

专业合作社用人单位资格认定的 实证考察与理论审思*

章群¹ 邓旭^{1,2}

摘要：农业现代化与规模化进程中，专业合作社发生的劳动纠纷逐年增加，其用工关系虽具有从属性，但专业合作社不属于劳动法列举的用人单位种类。有影响力的观点认为司法机关会严守法定种类对用人单位资格加以认定，然而218个涉及专业合作社用人单位资格认定的案件的判决结果显示，持“肯定说”的司法机关占大多数，这一统计结果并不支持先前观点。裁判结果不仅存在地区差异，而且存在审级差异，持“肯定说”的比例从劳动仲裁机关到二审法院依次增加。然司法实践中的“肯定说”与“否定说”皆存在缺陷，面临着合理性与合法性不可兼得的窘境。司法困境背后的制度根源在于劳动立法中用人单位的内涵空白、外延封闭的列举式立法模式。在立法革新中，应实现用人单位立法模式从列举式向概括式的更迭，构建行为认定为主、身份认定为辅的用人单位资格认定标准，并在劳动法分层分类调整理念下，依据规模大小，对包括专业合作社在内的用工主体进行用人单位资格的二次识别。

关键词：用人单位 专业合作社 概括式立法 分层分类调整 农业现代化

中图分类号：D912.5 **文献标识码：**A

一、问题的缘起

“农，天下之本，务莫大焉”，农业关系国家根本，党的十九大以来，国家提出进一步加快新农村建设，全面实施乡村振兴战略。近年来，新型农业经营主体发展迅速。专业合作社是新型农业经营主体重要类型之一，属于农村家庭承包经营基础上自愿联合、民主管理形成的互助性经济组织^①。2007年中国的专业合作社仅有2.64万家，每家成员仅为13.3户，而至2014年其数量已达到128.88万家，每家成员数已达72.94户，实现了年均74.27%的快速增长（程波、吴建国，2016）。

新型农业经营主体的崛起，促进了农业雇佣劳动的增加。据调查，中国约78%的新型农业经营主

*本文是四川省高等学校人文社会科学重点研究基地——基层司法能力研究中心重点项目“特殊非典型劳动关系的法律治理研究”（项目编号：JCSF2018-02）的阶段性研究成果。

^①参见《农民专业合作社法》第2条。

体都雇佣劳动力，为农业就业提供了约 8496.38 万个就业岗位（其中稳定就业岗位 5876 万个），平均每个新型农业经营主体雇佣 37.11 人（其中稳定性岗位 25.66 个），促进了 13~19% 的农村劳动力就业的转移^①。对于专业合作社而言，农民日报社三农发展研究中心调查数据显示，2016 年农民合作社雇工成本为 66.95 万元^②。专业合作社的发展对推动农村就业，实现农业现代化、农民职业化与年轻化，具有极其重要的意义。但是，随着专业合作社大量雇佣劳动力进行生产，专业合作社与劳动者之间的劳动纠纷应运而生，并呈现出递增之势。面对日益增多的专业合作社劳动纠纷，应如何定性专业合作社和这些劳动者之间的用工关系呢？专业合作社是否属于劳动法上的用人单位呢？对专业合作社用人单位资格的认定乃是论断两者用工关系的关键，事关农业劳动者劳动权的实现与维护，与农业现代化的进程休戚相关。

从制度层面看，1995 年劳动部颁布的《关于贯彻执行〈中华人民共和国劳动法〉若干问题的意见》第四条明确规定“农村劳动者（乡镇企业职工和进城务工、经商的农民除外）不适用劳动法”，将农村劳动者排除在劳动法保护的 range 之外。随后，《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（二）》第七条进一步规定“农村承包经营户与受雇人之间的纠纷”不属于劳动争议。这些规定使得农业领域的用工关系通常被认定为民事雇佣关系，仅由民法加以调整，难以纳入劳动法调整范围。对于专业合作社的用工问题，劳动立法并无明文规定，《劳动法》、《劳动合同法》列举的用人单位种类中也并未包括专业合作社。但近年来，也有极个别地区出台的地方法律文件明确规定专业合作社具有用人单位的资格^③。制度的混乱与不确切，使得专业合作社用人单位资格问题无章可循、悬而未决，难以指导实践定纷止争。

从理论界研究而言，对于农业领域用工关系，很多学者认为其并不属于劳动法调整的范围，因为劳动法上的劳动者包括除第一产业以外的其他产业劳动者，如程延园（2016）、李雄（2008）、郭捷（2008）等。理论界较少研究新型农业经营主体雇工问题，仅有少数学者对这一问题予以关注，如王全兴（2017）言及“改革中出现的农场不同于传统的集体所有制农业生产经营组织，相对其招用的农工，具有雇主的地位，但现行立法中对此无明确规定”，但并未涉及对专业合作社用人单位资格问题的探讨。

相较于制度的缺失和理论研究的不足，受“不得拒绝裁判”原则的约束，法院对认定专业合作社是否为用人单位的司法实践为这一问题的解决提供了可研究的素材。法院判决既是争议解决的法律依据，也体现了司法机关法律适用与解释的水准。据此，笔者从“北大法宝”数据库中梳理出 218 个涉及专业合作社用人单位资格认定的劳动合同纠纷案件，对这些案件判决结果进行统计，并对其判决的

^①参见《新型农业经营主体发展指数调查（二期）报告》，http://www.xinhuanet.com/food/2017-02/08/c_1120429231.htm。

^②参见《2018 中国新型农业经营主体发展分析报告（一）》，https://www.sohu.com/a/223816311_99899537。

^③《北京市高级人民法院、北京市劳动人事争议仲裁委员会关于印发〈审理劳动争议案件适用法律问题的解答〉的通知（京高法发[2017]142 号）》规定“农民专业合作社与其聘用参与日常生产经营活动的社员产生争议，如何认定？……应结合农民专业合作社的生产经营性质和用工特点等因素，区分情况予以严格判定。对符合原劳动和社会保障部《关于确认劳动关系有关事项的通知》规定精神的，应依法确认参与农民专业合作社日常生产经营活动的社员与该合作社存在劳动关系。”

司法逻辑加以分析，以求探索司法问题背后存在的制度原因与解决方案。与此同时，这些案件判决书也载明了该案件诉讼前的劳动仲裁情况，本文将其劳动仲裁裁决结果也一并纳入分析与统计。

二、专业合作社用人单位资格的裁判认定与依据

（一）研究设计

从“北大法宝”司法案例库中，筛查出标题包含“专业合作社”的判决书，并进一步梳理得到 218 个涉及专业合作社用人单位资格认定的“劳动合同纠纷”案件。在对收集的案例梳理分析时，本文着重于法院对“专业合作社是否为用人单位”态度的统计分析，将实践中司法机关认可专业合作社为用人单位的观点，简称为“肯定说”，将专业合作社不认定为用人单位的观点，简称为“否定说”。

为便于统计，本文将收集的所有案件分为六类：第一类是法院在判决书中明确表示专业合作社不是劳动法上用人单位的案件（以下简称“不认定为用人单位”）。第二类是法院在判决书中明确表示认定专业合作社是劳动法上的用人单位案件（以下简称“明确表示”）；第三类是法院判决认定劳资双方构成事实劳动关系的案件，此类案件默认为法院对专业合作社用人单位资格问题持肯定意见（以下简称“事实劳动关系”）^①。第四类是判决书虽未将劳资双方的关系认定为劳动关系，但并非因劳动主体资格不适格而不构成劳动关系，而是劳资双方关系不具有从属性（以下简称“从属性”）^②。第五类是从判决书中可以辨明法院将其认定为劳动关系的案件（以下简称“判决书表明”），此类案件也应属于法院认可专业合作社为用人单位的案件。第六类是从判决书中判定不出法院态度的案件（以下简称“不明确”）。

以上六个分类中，除第六类“不明确”外，属于“否定说”的案件主要为“不认定为用人单位”；属于“肯定说”的案件包括“明确表示”、“事实劳动关系”、“从属性”和“判决书表明”四类。

（二）样本案例的统计与分析

1. 裁判机关对专业合作社用人单位资格认定的基本情况。（1）司法判决的概况分析。通过对案件的分析，本文发现司法界对专业合作社用人单位资格有无的问题莫衷一是，“同案不同判”的裁判乱象丛生。“肯定说”与“否定说”这两种截然相反的观点在司法实践中都广泛存在。虽然“肯定说”与“否定说”并存，但从对样本案件的统计分析来看，当前司法实践中高达 96.79% 的案件判决结果将专业合作社认定为用人单位。这一发现与之前学界有影响力的观点背道而驰。有学者曾指出，由于劳动立法对用人单位的内涵未进行界定，行政和司法机关在其“严格依法行政或司法”的职能之下，从方便操作的角度，出台法律规章或司法解释将用人单位的范围牢固地锁定在法律列举的有限种类之中（董保

^① 《关于确立劳动关系有关事项的通知》（劳社部发[2005]12号）第一条规定了事实劳动关系认定标准之一为“用人单位和劳动者符合法律、法规规定的主体资格”，因此，对于被最终认定为劳动关系的案件，本文默认法院认可其用人单位资格。

^② 《关于确立劳动关系有关事项的通知》（劳社部发[2005]12号）第一条除了要求主体适格以外，还要求劳动者遵守用人单位的各项劳动规章制度，接受用人单位的管理，从事用人单位安排的工作。

华，2011)。但是，司法机关在用人单位范围的认定上，并没有完全固守劳动立法所列举的种类。

(2) 各地区法院的认定情况分析。从各地区情况来看，较少有地方法律文件明确专业合作社用人单位资格问题，仅北京市明确表示农民专业合作社与其雇工之间符合事实劳动关系认定标准的，应将其认定为劳动关系。在缺乏地方法律文件明确规定情况下，各地对专业合作社用人单位资格认定情况差异甚大。全国范围内大部分地区法院将专业合作社认定为用人单位，如四川、贵州、湖南、辽宁和江苏等，但部分地区却不将其认定为用人单位，如云南省、安徽省。此外，还有部分地区法院对此类案件的认定存在分歧，如上海市、湖北省。尤其是上海市，该地区此类案件数量较多，且大部分判决都未将专业合作社认定为用人单位（如表1所示）。

表1 各地法院对专业合作社用人单位资格认定的判决结果统计表

类型	所属地区	不认定为用人单位	明确表示	认定为劳动关系	从属性	判决书表明
持“肯定说”	四川		8	1	1	7
	贵州		9	2	0	6
	湖南		0	12	1	0
	辽宁		0	8	3	0
	江苏		4	0	4	1
	新疆		0	3	2	0
	山东		1	2	0	2
	重庆		3	0	0	0
	内蒙古	0	0	0	3	0
	山西		1	1	1	0
	河北		2	0	0	0
	陕西		0	0	0	1
	青海		0	0	1	0
	甘肃		0	1	0	0
	宁夏		0	1	0	0
天津		0	0	1	0	
黑龙江		0	0	0	1	0
持“否定说”	云南	1				
	安徽	1		0		
部分法院持“否定说”	上海	6	1	0	4	0
	湖北	1	0	0	0	2

注：218个案件中，排除108个“不明确”案件，共获得110个有效案件。

(3) 各级裁判机关的认定情况分析。对专业合作社用人单位资格认识的混乱，不仅在不同地区间表现明显，“同案不同判”的现象同样出现在劳动仲裁与诉讼之间，以及诉讼的不同审级之间。即便是同一案件，不同审级的司法机关对这一问题的认识也差异甚大。部分案件经历了从一审法院认定具有

用人单位资格到二审法院不认定具有用人单位资格的改判过程^①，部分案件则遭遇了截然相反的过程^②。当前司法裁判标准的不统一对劳动者实体权利产生影响，通过对案例的统计发现：劳动纠纷从劳动仲裁到二审的过程中，裁判机关认定专业合作社具有用人单位资格的几率在增加，劳动者胜诉的几率因此也逐渐增加。

第一，劳动仲裁的裁决情况。劳动仲裁机关对此类案件，以专业合作社不具有主体资格为由，决定“不予受理”的比例高达 56.52%，最终认定劳资双方为劳动关系比例较小（如表 2 所示）。这一数据表明大部分的劳动仲裁机关都未将专业合作社认定为用人单位。

表 2 劳动仲裁机关的裁决结果

序号	仲裁结果	所占比例
1	不予受理	56.52%
2	认定为劳动关系	28.99%
3	不认定为劳动关系	14.49%

注：218 个案件中共有 84 个案件判决书表明了其劳动仲裁结果，此外，排除 7 个“已超过仲裁时效”和 8 个“劳动者超过退休年龄”不予受理的案件，共获得 69 个有效案件。

对于劳动仲裁机关的裁决，不服者亦以劳动者为主，这一点可从一审诉讼原告构成比例看出：一审的起诉主体以劳动者居多，高达 90.65%（如表 3 所示），远远高于专业合作社为原告的比例。这一现象一方面缘于近年来法治教育的普及，劳动者维权意识的增强，另一方面也说明，相较于专业合作社，劳动者更认为劳动仲裁机关对这类案件的裁决缺乏公平性。

表 3 一审、二审提出诉讼的主体对比表

审级	诉讼提起主体	所占比例
一审	劳动者起诉	占一审案件的 90.65%
	专业合作社起诉	占一审案件的 9.35%
二审	劳动者上诉	占二审案件的 17.07%
	专业合作社上诉	占二审案件的 82.93%

而事实上，劳动仲裁后，当事人不服提起诉讼，诉讼最终判决结果与仲裁结果一致的也较少，绝大多数劳动仲裁结果都被法院判决所改变。原因在于劳动仲裁机关与司法机关对这一问题认识不一致，认定专业合作社具有用人单位资格的劳动仲裁机关远远少于人民法院。如表 4 所示，司法机关认定具有用人单位资格，而仲裁不认定具有用人单位资格的案件，其所占比重高达 51.90%。

表 4 仲裁与诉讼关于专业合作社用人单位资格认定结果的对比表

案件类型	比重
仲裁认定不具有而诉讼认定具有用人单位资格的案件	51.90%
仲裁认定具有而诉讼认定不具有用人单位资格的案件	2.53%

^①参见(2014)红中民三终字第 37 号。

^②参见(2017)鄂 11 民终 2346 号。

仲裁诉讼都认为具有用人单位资格的案件	36.71%
仲裁诉讼都认为不具有用人单位资格的案件	8.86%

第二，一审判决的认定情况。虽然大部分案件的劳动仲裁机关都未将专业合作社认定为用人单位，但此类案件诉讼到一审法院后，却有高达 63.01%的一审判决认定专业合作社属于劳动法意义上的用人单位，不被认定为用人单位的案件仅占 10.98%（如表 5 所示）。对于这一决结果，如果从公平性的角度看，绝大多数当事人对一审判决的结果是接受的，这一点可从此类案件的上诉率推断得出：218 个样本案件中，仅有 41 个案件上诉经历了二审程序，上诉率为 18.81%。对于一审法院判决不认可的多为专业合作社，这一点可从二审诉讼的起诉主体的统计中得知：与一审诉讼中原告多为劳动者的情况不同，二审中合作社上诉的案件占比为 82.93%，而劳动者上诉的二审案件仅为 17.07%（如上述表 3 所示）。

第三，二审判决的认定情况。二审法院对此类案件的认定中，将专业合作社认定为用人单位的判决高达 80.04%，不认可其用人单位资格的判决比例很小，仅占 4.4%（如表 5 所示）。不仅如此，二审中有高达 37.8%的判决书明确表示“专业合作社是劳动法中适格的用人单位”。

表 5 仲裁、一审、二审裁决结果的对比表

类型		劳动仲裁	一审法院	二审法院
不认定专业合作社为用人单位的案件比例		56.52%	10.98%	4.40%
认定专业合作社为用人单位的案件比例	总计	43.48%	62.38%	86.74%
	明确表示	无	7.51%	37.80%
	事实劳动关系	28.99%	12.13%	24.44%
	从属性	14.49%	6.90%	17.80%
	判决书表明	无	35.84%	6.70%

从劳动仲裁裁决结果、一审和二审判决结果，可以看出劳动仲裁机关、基层法院、中级法院对专业合作社用人单位资格的判定认识不一，大部分劳动仲裁机关都不将专业合作社认定为用人单位，而大部分法院将专业合作社认定为用人单位，且二审法院认定专业合作社为用人单位的比例高达 86.74%，比一审的 62.38%还要高很多（如表 5 所示）。这充分说明了“专业合作社‘用人单位’资格认定的案件”从劳动仲裁到二审，裁判机关将专业合作社认定为用人单位的几率逐渐增加。

综上所述，在制度缺位之下，司法实践中对专业合作社用人单位资格认定并没有取得共识，虽然“肯定说”占优势地位，但持“否定说”的案件判决也绝非个案。劳动者在不同地区诉讼的“同案不同判”，以及在劳动仲裁、一审、二审不同程序中遭遇的不同裁判结果，将对诉讼当事人（劳动者与合作社）的实体权利产生重要的影响。立法的缺失与司法认识的不统一，使得劳动者权利难以得到法律的公平保障，甚至会导致行政与司法机关裁决的任意性与“选择性司法”。在对样本案件的梳理中，本文发现即使是同一法院对涉及这一问题的两个案件进行判决时，都存在做出截然相反判决结果的现象^①。

^①如上海市第二中级人民法院在两个案件中对“专业合作社是否为用人单位”这一问题的看法就完全不同。该院在“(2011)

2. 裁判机关对专业合作社用人单位资格认定的裁判理由

在处理涉及专业合作社的劳动纠纷案件中，持“肯定说”的法院主要理由在于：专业合作社具有商事主体资格，因而具有用人单位资格^①。如表6所示，在判定专业合作社用人单位资格时，是否对其法人资格进行考察，不同法院之间差异较大。“肯定说”中明确表示专业合作社具有用人单位资格的法院，高达64.10%都曾对专业合作社是否依法登记成立的事实进行过考察。二审案件中，这一比例更是高达94.13%。这说明，持“肯定说”的法院，认定专业合作社用人单位资格的主要原因之一即是专业合作社“依法登记注册，成为独立法人”，具有了商事主体资格。此外，持“肯定说”的部分法院认定专业合作社具有用人单位资格还缘于专业合作社实际用工，因用工行为具有从属性而成为用人单位。

表6 法院认定用人单位资格中对商事主体资格的考察统计表

类型	全部案件	一审案件	二审案件
明确表示	64.10%	40.91%	94.13%
事实劳动关系	28.13%	19.05%	45.45%
从属性	33.33%	30.77%	37.50%
判决书表明	31.03%	34.62%	0
不认定为用人单位	22.22%	14.28%	50.00%

与“肯定说”的观点截然相反，持“否定说”的法院判决的法律依据主要在于专业合作社不符合法律规定的用人单位范围（如表7所示）。除此之外，部分法院否定专业合作社用人单位资格还基于以下理由：^②认为专业合作社的本质应认定为农村承包经营户^③；^④专业合作社属于互助性经济组织，设立目的不具有自利性，而具有互助性^⑤；^⑥从目前的实际情况考虑，农民专业合作社目前尚处于起

沪二中民三（民）终字第66号”案件中明确表示“专业合作社是具有独立法人资格的用工主体”；该院的另一案件“（2014）沪二中民三（民）终字第576号”中，则明确表示“专业合作社不属于劳动法意义上的用人单位”。

^①很多法院在判决中都表示专业合作社依法登记，取得法人资格，所以符合用人单位的资格。此外，还有大量案件直接在判决书中认定专业合作社具有用人单位资格，支撑其判决的理由主要还是在专业合作社依法登记，具有法人资格。

^②这类司法机关认为：结合《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（二）》第七条第（六）项“农村承包经营户与受雇人之间的纠纷，不属于劳动争议”之规定，农民专业合作社不宜认定为当前法律法规规定的严格意义上的用人单位。

^③这类司法机关认为：虽然农民专业合作社登记取得法人资格，属于“单位”，具备了一般经济组织的形式特征，但其设立目的并不带有“自利性”，其本质具有互助性，仍“以其成员为主要服务对象，提供农业生产资料的购买，农产品的销售、加工、运输、贮藏以及与农业生产经营有关的技术、信息等服务”，不同于一般营利性组织。根据“风险与获利相一致”的原则，若将农民专业合作社与其雇佣劳动者之间的关系认定为劳动关系，则显然对其要求过多的义务；应优先适用《中华人民共和国农民专业合作社法》的规定，不将其认定为劳动法意义上的用人单位。参见（2014）红中民三终字第37号、（2015）大民五终字第1363号、（2011）青民四（民）初字第2459号、（2014）红中民三终字第37号、（2015）大民五终字第1363号、（2017）鲁06民终2295号、（2017）鄂11民终2346号、（2017）沪0114民初15651号、（2017）沪0114民初9719号。

步阶段，规模普遍较小，盈利较为微薄，相应的用工配套政策措施缺乏，需要一定政策扶持，如严格依照劳动法、劳动合同法及相关规定来要求农民专业合作社，不利于促进农民专业合作社的发展^①。

“否定说”的其他理由只是部分法院所采纳^②，但因“专业合作社不符合法律规定的用人单位的范围”而否定其用人单位资格的理由为多数持“否定说”的法院所秉持^③。

表 7 司法机关认定专业合作社用人单位资格的理由

类型	法院判决的理由	
“肯定说”	主要理由	依法登记，取得法人资格
	其他理由	作为一种新型的经济组织，其行为符合用人单位的“从属性”认定
“否定说”	主要理由	因“不属于劳动法列举的用人单位的范围”而不是劳动法意义上的用人单位。
	其他理由	本质上属于农村承包经营户，不是劳动法意义上的用人单位。 本质上属于互助性组织，不具有营利性，成员之间关系平等，不是劳动法意义上的用人单位。 农民专业合作社处于起步阶段，规模普遍较小，盈利较为微薄，需要政策扶持，不应成为劳动法中的用人单位，增加其负担。

综观上述理由，在司法实践中占绝对优势的、持“肯定说”的法院，多基于专业合作社具有商事主体资格而认定专业合作社具有用人单位资格；而持“否定说”的法院，则多因专业合作社不属于劳动法规定的用人单位范畴而否定其用人单位身份。对于专业合作社用人单位资格的认定问题，“肯定说”和“否定说”及其理由何者更可取，尚有待进一步考证。

三、司法实践中合法性与合理性不可兼得的困境

（一）“肯定说”与“否定说”的成因

司法实践中，对专业合作社用人单位资格持“肯定说”和“否定说”的法院，彼此间判决相悖，所循判决思路互异，但二者司法逻辑的背后都有其深刻的制度原因、理论原因和历史原因。

其一，“肯定说”乃是当前司法机关所采纳的主流观点，这种因具有商事主体资格而裁决具有用人单位资格的做法，是学术理论和法律制度对用人单位界定的民商事主体偏好的体现。

在《劳动法》、《劳动合同法》制定时，中国劳动法理论基础还比较欠缺，就算时至今日，关于劳动法属于社会法（战东升，2018）还是属于民法（沈建峰，2017a）的争论仍然方兴未艾。很多学者的

^①参见（2017）鲁06民终2295号。

^②认定专业合作社是“农村承包经营户”而否定其用人单位资格的认识仅出现在少数判决书之中，如（2016）鲁0682民初5259号、（2016）鲁0682民初5260号、（2017）鲁06民终2295号判决书中。认为专业合作社是“互助性组织”进而否定其用人单位资格的案件，多属于一审法院判决的案件，上诉进入二审的案件，除了（2014）红中民三终字第37号案件外，要么被改判，如（2017）鄂11民终2346号；要么即使维持原判的案件，二审判决书也变更了不认定为劳动关系的理由，如（2017）鲁06民终2295号、（2015）大民五终字第1363号案件。

^③如（2011）青民四（民）初字第2459号、（2013）青民四（民）初字第2793号、（2014）闵民一（民）初字第18947号、（2014）青民四（民）初字第2344、2345号、（2014）沪二中民三（民）终字第576号判决书。

论著都偏重于从权利能力和行为能力的角度界定用人单位^①。而权利能力与行为能力是民事主体所具有的特征，理论界对用人单位概念的界定因此带有了明显的民商法色彩。概言之，在劳动法理论储备不足的情况下，劳动立法也只能借鉴民商事主体的表述来界定用人单位^②。

理论与制度规定不过是对历史与经济的观照。用人单位的民商事主体式认定方式的形成，更深层次的原因在于中国劳动法发展的特殊历史背景。在计划经济时期，“国家”是唯一雇佣主体，用人单位这一概念是随着国家向企业“用工自主权”的下放才出现的。这一历史背景，一方面使得劳动法在对用人单位界定时采用与民商法相同的“赋权”方式，将“用工自主权”赋予那些符合劳动法规定的条件用人单位（董保华，2005）；另一方面，也使得中国“劳动法”经历了劳动政策——企业立法——社会立法的发展过程（董保华，2011）。采取民商法式的“赋权”，难免对权利能力加以强调；而劳动法脱胎于企业法的特殊历史背景更使得用人单位资格与商事主体资格之间具有千丝万缕的联系。最终，在前述历史原因之下，法律制度、理论认识与司法裁判都将用人单位资格的认定与民商事主体资格相联系。

其二，“否定说”强调严格按照劳动法规定的用人单位范围来认定用人单位资格，其实质是对用人单位列举式立法规定的践行与维护。立法对用人单位概念的规定，有概括式和列举式两种立法模式（秦国荣，2015）。前者须对概念的内涵做出准确界定，后者则须对概念的外延予以限制，而劳动立法对用人单位的界定最终采用了列举式立法模式，通过法律、法规、规章和司法解释等法律文件以列举式的模式明确划定了用人单位的外延^③。对内涵空白、外延封闭的列举式立法模式的采用，究其原因，离不开中国劳动法公法私法化历程这一历史背景。法律对“增加利益”一方主体通常会作精确规定，对增加负担主体则多作粗放的规定（董保华，2011）。大部分域外国家，劳动法发端于“市民法”，并逐渐从其中分裂出来（王泽鉴，2002），国家对劳动关系管制加强，立法在这一过程中对增加利益的被赋权主体“劳动者”做了精确界定。与西方私法公法化路径不同，中国劳动法经历了与之相反的过程。中国劳动法改革的起点是国家统一管制一切的计划经济体制，其改革的出发点“并不完全是保护劳动者”，而是要完成“用工自主权”从国家到企业的过渡。因此，被赋权的主体不是“劳动者”而是用工主体的企业。与所有利益既得主体一样，劳动立法也十分明确地列举了被让渡“用工自主权”的主体。

^①如黎建飞（2003）、常凯（2008）、王全兴（2017）等。

^②一方面，通过对民事主体的列举式规定完成对用人单位的界定；另一方面，通过对商事主体资格有无的甄别，完成对经营性“非法用工主体”的界定。

^③一方面，《劳动法》、《劳动合同法》列举了有限的用人单位种类（如“企业、个体经济组织、民办非企业单位等组织”，以及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”）；另一方面，为明晰法条以便司法的适用，国务院、劳动部和司法机关先后出台多个行政法规、部门规章和司法解释，对用人单位这一概念蕴含的主体予以明确（如国务院颁布的《中华人民共和国劳动合同法实施条例》第三条、第四条），并对劳动法中表述的词汇加以解释（如劳动部印发的《关于贯彻执行〈中华人民共和国劳动法〉若干问题的意见》的通知，对“个体经济组织”进行了解释）。上述法定列举的用人单位种类划定了我国用人单位的外延，同时可以看出，专业合作社并不包含其中。

这一特殊的历史背景决定了现行立法对用人单位采取的是外延封闭、内涵空白的立法模式。

由此可见，“肯定说”与“否定说”，这两种常见却又截然相反的认识，都与中国“用工自主权”从国家向企业等用工主体转移的历史背景紧密相关。对历史背景的不同理解，以及其孕育下滋生的中国特色法律制度的不同适用与解释，造就了二者天然的不同，孰对孰错，有待于对法律制度的再次审视、法律逻辑的再次推衍和公平正义的再次衡量。

（二）合理的“肯定说”对形式正义的违反

在司法实践中，绝大多数专业合作社的劳动合同纠纷案件中，法院都坚持“肯定说”，而其主要依据在于专业合作社登记成为独立的法人从而具有了商事主体资格。该说将商事主体资格与用人单位的认定相联系，有利于国家规范劳动市场秩序，保护劳动者合法权益。劳动立法在判定参与市场交易的用工主体用人单位资格时，强调商事主体资格，是劳动法中国家管制对意识自治干预的体现，实乃法律以抬高门槛的形式加强对用工主体的监管，以增强劳动者的保护^①。首先，登记注册，需由公司登记机关发给公司营业执照，载明用工主体相关信息，此乃用工主体向国家和劳动者进行信息披露的重要环节，以便于国家监管和劳动者信息获取。其次，登记注册成为商事主体，需符合这一主体注册资本的要求，在财产和经济条件上一定程度地保障劳动者劳动报酬等预期利益。最后，登记注册成为商事主体，需遵守这一主体相关法律的约束，这些法律本身就包含对用工主体遵守劳动法规的规定^②。

“肯定说”将商事主体资格作为认定用人单位资格的前提，有利于劳动者的保护，符合实质正义的要求。但是在当前的劳动法律制度之下，占主流的“肯定说”存在较大缺陷，不但将商事主体资格等同于用人单位资格，忽略了二者在设立目的、生产资料数额要求、法律价值等方面的差异^③，更重要的是，“肯定说”有违形式理性，具有较大的法理障碍、逻辑障碍。

1. “肯定说”违反现行劳动法对用人单位的立法规定。这主要体现在两方面。

第一，专业合作社不属于法定的用人单位种类。专业合作社依法登记，具有民商事主体资格^④，但专业合作社并不属于立法、行政和司法机关通过的“实施细则”、“通知”和司法解释所列举的用人

^①多部立法都多次强调登记或领取营业执照才能合法用工，以用人单位之一的“企业”为例，《劳动部办公厅关于印发〈企业职工伤亡事故报告统计问题解答〉的通知》和《劳动部办公厅关于印发〈关于劳动法若干条文的说明〉的通知》对企业的界定中，都强调其必须获得“工商行政管理部门的登记注册”。是否具备合法的经营资格是判断经营性用工主体合法与否的重要标志，不具备合法经营资格将构成非法用工。

^②如《公司法》，该法第十七条本身就要求公司保障职工的利益，签订劳动合同、参加社会保险、保障生产安全，加强职工培训；第十八条还对公司应遵守《工会法》做出了规定。

^③王全兴（2017）就曾指出用人单位资格意在实现劳动者权益，从使用价值角度对用工主体必备生产资料提出基本要求；商事主体资格设立目的在于实现市场交易，从保护交易安全的角度对生产资料数量有较高要求。秦国荣（2016）则指出用人单位资格有符合法定规定的形式正义要求，而商事主体资格更多的是需符合交易安全的实质正义要求。

^④《民法总则》出台前，理论界对专业合作社的民商法地位众说纷纭，但《民法总则》出台后，依据第九十六条和一百零一条的规定，专业合作社从民商法地位而言应属于“特殊法人”。

单位种类^①，也不属于用人单位法定范围内的“企业”^②或“民办非企业单位”^③。因此，“肯定说”并未严格依据劳动立法中用人单位的范围进行判决。

第二，“肯定说”的判决思路与立法之间存在矛盾与冲突。在立法层面，《劳动法》、《劳动合同法》是通过对用人单位的民事主体列举和通过对经营性用工主体商事资格的要求，最终划定出用人单位的范畴：首先，依据《劳动法》和《劳动合同法》第二条的规定，通过法定的“民事主体”种类规定用人单位范畴，可见立法从民事主体资格的角度认定用人单位^④。其次，依据《劳动合同法》第九十三条的规定，认定经营性“非法用工主体”的法律依据应为不具有“商事主体资格”^⑤（如表8所示）。对于非经营性“非法用工主体”，《劳动法》、《劳动合同法》未明确规定，依据劳动与社会保障部出台的《非法用工单位伤亡人员一次性赔偿办法》第二条的规定，是从民事主体角度对其进行界定。

对于“专业合作社”而言，其虽有互助的行为基础，但内在受营利性驱使进行生产，外在具有营业外观形式，仍应将其归于商人制度进行调整（郑景元，2018）。司法实践占主流地位的“肯定说”，对专业合作社用人单位的认定，虽基于其营利性，从商事主体资格的有无判定用人单位资格的有无，但未契合于《劳动法》、《劳动合同法》第二条从民事主体资格角度认定用人单位资格的立法思路。“肯

^①通过法律、行政、司法文件认定的用人单位范围包括：“企业、个体经济组织、民办非企业单位”、“依法成立的会计师事务所、律师事务所等合伙组织和基金会”、“依法取得营业执照或者登记证书的劳动合同法规定的用人单位设立的分支机构”或受用人单位委托的“未依法取得营业执照或者登记证书的”分支机构，以及“与劳动者建立劳动关系”的国家机关、事业组织、社会团体。参见《劳动法》第二条、《劳动合同法》第二条、《中华人民共和国劳动合同法实施条例》第三条、第四条。

^②专业合作社并不属于现行立法规定的用人单位中的“企业”。首先，其不属于劳动部办公厅关于印发《关于〈劳动法〉若干条文的说明》通知中列举的“企业”类型，即“工厂、农场、公司等”。其次，专业合作社虽参与市场经营，但自身具有不同于企业的“互助性”特征。

^③《民办非企业单位登记管理暂行条例》第二条规定民办非企业单位是指“从事非营利性社会服务活动的社会组织。”专业合作社是具有营利性质的互助性经济组织，不属于用人单位中的民办非企业单位。

^④《劳动法》在出台之前，中国民商事领域最主要立法为《民法通则》，《公司法》尚未出台，劳动法第二条规定的用人单位范围主要和民事主体相呼应。《劳动合同法》出台后将“民办非企业单位”列为用人单位。而依据《民办非企业单位登记管理暂行条例》第二条的规定，“民办非企业单位”是“从事非营利性社会服务”的社会组织，“不具有营利性”的规定，表明其民事主体而非商事主体的身份。因此，从《劳动合同法》第二条对用人单位范畴的规定可以看出，用人单位资格并未与商事主体资格相对应。

^⑤《劳动合同法》第九十三条规定了“不具备合法经营资格的用人单位”违法行为需承担法律责任，该条被普遍认为是为“非法用工主体”法律责任进行规定条款，如董保华（2011）。该条不仅规定了“非法用工”的法律责任与后果，也体现出立法对“不具备合法经营资格的用人单位”属于“非法用工主体”性质的界定。而所谓“合法经营资格”即是对营业资格的要求，营业与否是商事主体与民事主体的主要区别，因此，劳动立法实质上从商事主体资格角度对“非法用工主体”进行界定，当然这主要是针对参与营业的经营性“非法用工主体”。

定说”所采取的商事主体资格认定思路乃是认定经营性用工主体是否为“非法用工主体”的思路，而非认定用人单位资格的思路。

表 8 立法机关和司法机关对用人单位界定的角度

界定角度	法律规定	司法实践
从民事主体资格角度界定	用人单位 非经营性“非法用工主体”	否定说（用人单位）
从商事主体资格角度界定	经营性“非法用工主体”	肯定说（用人单位）

2. “肯定说”法律适用中存在逻辑错误。若追根溯源“肯定说”司法逻辑法律依据的来源，那应该是《劳动合同法》第九十三条，因为这一条将商事主体资格与用工主体相联系。“肯定说”不仅存在法律适用错误，将经营性“非法用工主体”的判定标准等同于用人单位判定标准，而且肯定说“因专业合作社具有商事主体资格而认定专业合作社属于合法用工主体”的认识，也存在法律适用中的逻辑错误。

“如果专业合作社‘具有商事主体资格’，那么专业合作社为合法用工主体”从法律逻辑的角度看是个伪命题。专业合作社谋求营利，参与经营，因此对其是否是非法用工主体，依据九十三条进行认定，并无错误。依照第九十三条的规定，对于经营性用工主体，“不具有商事主体资格”为非法用工主体。假设“不具有商事主体资格”为 P ，“非法用工主体”为 Q ，依据形式逻辑中的假言推理，那么 P 是 Q 的充分条件，但不是必要条件，原因在于 Q （“非法用工主体”）不仅仅包括 P （“不具有商事主体资格”），还包括招聘童工的用人单位等^①。因此，根据充分不必要条件之间的关系，如果 P （“不具有商事主体资格”），就 Q （“非法用工主体”），只能得出：“ $-Q \rightarrow -P$ ”，即如果不是“非法用工主体”，那么就“具有商事主体资格”；不能推理出“ $-P \rightarrow -Q$ ”，即不能得出“如果专业合作社‘具有商事主体资格’，那么专业合作社为合法用工主体”的结论。如图 1 所示， P 是 Q 的充分不必要条件，那么 $P \subseteq Q$ ，“具有商事主体资格”的“ $-P$ ”既可能是 Q 以外的区域即“合法用工主体”，也可能是“ Q 以内、 P 以外的区域”。因此，无法保证“具有商事主体资格”的专业合作社一定属于“合法用工主体”。故而“肯定说”在法律适用中存在法律逻辑错误。

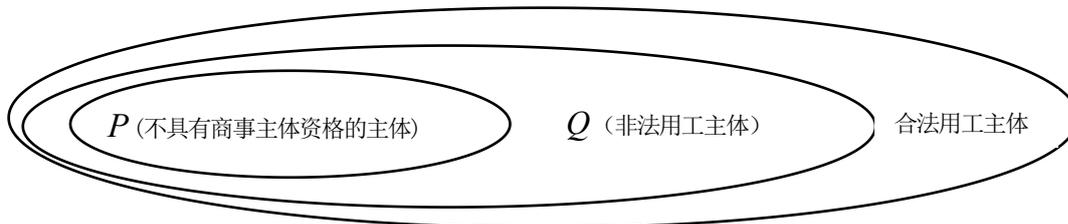


图 1

^①《非法用工单位伤亡人员一次性赔偿办法》（2011 年）第二条规定，非法用工单位伤亡人员是指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、备案的单位受到事故伤害或者患职业病的职工，或者用人单位使用童工造成的伤残、死亡童工。

（三）合法的“否定说”对实质正义的偏离

从以上论述可见，“肯定说”在形式理性上难以周延。与“肯定说”缺乏形式理性不同，“否定说”严守成文法规定加以裁判，符合法理的要求。然而，严格遵从法律规定的“否定说”在符合形式理性的背后却存在着对实质正义的违反，其根本原因正是在于“否定说”所严格遵循的劳动立法中用人单位“内涵空白”的列举式规定存在问题。

用人单位的列举式立法规定是非法用工泛滥的直接原因。其一，列举式立法规定不能及时将新出现的用工主体纳入用人单位。经济社会的发展使得用工主体的种类远远超过劳动法规定的种类。任何法定种类之外的用工主体，既不属于法定用人单位的范围，也不能依据用人单位概念的内涵将其纳入劳动法调整的范围，其结果只能成为非法用工组织。立法的滞后性“导致部分具备劳动关系实质内容的法律关系无法认定为劳动关系”（董保华，2013），使得“立法者精心构建起来的劳动法大厦，完全可能因为一块小小的砖头被抽动而轰然倒塌（董保华，2011）”。其二，赋权思想下的列举式立法规定让法定用人单位被劳动法苛以法责，让非法用工主体逍遥法外。《劳动法》制定之初，立法者怀揣着“企业法”的赋权思想，赋予用人单位用工自主权。然而《企业法》的赋权思想与社会法施加负担的实质，发生了矛盾与冲突。立法的“赋权”结果却是“被赋权者”对劳动法义务的承担，以及“未被赋权者”（即非法用工主体）的免于担责。这反映出企业法与劳动法相分离后，立法者未深刻认识到劳动法社会法属性的问题。时至今日，这种思想也仍未完全改变，劳动立法中用人单位的规定仍未得到完善。非法用工在此种规定下，呈现出肆意泛滥之势。

在用人单位列举式模式下成为非法用工的主体，将承担比合法用人单位更低的用工成本。“非法用工”关系曾一度被认定为雇佣关系仅由民法调整（王全兴，2017），《劳动合同法》出台后，将其称之为“不具备合法经营资格的用人单位”纳入第九十三条进行规定。此举虽加强了对非法用工中劳动者的保护，但与普通劳动者保护相比，仍显不足。通过对非法用工劳动者法定收益^①与合法用工劳动者法定收益的对比分析发现（如表9所示）：非法用工主体中劳动者获得的固定收益和可能收益都低于合法用工主体中劳动者获得的收益^②。首先，就劳动者固定收益而言，非法用工主体中劳动者依法可获得的赔偿包括劳动报酬、经济补偿金和赔偿金，虽经济补偿金是二者都可以获得的^③，但非法用工

^①根据《劳动合同法》第九十三条的规定，“不具备合法经营资格的用人单位”应支付劳动者的劳动报酬、经济补偿金、赔偿金以及承担“对劳动者造成的损害的赔偿责任”。“对劳动者造成损害的赔偿责任”可依据《非法用工单位伤亡人员一次性赔偿办法》进行赔偿，即需要支付“受到事故伤害或者患职业病的职工”治疗费用和一次性赔偿金，赔偿标准不得低于工伤保险待遇。参见《非法用工单位伤亡人员一次性赔偿办法》第三、五、六条；《工伤保险条例》（2011）第六十六条。

^②劳动者的固定收益是指被合法用工主体或非法用工主体雇佣的劳动者，依据法律规定获得的法定收益或法定赔偿；劳动者的可能收益，则是指只有在用工中出现某种特定情况劳动者才可获得的赔偿与收益，如非法用工中给劳动者造成损害时需进行的赔偿。

^③依据《劳动合同法》第四十六条的规定，合法用工中的经济补偿金在劳资双方解除合同时支付的概率极高，除劳动者

主体中劳动者获得的劳动报酬赔偿不受最低工资限制，且非法用工主体中劳动者获得的赔偿金远远低于合法用工情形下可获得的其他固定收益，如加班费、养老保险待遇、职工基本医疗保险待遇、公积金以及基于法律规定（试用期保护规定、最低工资规定和签订无固定期限合同规定等）而产生的利益。其次，就劳动者的可能收益而言，非法用工主体的劳动者只有在其受到损害时候，才能获得不低于工伤待遇的赔偿，而合法用工主体中劳动者的可能收益除了工伤待遇以外，还包括经济赔偿金^①、双倍工资、失业保险待遇、生育保险待遇等。从非法用工主体与合法用工主体的劳动者的法定收益对比分析可见，立法对非法用工主体中的劳动者保护力度低于普通劳动者，这是极其不公平的。

表9 非法用工主体与合法用工主体的劳动者法定收益的对比表

收益类型	是否相同	非法用工主体劳动者收益	合法用工主体劳动者收益
固定收益	同	经济补偿金	经济补偿金
	异	劳动报酬 赔偿金 无	劳动报酬（不低于最低工资） 无 加班费（受工时制度限制）；养老保险待遇；职工基本医疗保险待遇；公积金；基于法律规定（试用期保护规定、最低工资规定和签订无固定期限合同规定等）而产生的利益
可能收益	同	因自身遭受损害而获得的赔偿	工伤待遇
	异	无	经济赔偿金；双倍工资；失业保险待遇、生育保险待遇

综观司法实践，“肯定说”将劳动者劳动权保护置于优位，但难以在合法性中自洽；“否定说”表面遵从法理、合乎法律，但严守法规的背后，实则因循守旧，执拗于早期的赋权思维而阻碍劳动立法对新生用工主体劳动者的保护。司法机关所持的“肯定说”与“否定说”皆难以将合法性与合理性兼容，此乃当前司法实践中专业合作社用人单位资格认定的困境。

四、司法窘境折射出的法制缺陷及制度革新

立足于现行制度框架内，“肯定说”缺乏制度支撑，而“否定说”囿于制度缺陷而难于鼎故革新。追根溯源，“肯定说”和“否定说”的谬误都源于当前用人单位统一认定标准的缺失。这种由制度缺位导致的司法适用上的不确切，可能因个体法官裁判中不可避免的主观性而增加判决的随意性，进而减损了法律的稳定性，极大浪费了宝贵的司法资源。要限制这种随意性，必须进行科学、客观、公正的制度设计。用人单位的认定问题乃是劳动法的基础性问题，要解决专业合作社用人单位资格认定问题，在劳动权保护优先价值取向之下，变革劳动立法中用人单位的立法规定、赋予用人单位以崭新的定义

辞职的情况下，用人单位解除劳动合同时几乎都应支付经济补偿金，因此将其作为合法用工的固定成本。

^①根据《劳动合同法》第四十八条、第八十七条的规定，用人单位违反本法规定解除或者终止劳动合同，劳动者不要求继续履行劳动合同或者劳动合同已经不能继续履行的，应当依照本法第四十七条规定的经济补偿标准的二倍向劳动者支付赔偿金。

才为本清源之举。

（一）用人单位立法模式的变革

用人单位的立法模式应以“概括式”取代“列举式”。在现行列举式的封闭立法模式之下，要将专业合作社纳入劳动法用人单位的范围，立法可萧规曹随，循以往方式，出台新的司法解释、行政法规、行政规章或修改劳动法律，将其纳入用人单位范围。但是，此种方式会使法律滞后于社会发展，使得专业合作社的用工关系不能及时纳入劳动法的规制，不利于保护劳动者。尽管为绳愆纠谬，地方可以出台地方性立法或司法文件，以“打补丁”的方式扩大用人单位范围，但始终治标不治本（董保华，2011）。面对再次出现的新型用工组织，立法仍旧力不从心。为根治此类问题再次出现，在立法思路，应赋予用人单位概念以清晰明确的内涵和弹性开放的外延。明晰的概念是司法机关按图索骥，将新生用工主体及时纳入劳动法的关键。在赋予用人单位确定内涵和开放式外延基础上，可通过例外的规定，将不适用劳动法规定的民商事主体排除在用人单位的范围之外，如自然人、农村承包经营户等。

（二）劳动法用人单位资格认定标准的厘定

立法模式从列举式到概括式之更迭、革新中，用人单位本质与认定标准乃至至关重要的一环。考察域外立法，劳动法主体须历经三次界定，除共同雇主的认定外，其中最重要的两次界定在于：依规模大小和依从属性对劳动法主体加以认定（董保华，2005）。域外立法经验为中国劳动法用人单位资格认定提供了有益的启示：第一，抛开身份之别，重点关注用人单位用工行为之实质认定；第二，关注不同大小、强弱的用人单位承担统一的劳动基准而导致的实质不公，进而依据劳动法分层分类保护的思想，将小微用工主体排除在用人单位范围外，或施行较低的劳动基准。

1. 以行为认定为主、身份认定为辅的用人单位认定标准

（1）用人单位界定应以行为认定为主

对用人单位进行界定的方式有两种：一种是从身份的角度进行认定；第二种是从行为的角度加以界定。那么，何以要以行为认定为主的方式来界定用人单位？

现行立法对用人单位种类逐一列举的方式，以及对劳动关系成立时双方主体资格适格要求的规定^①，正是通过身份对用人单位资格予以认定的体现。列举式立法模式下，此种从身份角度探寻用人单位资格的方式，因对用工行为不进行实质审查（王倩，2017），最终难以把握用人单位的内涵实质。而与之相反，概括式立法模式下，用人单位本质内涵的界定标准将关注点转移到用工主体本身是否存在具有从属性的实际用工行为上来了。域外就有不少国家从雇佣行为角度界定“雇主”这一概念。如加拿大将“雇主”界定为“雇佣1个或多个职工”的人，日本将“处理企业中有关工人事宜的人”称为“雇主”，西班牙和台湾地区也有类似规定（许建宇、陆娟芳，2006）。

对于专业合作社而言，其种类繁多^②，不同类别的合作社具有不同性质，鉴于专业合作社种类的

^①参见《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）第一条。

^②从合作社形成方式上，既可以是由农民创建，也可以是由政府或集体经济组织引导或联合创办，还可以是龙头企业以“企业+专业合作社+农户”的形式引导创办；从其组织结构上看，则可以分为与社员联系紧密且管理规范型合作社、具

纷繁复杂与运营模式具象的千差万别，若劳动法借由以往用人单位身份识别的认定方式予以识别，则难以穷尽所有类别；若通过列举式规定，直接将专业合作社增列为法定用人单位种类，则未对林林总总的专业合作社之间的差异予以甄别，实为简单粗暴的立法方式。故而，对专业合作社用人单位资格的识别难以通过身份认定完成，只能从专业合作社的实际雇佣行为加以界分。对于专业合作社的雇佣行为，在法律层面上，《专业合作社法》多个条文映射出专业合作社可以雇佣劳动者的信息^①。据此，劳动立法须变革与完善用人单位认定标准，需依据其雇佣行为的性质对专业合作社用人资格加以认定，以求与其他部门法有效衔接。从司法层面看，司法机关已开启从行为认定专业合作社用人单位资格的大胆实践。如前述表3所示，虽未入劳动法法定用人单位种类之列，但部分持“肯定说”的法院眷注劳动者利益，基于专业合作社在劳动过程中对其进行管理并支付报酬的行为，认定专业合作社具有用人单位资格。从这一判决的逻辑理路上看，法官正是挣脱法定用人单位种类拘束，关注“实际用工行为”。

在以雇佣行为认定为主确定用人单位资格的基础上，对关乎用人单位资格雇佣行为的认定应采取何种标准加以认定？

劳动合同乃是判别用工主体雇佣行为存在之重要标志。尽管一纸书面合同可使劳资双方关系明晰与澄澈，然而农村熟人社会特性（费孝通，2013）使得农业雇佣劳动中的人们较少签订劳动合同（鲁先凤，2008），以专业合作社为代表的新型农业经营主体事实劳动关系的数量不可小觑。在未签订劳动合同的情况下，在专业合作社事实劳动关系认定中，工作过程的控制管理与劳动报酬的支付应是判定雇佣行为的关键。

用人单位的认定与劳动者的界定休戚相关，域外不少国家就是通过界定劳动者进而界定用人单位（董保华，2005）。因此，对于雇佣行为的判定可从劳动者从属性的认定中加以观照。《劳动法》、《劳动合同法》基于对书面合同形式的严守，并未明确规定从属性的认定标准，甚至连事实劳动关系也未明确认同，只是从其字里行间嗅得默认的气息^②。目今，实践中对从属性的认定标准主要是基于2005年劳动和社会保障部出台《关于确立劳动关系有关事项的通知》（以下简称《通知》）第1条、第2条。其中，《通知》第1条规定的三个要件^③中第2项要件（“接受用人单位管理，遵守规章制度并获得报

有股份倾向型合作社以及松散型合作社（刘伯龙，2013）。

^①如第五十二条对专业合作社破产清算时应制定清偿员工工资和社保费用的方案的规定；再如第三十五条规定对经理、财务会计人员和其他人员聘任程序的规定，都从侧面承认了专业合作社对劳动者的雇佣行为。

^②如《劳动合同法》规定自“用工之日”用人单位与雇员成立劳动关系的规定、未签订劳动合同适用双倍工资的规定、以及“用人单位用工时，因未签订劳动合同对劳动报酬约定不明确的，适用集体合同规定的标准”的规定等。参见《劳动合同法》第七条、第十一条、第八十二条。

^③《关于确立劳动关系有关事项的通知》（劳社部发[2005]12号）第一条规定：用人单位招用劳动者未订立书面劳动合同，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

酬”)和第3项要件(“成为用人单位的组织的一员”),是从属性认定的主要标准。《通知》第2条对认定劳动关系可参照的多项凭证的规定,实质是用于考察第1条中从属性的存在与否。基于从属性认定标准的规定,与之对应的雇佣行为认定则需以下条件:首先,雇佣行为须以组织为主体招录劳动者,并对劳动者的工作内容予以分工,让不同劳动者成为科层机构中的一个环节;其次,用人单位在雇佣行为中,须基于劳动规章与纪律对劳动者进行管理;最后,对劳动者劳动予以报酬。但是值得探讨的是:对用人单位雇佣行为的界定是否必须同时满足上述条件?满足其中条件之一是否可以认为雇佣行为?雇佣行为的上述认定条件是否有主次之分?

从法律层面看,《通知》第1条明确要求成立事实劳动关系必须同时具备该条规定的三要件。虽然学界不少学者认为《通知》第1条是司法实践中事实劳动关系的认定标准,如王天玉(2016a),并将第2项和第3项要件作为判断从属性的关键,但从该《通知》的属性上分析,其仅属部门规章,仅在劳动行政部门具有法律效力,并不是司法机关判决的必须法律依据,只可以作为判决说理的依据^①。通过对前述样本案件的统计分析^②发现:第一,尽管《通知》第1条明确成立事实劳动关系必须同时具备该条规定的三要件,但司法机关参照《通知》第1条进行认同时,却并非要求“同时”具备这三项要件。样本案例中仅有26.39%的案件,对《通知》第1条规定的三要件同时进行了审查。第二,司法机关对从属性的考察中,更侧重于第2项要件“规章制度适用于劳动者,劳动者接受用人单位的管理,从事其安排的有报酬的劳动”的考察,样本案例中有65.28%的案件对这一要件进行过审查,其中有20.24%的案件仅仅对该要件进行审查后,就对劳动关系的有无进行了判定。第三,对于第3项要件“劳动者提供的劳动属于用人单位业务的组成部分”,样本案例中除去同时对三个要件进行审查的26.39%的案件外,仅有0.097%的司法机关在审判过程中单独或附带对这一要件进行了考察。

从属性的认定标准,学界将其概括为三种,即人格从属性、经济从属性和组织从属性(王天玉,2016b)。《通知》第1条第2项对“劳动过程的管理行为”与“报酬支付行为”的考察,即是对人格从属性、经济从属性界定的体现,而第3项对组织成员身份的界定则是组织从属性的认定要求。以上分析结果表明在认定专业合作社的用工关系时,大部分司法机关都未采纳同时兼具人格从属性、经济从属性和组织从属性的认定方式。司法机关更重视人格从属性、经济从属性的审查,对组织从属性的认定较少。上述发现从侧面为雇佣行为认定制度的设计提供了借鉴:第一,司法机关对组织从属性的

劳动者提供的劳动是用人单位业务的组成部分。

^①首先,部门规章并不是司法裁判的必须依据。最高人民法院《关于裁判文书引用法律、法规等规范性文件的规定》(以下简称《规定》)第三条规定民事判决书应当引用法律、法律解释或司法解释。对于应当适用的行政法规、地方性法规或自治条例和单行条例,可以直接引用。其中并无提及“部门规章”。依据《规定》第五条,只有行政判决书才可以直接引用部门规章。其次,依据《规定》第六条,部门规章可以作为判决说理的依据。

^②从218个案件中,排除司法机关未进行从属性审查的案件后,共获得49个对专业合作社与劳动者之间的从属性进行考察的案件。其中,对部分经历了一审、二审乃至再审的案件,将其经历的不同审级的司法机关的判决认定意见分开计算,最终共获得72个司法机关关于从属性认定标准的意见。

较少运用,反映出在“零工经济”盛行,“劳务外包”风靡的当今社会,通过组织从属性来认定双方用工关系具有难度。因此,以是否“让劳动者成为其机构中的一个环节”来认定雇佣行为的有无,也因此变得困难与不切实际。第二,这反映出组织从属性,相较其他两项而言,处于次要地位,组织从属性实质上仅是人格从属性、经济从属性的另一种反映,立法没有将其单列为一项的必要(王天玉,2016b)。因此,对于雇佣行为而言,其认定标准的关键在于用工主体是否对劳动者进行工作指示或对其劳动过程进行监督和管理,以及是否为其定期支付劳动报酬上。

(2) 用人单位界定以身份认定为辅

从用人单位的权利能力上看,对用人单位身份的要求,应制定宽泛的身份认定标准。当前立法采用的用人单位界定方式是列举式立法模式。此种模式的弊端已极其明显,因此立法应转而采用概括式立法下“肯定大多数,否定少部分”的立法方式。将依法登记注册的民商事主体纳入用人单位范畴的同时,对法律需要排除的主体作出“例外规定”。

对于法律的“例外规定”,主要有两层含义:一是对需要排除在用人单位之外的组织体^①,立法应单独作出例外规定,如家庭、农村承包经营户等^②。二是基于劳动安全的考虑,对劳动安全危险性较强的行业,还应设定特殊的门槛,要求其在成为合法用人单位之前,具有劳动安全卫生资格等必需资质(谢德成,2005)。

从用人单位行为能力上看,用人单位身份的识别中,不可舍弃“依法登记注册”的民商事主体资格的要求。民商事主体资格是用人单位资格的前提和基础。农村承包经营户与个体工商户在劳动法上不同的法律地位,即表明了这一点^③。商事主体资格,对参与市场交易的组织用人单位资格的获取,至关重要。在获得商事主体资格的情况下,这一组织才能独立承担责任(包括对劳动者的责任),而非最终由其组织成员来承担。“肯定说”正是因为将用人单位资格与商事主体资格相联系的做法有利于劳动者保护,才具有了实质合理性,这将成为法律改革的方向。此外,“非法用工”的规定实质关涉民法主体资格与用人单位资格的关系。为督促用工主体的依法登记注册,将用工主体置于国家的监督之下,法律应加重非法用工的行政处罚责任,使得非法用工组织承担的用工成本高于合法用工。对于非法用工主体中劳动者,也应加大其保护力度。^④

^①用人单位必须为组织体。与域外雇主的认定不同,我国将自然人排除在用人单位资格之外,原因在于自然人之间的隶属性、从属性关系在中国法律制度的社会主义属性面前是被绝对禁止的。

^②家庭、农村承包经营户,从其最终的责任承担者而言,仍然是成员个体,因此本质上与自然人无异,也应排除在用人单位范围之外。

^③农村承包经营户因具有自然人的属性而被《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(二)》第七条排除出用人单位的范围。但是个体工商户从实质上看也属于承担商业经营风险、自负盈亏的自然人,却是立法明文规定为用人单位之一。农村承包经营户与个体工商户的最大区别在于是否登记注册获得商事主体资格。

^④虽然《劳动合同法》第九十三条对非法用工的规定置于“法律责任”一章中,表明了非法用工虽不构成劳动关系,被雇佣的劳动者仍然受到劳动法的保护,有其进步意义与合理性。但该条的不足在于对劳动者保护力度不够。立法应加强

2. 劳动法分层分类调整理念下, 依据规模大小, 用工主体用人单位资格的再认定。从劳动法分层调整的视角看, 将专业合作社等农业经营组织纳入用人单位范畴是保护劳动者的迫切诉求。社会转型背景下, 有学者认为当今社会分为十个阶层(陆学艺, 2006)。不同社会阶层, 在就业中对劳动法保护有着不同的诉求。底层的人, 对劳动法的需求在于顺利被劳动法纳入其中, 依靠最低工资、工时限制等劳动基准法维护自身权益。然而, 当前中国劳动法属于“高标准、低覆盖”的保护模式。劳动法实际上是对高层次劳动者“锦上添花”式的保护, 对底层劳动者则保护不力^①(董保华, 2011)。上述十个阶层中, 产业工人阶级处于第八阶层, 农业劳动者处于第九阶层。专业合作社雇佣的劳动者, 在“劳动法仅调整第二、第三产业劳动关系”的传统观念之下, 难以被归类于产业工人, 也区别于传统农民, 因此, 对其所属阶层, 应定位于第八阶层与第九阶层之间。这是一个比较底层的阶层, 因此, 要解决其劳动法的保护问题, 首要且迫切的任务在于解决专业合作社用人单位资格认定问题, 并最终通过劳动基准法的实施维护劳动者权利, 以实现农业雇佣劳动者的劳动法保护水准向产业工人靠拢。

但是值得注意的是, 在变革立法模式, 将专业合作社等农业用工主体纳入劳动法调整后, 部分用工主体可能因劳动法用人单位责任而增加用工成本, 最终不堪重负。一个用工主体用人单位资格的认定涉及到劳动者劳动权保护与用工主体用工成本利益平衡问题。对于哪些主体应纳入劳动法的用人单位, 董保华曾指出“作为一种主体资格的考虑, 应当是两方面, 从劳动者方面看, 在一个具体的法律环境下, 其是否真的是弱势, 需要以倾斜立法的方式来进行保护; 从用人单位来看, 其所处的行业和规模, 是否能够成为倾斜性保护的负担主体(董保华, 2011)”。对于专业合作社中的劳动者, 具备劳动者的从属性, 其弱势地位不言而喻, 但另一方面, 从目前的实际情况考虑, 农民专业合作社目前尚处于起步阶段, 规模普遍较小, 盈利较为微薄, 相应的用工配套政策措施缺乏, 需要一定政策扶持, 如严格依照劳动法、劳动合同法及相关的规定来要求农民专业合作社, 不利于促进农民专业合作社的发展。如何平衡劳动权与经营权关系, 化解二者矛盾, 是劳动法作为社会法所探索的目标之一。在用人单位列举式规定和劳动基准保护“一刀切”的模式下, 用工主体形形色色与劳动者千差万别, 使得这一痼疾更难以根治。据此, 应变革劳动立法整齐划一的调整理念, 基于劳动关系分类保护的视角, 根据专业合作社等用工主体的规模, 对其用人单位资格进行二次认定。

不同用工主体之间具有较大差异, 从雇佣行为出发对用人单位资格进行界定, 将使得所有具有实际用工行为的用工主体纳入用人单位的范畴, 其中包括不少规模较小的用工主体。若不加选择, 将矫枉过正, 使得小微用工主体不堪重负。谢德成(2016)就曾指出, 劳动关系主体之一的“雇主”在全

对该类劳动者的保护, 使其享有的利益不低于普通劳动者, 比如享有对非法用工组织应支付的社会保险费同等价值的利益追偿权, 等等。

^① 在现行模式下, 能被纳入劳动法用人单位调整的单位, 往往都是能负担“高标准”的劳动基准要求的经济效益较好的用工主体(比如国有企业)。而其他经济效益不好的用工单位, 因无力承担劳动法规定的“高标准”用工标准, 往往采取非法用工或“非典型用工”等形式逃避责任。因此, 这些单位工作的劳动者, 往往因为用工单位不属于劳动法的用人单位或因劳动方式属于“非典型劳动”而难以被劳动法保护。

球化与经济改革的浪潮中出现了分层现象。据此，用人单位资格的认定应因用工主体的不同而异。

纵观他国，不少国家和地区在雇主认定中，将规模较小的用工主体排除在劳动法适用的范畴之外，这体现出劳动法对不同劳动关系分类调整的立法理念^①。就农业用工关系中雇主的认定，农业发展水平较高的美国对农业小企业也作出了部分豁免适用劳动基准法的规定：首先，《公平劳动标准法》（“Fair Labor Standards Act”）规定“在上一日历年内的任何日历季度内，没有使用超过 500 个工日（man-days^②）的农业劳动力”的雇主，不适用该法最低工资及最高工作时数的规定；《迁徙和季节性农业工人的保护法》（“The Migrant and Seasonal Agricultural worker protection Act”）也规定豁免此类雇主适用该法对农业工人保护的规定。其次，《公平劳动标准法》规定，雇佣“种植或照管树木的雇员”、“巡逻的雇员”、“从事测量工作的雇员”、“伐木的雇员”、“运输原木、其他林业产品到工厂、树木加工厂、铁路站或其他运输码头的雇员”的人数不超过 8 人的雇主，不适用《公平劳动标准法》最高工时的规定。

中国劳动法在用人单位范围的确定与适用劳动基准标准上，也应借鉴分类调整理念，改变不区分劳动主体的“一刀切”调整模式，对小微型用工主体作出特殊规定。这一点对于经济效益差、难以在与公司的市场竞争中取胜（郑景元，2018）的专业合作社而言尤其重要。对于专业合作社若仅仅依据实际用工行为，一概认定为用人单位，那么将使大量规模较小的专业合作社负担过重。首先，规模小的专业合作社资金少，若适用当前“一体适用、同等对待”（谢增毅，2017）的劳动法基准，将陷入经营困难、难以维持的状况。其次，小型专业合作社规模小、雇佣人数少，若履行严苛的劳动法要求（如解雇保护规则），将影响其经营的灵活性。分类调整模式下，应借鉴域外劳动立法实践，通过雇佣的劳动者人数或专业合作社产值等“临界值”标准（沈建峰，2017b）界定出不同类型、规模的用工主体。在此基础上，根据雇佣规模或经济规模的不同，将雇佣人数少、经济规模不大的专业合作社排除在劳动法用人单位范围之外，或者对其适用较低的劳动基准规定，如豁免其“劳动合同书面形式的强制要求与处罚”“规章制度的制定与通过程序”“劳动合同的解雇保护”等劳动法规定的适用（谢增毅，2017）。对具有雇佣行为的专业合作社根据规模采用“适用例外”和“特别规制”的立法模式（王天玉，2017），实现劳动法用人资格的准确认定与劳动基准的准确适用。

此外，在劳动法分类调整的理念下，基于某些农业领域的特殊性，对该领域中农业用工主体（包括专业合作社），应适用不同于其他产业的劳动基准。域外不少国家对农业领域劳动法的适用就有特殊规定，将某些农业领域的雇员排除在部分劳动法保护规定之外，使得该领域内的雇主承担较低的劳动基准要求。如在农业高度发达的美国，首先，在工资和工时的规定上，该国依据《公平劳动标准法》的规定，将部分从事牲畜生产、渔业养殖和捕捞等农业领域的雇员排除在最低工资、最长工作时间适

^①具体而言，域外立法又分为两种情况：一是将其完全排除在劳动法的适用之外，如印度。二是对规模较小的用工主体部分排除劳动基准法的适用，适用较低的劳动基准，如韩国（董保华，2005）、中国台湾地区（黄越钦，2003）；国际劳工组织（ILO）也规定小规模用工主体不受雇员最低年龄的限制（董保华，2005）。

^②《公平劳动标准法》中规定“Man-day”指雇员从事任何农业劳动不少于一小时的任何一天。

用的范围之外。其次，在禁止使用童工的规定上，美国《公平劳动标准法》对农业领域有例外规定。最后，虽然不少国家保护农业工人集体劳动权，如欧盟和德国等，但是美国在《国家劳资关系法》中，基于农业雇主利益，却将农业工人组建工会和罢工的权利予以排除。对于中国而言，当前专业合作社中大量季节性、临时性劳动者雇佣行为性质的界定问题突出，亟待解决，除了劳动法之非全日制用工规定的臻善，更依仗于立法者变革“一刀切”式立法思想下，基于分层分类调整理念，借鉴他国，对农业领域用工工时予以特殊规定。

概言之，以专业合作社为代表的农业用工主体的劳动法的准确适用，事关千万农业工人的权益保障，也关涉无数农业经营组织的发展。为实现专业合作社用人单位资格的准确界定，在劳动法用人单位列举式立法迈向概括式立法的进程中，应对用人单位资格进行二次界定：第一次，通过行为认定为主的方式，将实施了雇佣行为导致劳动者从属性的用工主体认定为用人单位，与此同时，对其从身份上进行审核，关注其是否具有民商事主体资格以及是否属于劳动法排除在外的用工主体。第二次，对通过第一次审核的用工主体所属行业、规模大小进行考察，最终判定其用人单位资格，并执行适当的劳动基准。唯有两重界定的有机结合与精准适用，才可准确划出用人单位这一劳动法主体广袤的疆域。

五、余言

司法实践中对专业合作社用人单位资格的认定存在分歧。当前大部分司法机关所持的“肯定说”，主要基于专业合作社具有商事主体资格而认定其为合法的用工主体，虽客观上有利于劳动者保护，但存在较大的法理障碍和逻辑缺陷；“否定说”严守劳动法规定的用人单位种类，虽符合形式理性，却不利于新生用工主体劳动者的保护。“肯定说”、“否定说”陷入了合法性与合理性难以兼得的困境，其背后存在的制度藩篱在于劳动立法对用人单位内涵空白、外延封闭的列举式立法模式。用人单位立法模式亟待从列举式向概括式革新。在用人单位概括式立法模式下，用人单位统一清晰的界定标准亟待出台，用人单位当前的身份式认定标准，应向以行为认定为主、身份认定为辅的认定标准转变，这是排除专业合作社成为合法用工主体立法障碍的关键。与此同时，劳动法中用人单位范围的确定，也是经济社会中劳动权与发展权价值博弈、衡量与平衡的结果。劳动法基于专业合作社雇佣行为的存在将其纳入用人单位范畴加以规制的同时，也应从实质正义出发打破形式平等的束缚，用劳动法分层分类调整的理念支撑目今“一刀切”式法律调整模式的革新。依据专业合作社等用工主体的规模，对其用人单位资格进行二次识别，免除小微用工主体的用人单位责任或降低其劳动基准要求。以专业合作社为代表的新型农业经营主体是农业现代化和乡村振兴的中坚力量，其包括用人单位资格认定在内的用工关系问题较少获得劳动法学界的关注，显示出理论研究落后于时代的蹒跚步伐，期待更多的学者对农业用工关系予以关注。

参考文献

- 1.程波、吴建国，2016：《美国农业合作社发展的结构、特征及对中国的启示》，《世界农业》第8期。
- 2.常凯，2008：《〈中华人民共和国劳动合同法〉释义》，北京：中国劳动社会保障出版社。

- 3.程延园, 2016:《劳动关系》,北京:中国人民大学出版社。
- 4.董保华, 2005:《劳动合同研究》,北京:中国劳动社会保障出版社。
- 5.董保华, 2011:《劳动合同法立法的争鸣与思考》,上海:上海人民出版社。
- 6.董保华, 2013:《最新劳动争议维权典型案例精析》,北京:法律出版社。
- 7.费孝通, 2013:《乡土中国 生育制度 乡土重建》,北京:商务印书馆。
- 8.郭捷, 2008:《劳动合同法适用范围解析》,《法学论坛》第2期。
- 9.黄越钦, 2003:《劳动法新论》,北京:中国政法大学出版社。
- 10.刘伯龙, 2013:《从善分到善合 农民专业合作社研究》,上海:复旦大学出版社。
- 11.黎建飞, 2003:《劳动法的理论与实践》,北京:中国人民公安大学出版社。
- 12.鲁先凤, 2008:《中国现阶段农业雇工的特征与成因简析》,《理论月刊》第12期。
- 13.李雄, 2008:《劳动者公平分享改革发展成果的困境与出路》,《河北法学》第1期。
- 14.陆学艺, 2006:《当代中国社会阶层的分化与流动》,载《北京日报》网络版6月19日。
- 15.秦国荣, 2015:《劳动法上用人单位:内涵厘定与立法考察》,《当代法学》第4期。
- 16.秦国荣, 2016:《劳动法上用人单位的法学判别:理论与实践的考察》,《政法论丛》第3期。
- 17.沈建峰, 2017a:《劳动法作为特别私法——〈民法典〉制定背景下的劳动法定位》,《中外法学》第6期。
- 18.沈建峰, 2017b:《德国法中按企业规模对劳动关系分类处理的技术与方法》,《中国人力资源开发》第5期。
- 19.王全兴, 2017:《劳动法(第四版)》,北京:法律出版社。
- 20.王倩, 2017:《德国法中劳动关系的认定》,《暨南学报(哲学社会科学版)》第6期。
- 21.王天玉, 2016a:《基于互联网平台提供劳务的劳动关系认定——以“e代驾”在京、沪、穗三地法院的判决为切入点》,《法学》第6期。
- 22.王天玉, 2016b:《经理雇佣合同与委任合同之分辨》,《中国法学》第3期。
- 23.王天玉, 2017:《劳动法规制灵活化的法律技术》,《法学》第10期。
- 24.王泽鉴, 2002:《民法总则》,北京:中国政法大学出版社。
- 25.谢德成, 2005:《用人单位的内涵及法律意义新探》,《云南大学学报(法学版)》第3期。
- 26.谢德成, 2016:《转型时期的劳动关系:趋势与思维嬗变》,《四川大学学报(哲学社会科学版)》第6期。
- 27.谢增毅, 2017:《我国劳动关系法律调整模式的转变》,《中国社会科学》第2期。
- 28.许建宇、陆娟芳, 2006:《论劳动法上的雇主资格》,《浙江工商大学学报》第4期。
- 29.战东升, 2018:《民法典编纂背景下劳动法与民法的立法关系——以“类似劳动者型劳务提供者”的保护为切入点》,《法学》第10期。
- 30.郑景元, 2018:《论合作社自治的商法机制》,《法商研究》第2期。

(作者单位: ¹西南财经大学法学院;

²四川轻化工大学法学院)

(责任编辑: 曙光)

Identification and Qualification of Employers for Specialized Cooperatives: Empirical Investigations and Theoretical Reflections

Zhang Qun Deng Xu

Abstract: In the process of agricultural modernization and large-scale operation, the number of labor disputes in farmers' specialized cooperatives has been increasing in recently years. Although the relationship between specialized cooperatives and their employees is subordinate, specialized cooperatives do not belong to the type of employers as listed in the Labor Law. Influential opinions hold that the judicial authorities make judgments strictly according to the statutory types of employers. However, the judgment results of 218 cases involving the question of whether specialized cooperatives belong to the type of employers show that the majority of the judicial organs hold "yes" to it, which does not support the prevailing view. There are not only regional differences in judgment results, but also a gradual increase in the proportion of "affirmative view" from labor arbitration organs to court of second instance. However, in judicial practice, "affirmative view" and "negative view" both have defects, facing the dilemma of both rationality and legitimacy. The institutional root behind the judicial dilemma lies in the blank connotation of employers and the enumerative legislative mode with closed extension in the labor legislation. In the process of legislative innovation, it would be necessary to change the legislative mode of employers from enumeration to generalization, construct the criteria of qualification of employers with behavior recognition as the main part and identity recognition as the supplement, and, based on operation scale, conduct the identification procedure of employers including specialized cooperatives, according to the concept of classification and adjustment of the Labor Law.

Key Words: Employer; Specialized Cooperative; General Legislative Mode; Hierarchical and Classified Adjustment; Agricultural Modernization