⑥</sup>

除上述外，还有农民工工作安全和生活卫生条件恶劣，工伤保险赔付率低、工作时间长、普遍没有城市福利保障等问题。行文至此，笔者不禁感慨，上述问题 10 年前就存

在，而今虽有缓解，但仍未完全解决，已成为痼疾。《劳动法》实施已有 20 年，劳动立法执法有长足的进步，相较之下，建筑企业农民工权益仍然难以充分实现。《劳动法》法意本是倾斜保护低端劳动者，建筑业农民工可谓社会底层的产业工人，但这一群体却不能得到法律完整及时的保护。究其原因，笔者认为，我国自实行市场经济以来，建筑行业多年来形成的发包、承包、分包、挂靠经营模式，由包工头直接管理农民工，不能完全解决农民工劳动关系的归属，导致劳动基准法适用受阻，是造成上述问题的因素之一。有必要对建筑行业发承包制度的兴起与衰落、用工模式、劳动关系的变迁进行梳理，以找出其发展趋势，分析其是否能够回归标准劳动关系。

## 二、建筑行业用工形式的变迁

我国将产业结构分为三个层次：第一产业为农业（包括种植业、林业、牧业和渔业），第二产业为工业（包括采掘业，制造业，电力、煤气、水的生产和供应业）和建筑业，第三产业为流通和服务部门等。建筑业和工业均属于第二产业，一般将劳动者称为产业工人。

从事工业生产的职工不论是化工、电子产业，还是汽车制造业、纺织业，只要是属工业范畴，无论是重工业还是轻工业，都一律称之为产业工人。产业工人的共同特点是有固定的工作场所和岗位，有一定职业素质。目前，我国建筑行业农民工从业人员众多，但建筑行业发承包、层层转包、包工头管理农民工的经营模式，建筑施工随项目走，用工的流动性使农民工一般不能与建筑企业形成稳定的劳动关系，是否符合产业工人的特点、形成产业工人队伍尚存争议。

我国建国以来的建筑企业用工经历了由计划经济体制下固定用工到发承包经营模式包工制发展过程。

①2013 年全国农民工监测调查报告，国家统计局网站 [http://www.stats.gov.cn/tjsj/zxfb/201405/t20140512\\_551585.html](http://www.stats.gov.cn/tjsj/zxfb/201405/t20140512_551585.html)，访问日期：2015 年 4 月 20 日。

②全国 3600 万建筑业农民工将被纳入工伤保险，新华网 [http://news.xinhuanet.com/2015-01/05/c\\_1113885426.htm](http://news.xinhuanet.com/2015-01/05/c_1113885426.htm)，访问日期：2015 年 1 月 5 日。

③2013 年全国农民工监测调查报告，国家统计局网站 [http://www.stats.gov.cn/tjsj/zxfb/201405/t20140512\\_551585.html](http://www.stats.gov.cn/tjsj/zxfb/201405/t20140512_551585.html)，访问日期：2015 年 4 月 20 日。

④京、渝、沪、深四城市建筑工人生存状况调查报告，[http://wenku.baidu.com/link?url=-zJ-x7EBclVp852vTW8TgJmb\\_rLIOTvzxOhG\\_FeqF9n2LMbkyI5Tvg7UdX2uqzsjNRfFy99RMKEuuI9Q2YrmiaLf\\_QoWCLL-p0Q3K2s9R7](http://wenku.baidu.com/link?url=-zJ-x7EBclVp852vTW8TgJmb_rLIOTvzxOhG_FeqF9n2LMbkyI5Tvg7UdX2uqzsjNRfFy99RMKEuuI9Q2YrmiaLf_QoWCLL-p0Q3K2s9R7)，访问日期：2015 年 4 月 20 日。

⑤全国 3600 万建筑业农民工将被纳入工伤保险，新华网 [http://news.xinhuanet.com/2015-01/05/c\\_1113885426.htm](http://news.xinhuanet.com/2015-01/05/c_1113885426.htm)，访问日期：2015 年 1 月 5 日。

⑥2013 年全国农民工监测调查报告，国家统计局网站 [http://www.stats.gov.cn/tjsj/zxfb/201405/t20140512\\_551585.html](http://www.stats.gov.cn/tjsj/zxfb/201405/t20140512_551585.html)，访问日期：2015 年 4 月 20 日。

(一) 计划经济体制下建筑企业固定用工, 劳动者多为正式工, 临时工为辅助用工

建国后至 20 世纪 90 年代初期, 我国实行计划经济体制。建筑企业用工模式基本为正式工(固定工), 临时工为辅助用工, 劳动者队伍稳定, 企业和职工受雇于国家, 没有真正意义的劳资纠纷。

具体而言, 包工制也经历了兴衰。建国初期, 百废待兴, 大量的修复与重建工程亟待建设, 少量的建筑企业无法满足建设需要, 因之国家允许建筑行业实行包工形式, 但包工形式并不是唯一, 同时存在着直接用工和内部承包与外部承包形式。

自 1956 年全面社会主义改造完成后, 计划经济成为中国唯一经济模式, 建设项目亦计划经营, 由国家或地方纳入到固定资产投资名下, 统一管理和分配, 按计划将建筑工程分配给国有和集体性质的建筑企业。随着国有和集体性质的建筑企业的基本布局完成, 国家废除包工制度, 取消计件工资制度。建筑企业招用正式工, 直接对工人进行管理, 工人工资由国家统一调拨, 建筑工人与其他产业工人一样按月领取工资, 有国家统一的工资福利和劳动保险待遇<sup>①</sup>。由于国家是雇主, 因此不显现市场经济下的劳动关系特征, 劳动行政关系淹没了一切。至 20 世纪 80 年代, 国有建筑企业职工达 482 万, 城市和农村的集体企业职工 166 万和 334 万, 而私有建筑企业的职工大概只有 4000 到 1 万人<sup>②</sup>。

计划经济体制时代, 由于实行统包统配制度, 国家和地方财政对企业职工的工资、劳动保险提供保障, 政治上宣传工人阶级是领导阶级, 不会发生拖欠工资问题, 工作中受伤都能及时得到工伤救治。但与之伴随的是低效率、低工资。

## (二) 包工制的兴起

20 世纪 80 年代中国改革开放, 急于追求经济发展, 在提出“效率优先、兼顾公平”的背景下进行一系列改革: 国家放开建筑市场, 不再统一管理; 国有企业建立现代法人制度, 自负盈亏独立经营; 建筑工程实行招投标, 建立竞价机制。1983 年, 国务院发布《建筑安装工程承包合同条例》, 肯定承包制, 明确许可建筑企业与建设单位建立承包关系, 限制企业内部承包。

承包制的实施, 使企业市场灵活度增强, 管理成本减少, 利润增加, 其灵活性、低成本优势被各地建筑行业接受。据统计, 到 1981 年, 90% 以上的城市工业建设项目重新引入了承包体制<sup>③</sup>。

1984 年 9 月, 国务院发布《关于改革建筑业和基本建设管理体制若干问题的暂行规定》, 启动在建筑领域全面推行建设项目投资包干责任制、工程招标投标制、建设资金拨改贷等, 并启动建筑安装企业用工制度改革。文件要求建筑安装企业逐步减少固定工比例, 增加合同工比例。1984 年 11 月, 国家计委和建设部联合发布《建筑工程招标暂行规定》, 承认竞价体制, 并鼓励缩短竞价时间, 降低竞价成本。国家大力推动上述改革措施的结果是使工程承包与分包经营模式开始在全国范围内推广开来, 现代包工制度由此开始发展壮大。建筑企业不再培养产业工人队伍, 对建筑工人工资、劳动保险成本不再直接承担责任, 放弃对工人的直接管理权, 由分包企业、包工头承担管理、施工等诸多责任。一方面, 国有建筑企业正式工数额急剧下降, 另一方面, 包工头带领的庞大农民工队伍出现。由于当时处于直接用工到发承包用工模式的转型时期, 包工头尚且能遵守承包合同规定, 拖欠工资等现象并未发展为社会问题。

## (三) 市场经济条件下建筑企业发承包、分包、挂靠经营泛滥

20 世纪 90 年代, 我国加快工业化、城市化进程, 建筑业迎来历史的机遇, 随着建设规模的扩大, 特别是经过基本建设管理体制的改革和建筑业产权制度的改革, 发承包经营模式成为主流经营模式。国有建筑企业自有职工逐渐减少, 大量通过包工头招聘来的一线操作工人来自农村, 被社会统称为“农民工”。这种称呼明显地将农民工与产业工人区分开来, 农民工被歧视, 被排斥在产业工人范围之外。

1998 年 3 月,《建筑法》颁布, 该法对建筑业从业规范, 如施工许可证、从业资格审查、招标投标制度等方面做出规定, 以期对混乱的发承包、层层转包作出规范。但包工头采取非法挂靠国有施工企业的手段来获得施工许可资格, 仍雇用农民工参与承包经营。具体为发包人→承包方建筑公司→项目经理→分包方劳务公司→包工头→班组→农民工。农民工处于整个经营链的最末端。

在竞争激烈的建筑市场, 存在被承认的“行规”: 建筑商带资承建。所谓带资承建就是建筑商为拿到建筑工程, 自带资金承包, 有的自带资金占整个工程建设资金的 30%<sup>④</sup>。具体有两种运营模式:(1) 作为乙方的承包商通过参加招投标获得建设工程, 然后由项目经理组织施工, 包括项目垫资和队伍组织。(2) 由项目经理挂靠、借用某拥有资质的建筑公司名义获取工程, 然后组织施工, 项目经理大多数是包工

①②③潘毅、卢晖临, 公共: 暴力的根源——揭开建筑业拖欠工资的面纱, 领导者, 2009 年第 27 期。

④汪士和, 关于建设现代建筑产业工人队伍的思考, 中国建筑业协会网站 <http://www.zgjzy.org/NewsShow.aspx?id=1125>, 访问日期: 2015 年 4 月 28 日。



头挂靠,出借资质的建筑公司收益来自按工程总额收取一定比例的管理费。

这种建设资金通过层层分包实现层层垫付,缓解了工程资金链的紧张,但只考虑了层层分包者的利益,并未考虑农民工的利益。农民工平时往往只能拿到生活费,工资要等待项目结束或工程竣工方能获得全额支付。且利益链条中,某一环节出问题,都会导致农民工工资不能按时领到。也就是说,经营风险不是由层层分包者承担,反而是居于最下层的农民工承担。欠薪现象积累日多,必然引发群体性事件。生存权乃基本人权,不能保障何谈体面劳动?可以说,包工头欠薪现象在整个建筑行业的欠薪链中所表现出来的只是一种表象,其欠薪根源还在承包商甚至项目单位方面。发承包、分包制、挂靠经营,利益链条的形成更多的问题在于用工主体混乱,农民工劳动关系问题更是存疑。

正是由于发承包、分包、挂靠的乱象,住房城乡建设部于2014年8月发布《建筑工程施工转包违法分包等违法行为认定查处管理办法(试行)》,严格查处违法行为,可谓对层层转包、包工头经营模式的否定。

### 三、发承包经营模式与农民工是否存在劳动关系的法律梳理

(一)《劳动合同法》未明确发承包关系中农民工劳动关系的确认,只规定连带赔偿责任

2007年颁布的《劳动合同法》第94条规定:“个人承包经营违反本法规定招用劳动者,给劳动者造成损害的,发包的组织与个人承包经营者承担连带赔偿责任。”

《劳动合同法》承认发承包经营模式,也使用劳动者称谓,但并未明确发承包的组织、包工头与农民工存在劳动关系,只是用连带赔偿责任来解决农民工权益保护问题,且是劳动法上的赔偿责任还是民法上的赔偿责任,也并未明确。

(二)最高人民法院规范性文件未明确劳动关系,从连带赔偿责任出发规定承包方、发包方应当作为劳动争议当事人

最高人民法院相继出台4个审理劳动争议案件适用法律的司法解释,都没有直接涉及发承包经营模式中劳动关系的确认问题,《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)第12条规定:“劳动者在用人单位与其他平等主体之间的承包经营期间,与发包方和承包方双方或一方发生劳动争议,依法向人民法院起诉的,应当将承包方和发包方作为当事人。”

此规定未明确劳动关系,笔者认为,最高院的司法解释关于连带赔偿责任的规定,在处理发承包劳动争议时,并未

界限分明地承认或否认劳动关系,而是将二者同时纳入当事人范围,通过司法审判,依保护劳动者的原则确认农民工劳动权益受损后的连带赔偿问题。

(三)劳动行政主管部门规章规定劳动关系的确认要素,确认发包方的用工主体责任

2005年,原劳动和社会保障部发布《关于确立劳动关系有关事项的通知》(劳社部发〔2005〕12号),第一次在立法范畴内对劳动关系的认定因素做出规定。《通知》确定的要素有三:(1)主体资格要求:用人单位和劳动者符合法律规定的主体资格。(2)用人单位管理劳动者: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。(3)劳动内容与用人单位的关联:劳动者提供的劳动是用人单位业务的组成部分。

此通知的意义还在于规定建筑施工企业劳动关系的确认问题:第4条“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”。这一规定明确发包方违法发承包的,劳动者与具备用工主体资格的发包方存在劳动关系。在发承包经营模式中,发包方与劳动者之间一般并没有直接的管理关系,但出于保护建筑业、矿业劳动者以及遏制建筑施工领域的违法分包的考量,劳动部的规范性文件首次明确用工主体关系,表现出立法对低端劳动者的倾斜。

(四)最高人民法院指导性文件不支持确认劳动关系

最高人民法院《全国民事审判工作会议纪要》(法办〔2011〕442号)第59条规定,建设单位将工程发包给承包人,承包人又非法转包或者违法分包给实际施工人,实际施工人招用的劳动者请求确认与具有用工主体资格的发包人之间存在劳动关系的,不予支持。

笔者认为,此规定与原劳动保障部的《关于确立劳动关系有关事项的通知》确立发包方用工主体资格的规定相冲突,不利于建筑行业农民工劳动权益的维护。

(五)人力资源和社会保障部会同住建部、安监总局、全国总工会联合发文要求建筑企业健全工伤认定所涉及的劳动关系确认机制

2014年12月,四部门联合发布《关于进一步做好建筑业工伤保险工作的意见》,要求做好建筑业职工工伤保险权益保障工作。健全工伤认定所涉及劳动关系确认机制。规定:“建筑施工企业应依法与其职工签订劳动合同,加强施工现场劳务用工管理。”施工总承包单位应当在工程项目施工期内督促专业承包单位、劳务分包单位建立职工花名册、考勤

记录、工资发放表等台账,对项目施工期内全部施工人员实行动态实名制管理。施工人员发生工伤后,以劳动合同为基础确认劳动关系。对未签订劳动合同的,由人力资源社会保障部门参照工资支付凭证或记录、工作证、招工登记表、考勤记录及其他劳动者证言等证据,确认事实劳动关系。相关方面应积极提供有关证据;按规定应由用人单位负举证责任而用人单位不提供的,应当承担不利后果。

#### 四、关于是否存在劳动关系的不同学术观点

目前学界在理论上的争议主要集中于对相关法条的解读和劳动关系确认标准上。

##### (一) 肯定论<sup>①</sup>。即肯定应存在劳动关系

1. 建设施工企业承担“用工主体责任”的前提就是其与劳动者之间存在劳动关系。用工主体责任一词排除了其他责任承担方式,“从外延上看,用工主体是企业等用人单位,……从内涵上看,用工主体是指企业等用人单位与职工之间的关系。”<sup>②</sup>

2. 劳动者与建筑施工企业之间实际上存在着从属关系。认为建设施工企业不直接管理劳动者,因此二者之间的劳动关系就被切断的观点是不正确的。一方面,“总承包人、分包人各自雇佣的劳动者在同一建筑工地劳动,总承包人为了工程的完成,常常需要与分包人协商,统一对劳动者进行指挥、监督,而所有劳动者都必须接受这种指挥和监督。”<sup>③</sup>所以,劳动者对建筑施工企业具有人身从属性。另一方面,根据《建设工程领域农民工工资支付管理暂行办法》的规定,“企业应将工资直接发放给农民工,严禁发放给包工头或者其他不具备用工主体资格的组织和个人。”虽然,我们看到的实际情况中都是劳动者直接从承包人处取得工资,但这部分工资来源于建设工程施工企业,因此,不能从根本上改变劳动者对建设施工企业的经济从属性地位。

(二) 否定论<sup>④</sup>。即不认可存在劳动关系,认为包工头与农民工形成雇佣关系

1. 用人主体不等于用工主体,不能推定劳动关系存在。认为《关于确立劳动关系事项的通知》第4条的规定是为保护不具备用工主体资格的组织和个人招用的劳动者的权

利,从这个条文中可以分析,用工主体和用人主体是相分离的,建筑施工、矿山企业是用人主体,而不具备用工主体资格的组织和个人是用工主体(虽然不符合法定的资格条件,但是不能否认在客观上其为用工主体),不能因为规定了建筑企业作为发包方的用工主体责任就理解为农民工与该企业存在劳动关系。

2. 不存在真实劳动关系,双方没有成立劳动契约的意思表示。在转包关系和挂靠关系下,劳动者的招用、报酬发放、具体工作内容、管理、解雇均不由发包单位或被挂靠单位决定,劳动者与发包单位或被挂靠单位并不存在真实的劳动关系。且有法律依据:2011年最高人民法院《全国民事审判工作会议纪要》第59条规定:“建设单位将工程发包给承包人,承包人又非法转包或者违法分包给实际施工人,实际施工人招用的劳动者请求确认与具有用工主体资格的发包人之间存在劳动关系的,不予支持。”由于劳动合同也要遵循一般合同法的基本精神和理念,要成立劳动关系,就应有成立合同之意思表示,而实践中,无论是劳动者还是建筑施工企业都没有成立契约之意思表示,因此,不能确认劳动关系的存在。

3. 追偿权无法实现。《关于确立劳动关系事项的通知》第3条第二款明确承担工伤保险责任的单位承担赔偿责任或者社会保险经办机构从工伤保险基金支付工伤保险待遇后,有权向相关组织、单位和个人追偿。若确认劳动者与用工单位和挂靠单位存在劳动关系,则排除了劳动者与实际雇主的雇佣关系,追偿权则无从谈起,放纵了真正的劳动力使用者。

4. 包工关系不应适用标准劳动关系,如果都适用标准劳动关系,劳动者要求签订书面劳动合同、同工同酬、补缴社会保险费用等诉讼请求同样成立,会对当前的经济秩序造成严重冲击。

笔者认为,否认劳动关系论,认为存在雇佣关系,是将劳动关系与用工主体人为撕裂,有变相支持违法的发承包、包工头逃避劳动法规制之嫌,不利于农民工权益维护。

#### 五、法院审判实践的混乱

为进一步探索问题解决方案,笔者对法院的审判实践进行了部分调研。以“建筑”和“确认劳动关系纠纷”为关键

①肯定观点主要参考谢清波,《农民工与建筑施工企业、包工头劳动关系辨析》,江苏警官学院报,2012年5月第27卷第3期。在文中作者论述了其认为可以确认劳动关系的详细理由。

②汪茂勤,《劳动法指南》,东南大学出版社,1992年版,第142页。

③王彦、吴永铭,《解读〈重庆市高级人民法院关于审理工伤行政案件若干问题的暂行规定〉》,载万鄂湘、张军主编,《最新损害赔偿法律文件解读》,人民法院出版社,2006年版,第130页。

④否定观点主要参考王亚萍、张攀峰,《劳动关系确认中工伤认定前置条件解析——河南三门峡中院判决鑫茂公司诉王某章确认劳动关系纠纷案》,人民法院报,2014-12-25,第6版。

词在“北大法宝—中国法律检索系统”<sup>①</sup>中共搜索出 178 篇相关判决<sup>②</sup>，在进行逐一分析后选定近 5 年的 100 篇案例为样本，并结合现有文献分类、作图和综合分析，归纳出以下四种具有代表性的结果：

1. 确认存在劳动关系。此判决结果大约占样本总量的 47%。在承包商有资质、分包商无资质时，对不具有合法用工主体资格的实际施工人招用的劳动者，一般确认存在劳动关系，由具备用工主体资格的发包方承担用工主体责任。

2. 确认不存在劳动关系。此判决结果约占样本总量的 30%。其认为劳动者一般不直接受建筑施工、矿山企业的管理和指挥，不存在招用与被招用的关系，也不存在身份上的从属和依附关系，因而不存在事实劳动关系。其中，有部分承包商有资质、分包商无资质的情形，对分包商招用的劳动者，认为不存在劳动关系，但具备用工主体资格的发包方应承担用工主体责任。

3. 不直接判定劳动关系是否存在转而调解结案。此结果约占 6%。此类判决尽可能模糊化处理，回避劳动关系是否存在的争议。

4. 其他的占 17%。其包括一审、二审判决结果相异、视是否达到退休年龄具体对待等情形。

在对以上案例分析的过程中，还发现不仅法律适用混乱，如同样适用原劳动保障部《关于确立劳动关系有关事项的通知》第 1 条、第 4 条，判决结果却截然相反。研究表明，法院不确认存在劳动关系易使承包商、分包商随意转嫁风险、相互推诿，损害农民工的权益，特别在工伤事故频发的建筑行业。

## 六、建议：突破劳动关系从属性、控制论认定因素，确定建筑业农民工与具有经营资质的发承包主体存在拟制劳动关系

上述立法与执法的混乱已经影响了《劳动法》的权威性，笔者认为，应运用劳动法原理统一认识。具体建议为：应突破劳动关系从属性、控制论的认定因素，从保护建筑业农民工权益出发，对违反规定违法承包、分包、挂靠经营的主体雇佣农民工的，应认定有经营资质的主体与农民工存在劳动关系，依此逐渐在建筑企业推动标准劳动关系的适用。

### （一）推动标准劳动关系，要求建筑企业承担社会责任

建筑业农民工属于低端劳动者，长期以来由于劳动关系的不确定，反而得不到《劳动法》的有利保护，对《劳动法》的权威是莫大的讽刺。笔者认为，在以人为本，越来越重视劳动权的社会发展状况下，不应纵容违法发承包经营模式中规避《劳动法》《社会保险法》的现象，不应使几千万的建筑工人游离于劳动法律之外。确定劳动关系，有利于推动建筑行业规范标准劳动关系；推动签订劳动合同，实现劳动者劳动报酬权；推动企业遵守劳动安全卫生条件，落实同工同酬，履行社会保险缴费义务，改善农民工劳动条件，保护农民工合法权益。

### （二）规范发承包市场的管理，提高和稳定建筑质量

建筑行业发承包经营模式虽多年得到政府、企业甚至是农民工的认同，但这种模式带来的恶性竞争、压低建筑成本、压低劳动条件，由此引发的建筑工程质量、农民工讨薪、职业安全等问题成为这一行业的顽疾。近年来，国家有关主管部门强化建筑企业资质管理，对建筑企业的质量、数量和结构进行调控，行业内企业数量基本保持稳定，企业的规模和质量均有所改善。笔者认为，在建筑企业推动标准劳动关系的时机已逐渐成熟，应对违法层层转包、包工头模式痛下杀手，通过对建筑行业标准劳动关系的推动，不仅加大了对劳动者的保护，也有利于建立诚信社会，制止企业用工乱象，规范发承包经营活动。加强对发承包市场中建筑公司、施工企业、劳务分包企业的监管，限制包工制，消灭包工制，不仅有利于提高建筑工程质量，也有利于保护劳动者权益，减少纠纷发生。

### （三）国家对该关系的规范干预，更有利于劳动者维权

建筑行业农民工大多文化水平低，其经济地位也决定了其话语权的些微，信息不对称、资本力量的强大、无良雇主和企业的行为，都不可能使农民工在劳动关系建立上有契约自由。所谓农民工不认同签订书面劳动合同，建立标准劳动关系，笔者认为这是伪命题，哪个劳动者不愿意获得规范的保护呢？所以，需要国家的强力干预和介入，确定拟制劳动关系，更有利于劳动者维权。

### （四）标准劳动关系的推动，有利于培养稳定的建筑工人队伍

<sup>①</sup>建筑工程领域中，层层分包的情况大多比较复杂，为了能够在下文中清晰地抽象出便于理解的主体关系，故假设分包模式如下：开发商（发包人）将工程发包给建设工程施工企业（即承包人。实际上在一些小型工程中，尤其是违法分包给无法定资质的承包人时，这个承包人多是自然人，但考虑到文章涉及的是一般情况，因此认定以企业组织的情况居多），承包人是将一部分工程再转包给次承包人（即俗称的“包工头”），最后包工头再雇佣农民工（即劳动法意义上的主体劳动者）。

<sup>②</sup>载于“北大法宝—中国法律检索系统”：[http://www.pkulaw.cn/cluster\\_call\\_form.aspx?menu\\_item=case&EncodingName=&key\\_word=](http://www.pkulaw.cn/cluster_call_form.aspx?menu_item=case&EncodingName=&key_word=)，最后访问日期：2013年11月。



我国现正面临着产业升级之痛，产业升级即需要知识产权创新与升级，更需要劳动者素质的升级。推动标准劳动关系，规范用工行为，给予农民工职业稳定、安全感，有利于产业工人队伍建设，有利于提高职业能力。

综上，笔者认为，最高人民法院关于不支持劳动关系的解释违背了《劳动法》的立法本意，有可能会纵容违法发承包、包工头继续规避劳动法律，挑战《劳动法》的权威，该规定必须修正。

本文没有从理论上更多厘清劳动关系的组织论、控制论及多因素论诸多原理，更多从实际出发论证。当然，建筑行业劳动关系的标准化尚须立法、司法、执法、监管、行业自律的一系列规范，但笔者认为，应先从拟制劳动关系入手，求得突破。本文的观点也可能存在过度增加发包方的责任和过度倾向劳动者，造成发承包关系中的利益失衡，尚待商榷。

CL

## The Confirmation of Labor Relations of Migrant Workers in Construction Industry

Jin Yingjie

**Abstract:** The construction migrant workers appear in the process of China's urbanization and industrialization as a special group. Because of their generally low educational level, manual labor work and hard working conditions, they are regarded as a low-end workers group and the rights and interests of them which are seen as a low-end workers group have been the focus of the society. Since the implementation of Labor law of the People's Republic of China in 1995, the labor policies of central and regional government have been always strengthening the protection of migrant workers' labor rights and interests, but ignoring the status of the protection laws about construction workers, and the problems of wage arrears and industrial injury compensation are difficult to solve for a long time. Due to the construction industry commonly take contracted management, layers of subcontract, subcontract and affiliated contract modes, the migrant construction workers become the last ring of this business chain, and their labor relations are usually usually difficult to confirm. The dissertation teases out the history about whether the modern law has confirmed the labor relations of migrant workers in the construction industry. Since confirming labor relations is one of the important factors to solve migrant workers' rights and interests, it is suggested return to the standard labor relations and to make the labor responsibility of the main labors explicit, instead of recognizing them as labor contracts as some judicial units have done. The discussions about labor relations in contracted management mode of other industries are not included.

**Key Words:** The Construction Industry; Migrant Workers; Confirmation of Labor Relations

### 参考文献:

1. 张素伦, 农民工工伤认定中的劳动关系研究, 社会主义新农村建设——理论月刊, 2011年第1期。
2. 周红云, 农民工劳动关系中的问题与对策, 学习时报——社会观察, 2007年8月20日第004版。
3. 郑莹、阮国强, 城市化进程中农民工权益的法律保护, 法治研究, 2008年第4期。
4. 兰建勇、李辉敏、杨福忠、窦竹君, 农民工权益法律保障机制研究, 河北法学, 2005年6月第23卷第6期。
5. 董保华, 论非标准劳动关系, 学术研究, 2008年第7期。
6. 姚先国、郭东杰, 改制企业劳动关系的实证分析, 管理世界, 2004年第5期。
7. 郭庆松, 当代劳动关系理论及其最新发展, 上海行政学院学报, 2002年第2期。
8. 林海权, 双重劳动关系法律问题研究, 中国劳动关系学院学报, 2007年2月第21卷第1期。
9. 杨晓石, 论我国法律关于事实劳动关系的处理, 绵阳师范学院学报, 2009年1月第28卷第1期。
10. 肖进成, 工伤认定应以劳动者权益为重——对《国务院关于修改〈工伤保险条例〉的决定(征求意见稿)》的思考, 新疆大学学报, 2010年1月第38卷第1期。
11. 章法, 劳动关系——工伤认定的关键, 中国人力资源社会保障, 2009年第04期。
12. 陈荣鑫, 谁来确认农民工工伤认定中的事实劳动关系, 权益维护, 2008年第05期。