

# 是劳动关系还是雇佣关系——

## 论退休返聘人员的平等就业

潘 峰

**内容摘要** 我国劳动立法未明确退休返聘关系的法律性质,各地对此规定不一,司法实践中退休返聘关系往往被视为民事雇佣关系加以调整,不能适用劳动法,导致退休返聘者权益保障的缺失。本文认为,我国法律应明确承认退休返聘人员是劳动法意义上的劳动者,并通过专门立法保障其平等的劳动权利。

**关键词** 退休返聘 劳动关系 劳动权利

1998年至2006年,我国参加养老保险的离退休人员从2727万人增加到4635万人,基本养老金发放额从1512亿元增加到4897亿元。退休人员的迅速增加给我国社会保险事业带来前所未有的压力,也导致直接从事劳动生产的人员减少,劳动力比例下降。但在五千万退休劳动者中,有相当比例的人继续从事劳动,一般被称为“返聘”。统计表明,我国近1.3亿的60岁以上老年人口中,就业比例为33%。继续就业的收入已成为我国老年人第二位的收入来源。如此庞大的继续就业人口已对我国现行劳动立法构成挑战,引发了社会矛盾与法律冲突。对此,我国立法及司法实践应如何应对,有必要加以研究和分析,重新检讨和改造现行制度。

### 一、退休返聘的国家立法缺位

在《劳动合同法》出台以前,我国法律、行政法规未对退休返聘问题作出专门规定,但也未将其明确排除于劳动法调整范围以外。实践中,上世纪90年代劳动部发布两份规范性文件得到广泛适用。其一,1996年劳动部《关于实行劳动合同制度若干问题的通知》(劳部发[1996]354号)第13条规定:“已享受养老保险待遇的离退休人员被再次聘用时,用人单位应与其签订书面协议,明确聘用期内的工作内容、报酬、医疗、劳动待遇等权利和义务。”其二,1997年劳动部办公厅对《关于实行劳动合同制度若干问题的请示》的复函(劳办发[1997]88号)第2项规定,对被

再次聘用的已享受养老保险待遇的离退休人员,“其聘用协议可以明确工作内容、报酬、医疗、劳动保护待遇等权利、义务。离退休人员与用人单位应当按照聘用协议的约定履行义务,聘用协议约定提前解除书面协议的,应当按照双方约定办理,未约定的,应当协商解决。离退休人员聘用协议的解除不能依据《劳动法》第二十八条执行。离退休人员与用人单位发生争议,如果属于劳动争议仲裁委员会受案范围的,劳动争议仲裁委员会应予受理”。上述文件表明,我国调整退休返聘关系的规范效力层级有限,内容也不完善,仅涉及聘用协议的订立和解除、争议受理等有限的事项,不足以应对复杂的社会生活现实。仔细领会上述规范性文件的精神,其实质是将退休返聘人员与用人单位间的关系视

为民事雇佣关系（劳务关系），当事人的权利义务主要取决于聘用协议，受《民法通则》与《合同法》的调整，不适用《劳动法》。

2007年通过的两部劳动立法在退休返聘问题上也未摆脱失语状态，二者有利于劳动者的条文将不能适用于退休返聘人员。2007年6月29日通过的《劳动合同法》未将退休返聘纳入劳动关系范畴，仍保持着退休返聘属于民事雇佣关系的观念。全国人大常委会法工委参与立法的人员称：“考虑到劳动合同法是规范用人单位与劳动者之间订立劳动合同的法律规范，所以对家庭雇工、兼职人员、返聘的离退休人员等未作规定。”

2007年8月30日通过的《就业促进法》第三条规定：“劳动者依法享有平等就业和自主择业的权利。劳动者就业，不因民族、种族、性别、宗教信仰等不同而受歧视。”依此规定，退休返聘者的权利应获得平等保障，不能因达到退休年龄而遭受歧视。但该条文属于原则性条款，需其他规定予以配合和解释。而该法第二十七条至三十一条作为落实公平就业权利的具体条文，仅保护妇女、少数民族、残疾人、传染病病原携带者、进城务工人员等弱势群体，对退休劳动者的权利保障则未置一词。

## 二、退休返聘引发的主要争议

实践中，退休人员返聘引发的劳动报酬、福利、工伤待遇等纠纷层出不穷。由于缺乏国家层面的法律依据，各地在处理相关

争议时，形成了两种对立的观点，导致相同案件难以获致同样的裁判结果。多数地区实务部门的观点是：退休返聘产生的纠纷不属于劳动争议案件调整范围，应按一般民事法律关系处理。如2004年江苏省高院《关于审理劳动争议案件若干问题的意见》第4条规定：“劳动者办理退休手续后又被其他用人单位聘用，与实际用人单位发生的争议，不属于劳动争议，应作为雇佣合同纠纷予以受理。”但也有不同的调整方式，如上海市劳动和社会保障局2003年发布的《关于特殊劳动关系有关问题的通知》中，退休返聘被视为“特殊劳动关系”，适用劳动法上的工作时间规定、劳动保护规定、最低工资规定。下文以实践中常见的几类纠纷展开分析。

### （一）劳动报酬争议

关于返聘人员的劳动报酬争议主要集中于是否对其适用最低工资与加班工资的规定。2004年劳动和社会保障部《最低工资规定》要求用人单位在劳动者提供正常劳动的情况下，支付给劳动者的工资不得低于当地最低工资标准。而《劳动法》第44条也要求用人单位安排劳动者在工作日、休息日、法定休假日加班时，应分别支付不低于正常工资的150%、200%和300%的工资报酬。但以上规范能否对退休返聘人员适用？除上海、苏州等少数地区外，其他地区的劳动仲裁机构和法院基本上都持否定态度，这就造成了退休返聘人员与普通劳动者权益的失衡。

### （二）工伤待遇争议

退休返聘人员是否享受工

伤保险待遇，实务中完全根据各地的工伤保险实施办法予以处理。部分地方出台的规范性文件将退休返聘人员排除在工伤保险适用范围之外。例如，《厦门市实施〈工伤保险条例〉规定》第十九条规定，属用人单位聘用的离退休人员申请工伤认定的，劳动保障行政部门不予受理。在此情形下，遭受工伤事故伤害的退休返聘者只能选择向法院起诉，依据最高人民法院2003年《关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》第九条主张雇员人身损害赔偿。而雇员人身损害赔偿责任与工伤事故责任在责任主体、构成要件、适用法律、争议解决途径等方面均存在差别，对于劳动者而言，工伤保险制度所提供的人身损害赔偿能够保证及时到位、程序简捷、风险较小。即使用人单位缺乏支付能力，劳动者通过工伤保险即可得到补偿。

### （三）解除返聘协议争议

根据1997年劳动部办公厅对《关于实行劳动合同制度若干问题的请示》的复函，返聘协议的解除不能适用劳动法，用人单位无须向离退休人员支付经济补偿。各地实务部门在争议处理中无一例外地适用了上述文件。但问题在于：《劳动合同法》实施后，经济补偿的适用范围扩大，用人单位解除返聘合同与解除劳动合同将产生巨大的成本差距，导致退休返聘人员与普通劳动者权利的严重失衡。依照《劳动法》的规定，用人单位依法经协商与劳动者解除劳动合同的、提前30日以书面形式通知劳动者解除劳动合同的、因裁减人员

## 劳动关系

而与劳动者解除劳动合同的,应当依照国家有关规定给予经济补偿。而《劳动合同法》增加了用人单位须支付经济补偿的情形:一是规定劳动者依照该法第三十八条规定因用人单位违法解除劳动合同的,用人单位也应当依法支付经济补偿。二是规定劳动合同因下列情形而终止时,用人单位也应当依法支付经济补偿:(1)除用人单位维持或者提高劳动合同约定条件续订劳动合同,劳动者不同意续订的情况外,固定期限劳动合同期满终止的;(2)因用人单位被依法宣告破产,或者用人单位被吊销营业执照、责令关闭、撤销或者用人单位决定提前解散,而终止劳动合同的。上述规范赋予了劳动法所承认的劳动者更充分的权益,但同时也意味着退休返聘人员这样的“法外劳动者”的权益进一步缺失。

### 三、调整退休返聘关系的对策与建议

#### (一) 承认退休返聘人员的劳动者身份

对于退休返聘人员是否应享有劳动者的平等权利,我国长期存在争论。一种有代表性的观点是:超过法定劳动年龄的人不应再从事劳动法意义上的劳动,更不能像一个正常的劳动者那样享受全部的劳动权利,尤其是社会保险权利,否则将对普通劳动者的就业造成不公。国家应在政策上严格限制退休人员就业:退休人员一旦进入就业市场,就不能允许其继续领取退休金、养老保险等社会保障基金,不能享

受劳动者待遇。限制退休人员就业,将腾出大量应属于适龄劳动者的就业岗位,使劳动力市场价格趋于合理化、正常化。

但本文认为,我国法律应明确承认退休返聘人员为劳动法意义上的劳动者,保障他们的平等就业权利。(1)公民的劳动权利能力具有平等性,这既是现代市场经济的必然要求,也是现代社会通行的惯例,采取限制退休者就业的政策以缓解就业压力并不可取。我国经济进步与社会发展应当使不同年龄的劳动者平等分享社会资源、权利并且平等分担责任。(2)退休劳动者继续就业不一定导致减少青年或壮年劳动力的就业机会。2002年联合国《老龄问题国际行动计划》即指出:“老年劳动者能够为改善国民经济业绩和产出作出有价值的持续贡献,从而对社会的所有成员都有利。如果制定其他计划,用老职工的经验 and 技能培训年轻的新雇员,还有利于经济全局。”(3)保障退休人员平等就业有助于消除老年人贫困问题。现有统计数据显示,劳动收入是我国老年人的重要生活来源,家庭成员的供养与社会保障并不能完全满足老年人的需求。60岁的老年人有55.55%以劳动收入作为主要生活来源;到65岁时,有42.51%的人靠自己劳动来获得主要收入;这一比例在70岁时仍为26.91%。退休人员与适龄劳动者同样需要就业与收入,特别对女性而言,因为她们的寿命较长,如不保障其平等就业的权利,可能意味着其老年生活由于经济需要、孤独无助而陷入贫困境地。(4)适用民

事法律规范远不足以保障退休返聘人员的合法权益。民法在一般情况下不考虑主体所处的社会关系,平等地给予保护,但事实上却支持了在各种状况下人与人之间实际的不平等。而劳动法在承认劳动者与雇主之间强弱失衡状态的前提下,赋予了劳动者优惠待遇,倾斜保护劳动者正是我国《劳动法》与《劳动合同法》明定的宗旨。退休返聘人员与用人单位间频繁出现的工资支付、工伤认定等争议表明,合同法或侵权行为法的适用已经在退休返聘人员与普通劳动者间造成一种不公平的状态。

#### (二) 专门立法以调整退休返聘关系

平等保护并不意味着无差别的保护,而是要求不同劳动者的差别待遇应建立在合理和公正的基础之上。在赋予退休返聘人员平等权利的前提下,考虑到年龄差距以及他们已享有社会保障的现实,可专门立法以调整退休返聘关系。上海市劳动和社会保障局2003年发布的《关于特殊劳动关系有关问题的通知》已经提供了一个很好的范例,将退休返聘关系视为一种特殊的劳动关系加以处理,保障退休返聘人员在工作时间、劳动保护、最低工资三方面的平等权益。

需要指出的是,在我国劳动立法逐渐向国际劳工标准靠拢的今天,劳动者的权利与民法上雇员的权利渐行渐远,上述措施并不能完全落实退休劳动者的平等权利,有必要在劳动关系的各个方面和层次都对退休返聘关系作出调整。在一些领域如工

(下转第88页)

## 劳动关系

情况发生重大变化,致使劳动合同无法履行,经用人单位与劳动者协商,未能就变更劳动合同内容达成协议的”纳入第21条规定,把它变为试用期内用人单位遇此情形也可以解除劳动合同。把试用期纳入也适用,一方面更符合情理,合乎逻辑,另一方面在试用期难免会出现此种情形,不必要等到试用期后的正式期才来解除,就可直接适用。其次,对第39条第五项规定的无效劳动合同的解除应给予调整,建议将该款从该条删除,或者把该款与第28条合并,或者作为特殊情形单列成一条文,但不作为随时解除情形。

(四)建立健全工会参与协调劳动关系机制,注重发挥工会组织在构建和谐劳动关系中的作用。要充分开拓并发挥工会组织的作用,把工会履行职责的重点转移到维护劳动者权益上来。单位在行使这一解雇权时,要充分听取并重视工会的意见。“三方机制”写进了《劳动合同法》,填补了法律上的空白,标志着我国劳动关系协调工作进入了一个新发展阶段。有条件组建工会的企业,应该加大组建工会的力

度;已经建立工会的企业,应健全工会参与协调劳动关系机制,注重发挥工会组织在构建和谐劳动关系中的作用。国家也应进一步提高工会的地位,明确工会的权利。对有条件的工会,试行其主席的工资从工会经费中支出的办法,保证工会放心大胆地同企业据理力争,真正维护职工的合法权益,在企业内部形成劳资抗衡机制。

(五)修改被追究刑事责任可以即时解除的规定。根据我国宪法和我国批准加入的一系列人权公约,即使是犯罪人也享有公民的基本权利,包括政治权利、经济、社会和文化权利,其工作权、劳动保护权和公平报酬权等生存权受到保障。劳动权具有人权的属性,是宪法赋予的权利,被追究刑事责任的公民,其劳动权不因被追究刑事责任而被剥夺。再者,过失性解除劳动合同应当与其劳动行为的过失相关联,如果劳动者的犯罪行为是职务行为,或与其工作有关,或在工作场所发生,用人单位可解除劳动合同,但如果没关联,用人单位以此解除劳动合同就不

妥当。因此,有些国家和地区在规定即时解除劳动合同时都以被追究刑事责任时被判处有期徒刑并失去人身自由为限,如我国台湾地区、古巴等。这体现了对公民人权的尊重和保障。我国应当借鉴这一规定,对现行立法予以修订。

参考文献:

- 1.董保华著:《十大热点事件——透视劳动合同法》,法律出版社,2007年版。
- 2.林嘉主编:《劳动合同发热点问题讲座》,中国法制出版社,2007年版。
- 3.黎建飞主编:《劳动合同法辅导读本》,中国法制出版社,2007年版。
- 4.徐智华:《劳动合同解除之法律适用——兼对劳动法第25条规定之评析》,载《中南财经大学学报》,2000年第5期。
- 5.王益英、黎建飞著:《外国劳动法和社会保障法》,中国人民大学出版社,2001年版。
- 6.石广先编著:《劳动合同法深度解释与企业应对》,中国法制出版社,2007年版。

(作者单位:江西财经大学)

责编 一心 Tel:010-68345891 E-mail: cqzfr@163.com

(上接第84页)

作时间、最低工资和加班工资等,退休返聘人员可以直接适用劳动立法的规定,与普通劳动者无须区别。但在另一些问题上,如社会保险的缴纳、劳动合同条款、劳动合同的解除与终止等,可以根据退休返聘人员的特点进行专门立法,这并不违背平等原则。例如,由于老年人身体机能退化,遭受意外伤害的概率要

高于其他年龄群体,可以根据他们的工作行业与性质,规定与适龄劳动者不同的保险费率。并且基于保护退休人员生命健康的需要,应划定其就业的范围,限制其从事一些高风险的行业。

参考文献:

- 1.王德文、张恺梯:《中国老年人的生活状况和贫困发生率估计》,载

《中国人口科学》,2005年第1期。

2.杜鹏:《中国老年人主要生活来源的现状与变化》,载《人口研究》,2003年第6期。

3.杨景宇、信春鹰主编:《中华人民共和国劳动合同法解读》,中国法制出版社,2007年版。

(作者单位:厦门大学)

责编 一心 Tel:010-68345891 E-mail: cqzfr@163.com