

■法官说法

名为劳务外包实为劳务派遣 工伤赔偿责任谁承担?



【案例介绍】

A公司与B公司签订《服务协议》，约定B公司提供岗位外包服务，向A公司派遣外包员工50人，由A公司对外包员工进行管理，提供劳动保护和劳动条件。2018年7月6日，杨某受B公司指派到A公司工作，但B公司未给杨某缴纳社会保险。2018年8月16日，杨某在工作过程中受伤，后被认定工伤，劳动能力鉴定为五级伤残。杨某向B公司提出解除劳动合同，因B公司未支付工伤待遇，且未依法取得劳务派遣资质，杨某遂申请劳动仲裁。仲裁机构逾期未作出裁决，杨某诉至法院。

法院认为，《服务协议》名为劳务外包，实为劳务派遣，B公司未取得经营劳务派遣业务的行政许可，A公司明知仍与B公司签订并履行劳务派遣协议，违反了《劳动合同法》有关劳务派遣的强制性规定。杨某在提供劳动过程中发生工伤事故，B公司与A公司依法应承担连带赔偿责任。按照《工伤保险条例》规定的项目和标准，判决两家公司连带赔偿207914.20元。

【法官评析】

《劳动合同法》针对劳务派遣形式的用工专门作了一节规定，特别规定经营劳务派遣业务，应当向劳动行政部门

依法申请行政许可，未经许可，任何单位和个人不得经营劳务派遣业务。同时，《劳动合同法》第九十二条明确劳务派遣单位、用工单位违反有关劳务派遣规定，用工单位给被派遣劳动者造成损害的，劳务派遣单位与用工单位承担连带赔偿责任。

但是实践中，一些用工单位为规避劳务派遣的法律规定，逃脱用工责任，以劳务外包的名义行派遣用工之实，一旦发生工伤事故引发诉讼，便提供劳务外包合同企图混淆劳务派遣与劳务外包的概念，推卸责任。对于两者的区别，应从以下几点进行把握：

第一，劳动者管理的责任主体不同。劳务派遣模式下，员工按照用工单位的组织形式和工作时间安排进行劳动，受用工单位的管理。劳务外包模式下，发包企业对劳务派遣单位的员工不进行直接管理，其工作组织形式、工作时间和内容等由劳务派遣单位自行安排确定。

第二，报酬结算方式不同。劳务派遣一般是按照派遣的时间和费用标准，

以人为单位进行结算，结算内容包括员工工资、社会保险费、经济补偿以及其他待遇等。劳务外包一般是按照事先约定的劳务单价根据劳务承包单位完成的工作量结算报酬，是以完成的事进行结算。

第三，资质要求不同。从事劳务派遣必须是依法经行政部门许可的按公司法设立的法人公司，未取得许可禁止从事劳务派遣的业务。劳务承包单位既可以是法人或其他组织，也可以是个人，法律对其没有设定经营准入的限制。

除此以外，劳务派遣与劳务外包适用的法律不同，导致违法的后果也不同。尤其是劳务外包法律关系决定劳务发包单位不对劳务派遣单位的员工承担任何责任，让许多实际用工单位假借劳务外包的虚壳，行用工管理之实，以求规避用工风险。法院在审理这一类案件过程中，主要从合同的内容以及实际履行的情况来认定双方的民事法律关系，用工单位切莫以为合同冠上外包之名就可张冠李戴、弄假成真。

宜兴市人民法院 沈展望

■小易在线

劳动者患乙肝，能否对其调岗?

小芸：小连，最近怎么看起来不开心，遇到什么事了吗？

小连：嗯，你知道我本来在单位的食堂负责配菜工作，干得好好的，单位说要给我调岗，让我去打卫生！

小芸：为什么呢？

小连：就是上次体检检查出携带乙肝病毒，单位说食堂不能用携带乙肝病毒的员工。本来不想对外说的，但是不清楚单位的做法是否合法，所以我还是说了吧。

小芸：呢，这个问题很专业，还是去工会咨询一下小易吧！

之前，写过关于劳动者患乙肝被单位解除劳动合同的案例中，分析了劳动者患乙肝（携带乙肝病毒）除非劳动者有过错，一般情况下，单位不能解除其劳动合同。

但是，如果劳动者患乙肝或者携带乙肝病毒，用人单位是否可以调整劳动者工作岗位，正如小连遇到的问题？根据法律规定，用人单位可以对劳动者进行调岗分为三种情形：

一是协商调岗：法律没有将“调岗”情形作为专章单列，但调岗属于变更劳动合同的内容，根据《劳动合同法》第三十五条规定，用人单位与劳动者协商一致，可以变更劳动合同约定的内容。从该条规定可以看出，只要用人单位与患乙肝的劳动者双方协商一致，用人单位就可以对其进行调岗。

二是法定调岗：根据《劳动合同法》第四十条规定，出现以下三种情形之一的，可以对劳动者进行调岗，即劳动者患病或非因工负伤，医疗期满后不能从事原工作的；劳动者不能胜任工作的；因企业生产经营需要而调整岗位的。根据该条规定，患乙肝的劳动者只要发生上面三种情形之一的，用人单位都可以对其进行调岗，当然要注意调岗的合理性和必要性。

三是酌定调岗：如果劳动者患乙肝（携带乙肝病毒），又在国家规定的不得从事易使该传染病扩散的工作岗位上，用人单位是否必须对其调岗呢？

根据《传染病防治法》第十六条，传染病病人、病原携带者和疑似传染病病人，在治愈前或者在排除传染病嫌疑前，不得从事法律、行政法规和国务院卫生行政部门规定的易使该传染病扩散的工作。该条规定适用于患乙肝的劳动者，但是并未明确规定用人单位是否可以单方面调岗。而《食品安全法实施条例》第二十三条规定，从事接触直接入口食品工作的人员患有甲型或戊型肝炎的，食品生产经营者应当对劳动者调岗。从该条规定看，如果从事接触直接入口食品工作的劳动者患甲型或戊型肝炎的，用人单位可以将其调整到其他岗位，而患乙肝的劳动者即使从事直接接触入口食品的也可以不调岗。

根据分析可以看出，患乙肝劳动者如果在国家规定不得从事的易使该传染病扩散的工作岗位上，用人单位可以对其调岗。但用人单位要证明其调岗的合理性，否则可能构成违法调岗。也就是说只要这种调岗没有变相歧视或违背公序良俗等现象都可以调岗。

综上，如果劳动者不幸感染乙肝（携带乙肝病毒），双方可以协商一致调岗，用人单位可以依法单方面调岗，若患乙肝劳动者从事容易使传染病扩散的工作的，用人单位可以将其调到其他工作岗位也可以不调岗，因为乙肝的传播途径主要是血液、母婴和性接触传播，不包括工作及经食物传播。所以，本案中，小连的情况属于可以不用调岗的情形。然而因社会对乙肝认知及餐饮服务行业管理规定等因素，一般情况下，遇到这种情况，用人单位会对患乙肝的劳动者进行调岗，但是要综合考量调岗的合法合理及必要性，避免引起争议。

易怀丽

■老徐评案

外籍人被派遣到中国子公司，劳动关系怎么认



立，明确其在常熟米山工作期间由常熟米山公司代发当地津贴。

被日本母公司解聘后，小松良英与其子公司常熟公司的工作关系如何处理？小松良英申请再审查其与常熟米山公司签订了《劳动合同书》，双方建立劳动关系，应适用《中华人民共和国劳动合同法》解决纠纷。

法院：派遣至子公司工作服务不建立劳动关系

江苏省高院经审理认为，小松良英被日本米山调任至其常熟米山任副总经理，其职务是通过母子间签订的《调任委托合同书》所确立，最终亦是因为小松良英与日本米山公司劳动关系的解除而免除。《调任委托合同书》明确在常熟米山公司工作期间由常熟米山公司代发当地津贴，该津贴是基于小松良英受雇于日本母公司并被派至其控股的海外子公司工作所享受，并非常熟米山公司支付的劳动报酬，因此，无论其职务任免，还是薪金的领取，小松良英与常熟米山公司之间的工作服务特征不具备劳动关系的构成要件，故双方不存在劳动关系

点评：外国人来华工作劳动关系需区分情况

第一，未经行政审批，不建立劳动关系。我国政府对外国人在中国就业



实行许可制度。即用人单位聘用外国人，必须申请就业许可，经批准后方可聘用。外国人未经许可在我国就业，不认定与我国用人单位建立劳动关系，也不受我国劳动法保护。

第二，经过行政审批，但仅仅为办理工作手续订立合同，应当区别对待。上级公司派遣至中国公司，如果仍然受外国母公司管理，且劳动报酬、社会保险由外国母公司承担，中国子公司不付劳动报酬或者仅仅支付驻外津贴，则其与中国子公司即便订立了劳动合同，从实质上依然不认定存在劳动关系。本案即属例证。不过，如果派至中国后，外国母公司不再履行

管理职责，劳动报酬、社会保险也均由中国子公司负担，则应识别为与中国子公司建立劳动关系。

第三，外国母公司劳动关系解除，子公司劳动关系是否一并解除需要区别对待。如果与中国子公司未建立劳动关系，仅仅属于派遣至中国工作，则劳动关系一并解除。如果同时与中国子公司建立劳动关系，则无论外国母公司是否解除劳动关系，都不能认为与中国子公司劳动关系也一并解除。

案件来源：江苏省高级人民法院（2014）苏审二民申字第009号

徐旭东

■董律师信箱

试用期过后，单位可否以不符合录用条件解雇

职工许某咨询：我于2020年11月1日进入某制衣厂担任质检员，单位与我签订了为期三年的劳动合同，同时约定试用期3个月，为2020年11月1日至2021年1月31日。2021年2月初，单位对产品进行质量抽检，发现我负责检测的部分产品不合格。2021年2月8日，单位通知我试用期考核没有通过，不符合录用条件，即日起解除劳动合同，且不支付经济补偿。请问，单位这样解雇我是否合法？

试用期，指用人单位与劳动者为相互了解而协商约定的考察期，是劳动合同履行中的一个特殊阶段，最主要的作用是给用人单位和劳动者一个双向选择的机会。

在试用期内，劳动者提前三日通知用人单位即可解除劳动合同，但用人单位解除劳动合同，在法律上有诸多限制。《中华人民共和国劳动合同法》第二十一条规定：“在试用期中，除劳动者有本法第三十九条和第四十条第一项、第二项规定的情形外，用人单位不得解除劳动合同。用人单位在试用期解除劳动合同的，应当向劳动者说明理由。”

按照该条规定，在试用期内，劳动者如果存在下列情况，用人单位可以解除劳动合同：1.劳动者在试用期间被证明不符合录用条件；2.劳动者严重违反用人单位的规章制度；3.劳动者严重失职，营私舞弊，给用人单位造成重大损害；4.劳动者同时与其他用人单位建立劳动关系，对完成本单位的工作任务造成严重影响，或者经用人单位提出，拒不改正；5.因劳动合同法第二十六条第一款第一项规定的情形致使劳动合同无效；6.劳动者被依法追究刑事责任；7.劳动者患病或者非因工负伤，在规定的医疗期满后不能从事原工作，也不能从事由用人单位另行安排的工作；8.劳动者不能胜任工作，经过培训或者调整工作岗位，仍不能胜任工作。

上述第1条“劳动者在试用期间被证明不符合录用条件”是试用期解除的特有情形，用人单位如何正确适用这一条款，解除劳动者的劳动合同？

从实体要件来看，必须要符合下列条件：

1.用人单位与劳动者依法约定了试用期。试用期时长根据劳动合同期限而定：劳动合同期限三个月以上不满一年的，试用期不得超过一个月；劳动合同期限一年以上不满三年的，试用期不得超过二个月；三年以上固定期限和无固定期限的劳动合同，试用期不得超过六个月。以完成一定工作任务为期限的劳动合同，期限不满三个月的劳动合同以及非全日制用工，不得约定试用期。

2.用人单位要制定具体明确的录用条件、考核方式和考核标准，并事先告知劳动者，或者直接在劳动合同中约定。

3.用人单位对劳动者“不符合录用条件”承担举证责任，要有充分证据证明劳动者确实不符合录用条件。

从程序要件来看，必须要符合下列条件：

1.用人单位应当在试用期届满前行使解除权。原劳动部办公厅《对〈关于如何确定试用期内不符合录用条件可以解除劳动合同的请示〉的复函》（劳办发〔1995〕16号）规定，对试用期内不符合录用条件的劳动者，企业可以解除劳动合同；如果超过试用期，则企业不能以试用期内不符合录用条件为由解除劳动合同。

2.用人单位应当向劳动者说明解雇的理由。对此法律未规定必须采取书面形式，但为避免产生纠纷，建议用人单位采用书面形式，并让劳动者签收。

3.用人单位要履行事先通知工会的义务。《江苏省劳动合同条例》第三十一条规定，用人单位解除劳动合同应当事先将理由通知工会，尚未建立工会的，通知用人单位所在地工会。

综上所述，许某已经过了试用期，该制衣厂不能以其不符合录用条件为由解除劳动合同，应当撤销解除决定，或者依法向许某支付赔偿金。

董彬

■权益视点

未缴纳员工社保！单位承担失业保险损失

用人单位未给劳动者缴纳社会保险费，导致劳动者不能领取失业保险金，劳动者可不可以要求赔偿？

工作10多年未缴纳社保

谢某于2006年6月入职淮安一家木业公司，岗位为喷漆。入职期间，公司未为其缴纳社保。2019年1月至3月，谢某的工资未发放。

谢某于2019年3月28日向公司邮寄了《告知函》，内容为：“我于2006年到贵单位工作，因贵公司违反劳动法规，一直未替我缴纳社会保险、拖欠工资，侵犯了我的合法权益，现依据《劳动合同法》申请解除劳动合同。”

随后，谢某申请劳动仲裁不予受理，于是诉至法院。

法院审理认为，因木业公司存在未交社会保险、拖欠工资，谢某主张解除劳动合同，符合法律规定，公司应支付谢某经济补偿金。谢某依据《劳动合同法》第三十八条提出解除劳动合同，符合领取失业保险金的条件，因公司未为谢某缴纳失业保险，导致其无法领取失业保险金，应赔偿其失业保险待遇损失。

劳动者可主动解除劳动合同并获经济补偿

劳动者单方即时解除权，包括须告知的即时解除权与无须告知的即时解除权。

《关于审理劳动争议案件的指导意见》第十五条第二款规定，劳动者以《劳动合同法》第三十八条第一款为由解除劳动合同，应当通知用人单位解除劳动关系并说明理由。《劳动合同法》第三十八条第一款规定，用人单位有下列情形之一，劳动者可以解除劳动合同：（一）未按照劳动合同约定提供劳动保护或者劳动条件的；（二）未及时足额支付劳动报酬的；（三）未依法为劳动者缴纳社会保险费的；（四）用人单位的规章制度违反法律、法规的规定，损害劳动者权益的；（五）因本法第二十六条第一款规定的情形致使劳动合同无效的；（六）法律、行政法规规定劳动者可以解除劳动合同的其他情形。这六种情形，属于须告知的单方即时解除权。

须告知的即时解除权的行使要件为：一是用人单位存在《劳动合同法》第三十八条第一款

所列举的情形之一，二是劳动者需告知用人单位。至于告知方式，《劳动合同法》未明确规定，实践中，劳动者可采取书面告知方式，固定好证据。本案中，谢某向公司邮寄的《告知函》就是在履行告知程序，行使单方即时解除权。

失业保险待遇损失由单位承担

本案中，谢某单方即时解除劳动合同行使的法律后果，一是导致劳动合同效力提前消灭；二是对劳动者而言，随着劳动合同的解除，产生经济补偿金请求权以及相关损害赔偿请求权等。

1.属于劳动争议受理范围

《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）》第一条规定，劳动者与用人单位之间发生的下列纠纷，当事人不服劳动争议仲裁机构作出的裁决，依法提起诉讼的，人民法院应予受理：……（五）劳动者以用人单位未为其办理社会保险手续，且社会保险经办机构不能补办导致其无法享受社会保险待遇为由，要求用人单位赔偿损失发生的纠纷；……本案中，虽劳动争议仲裁委员会不予受理，但已有仲裁前置程序了，谢某可直接向人民法院起诉。

2.领取失业金的条件

根据《社会保险法》第四十五条的规定，失业人员符合下列情形的，从失业保险基金中领取失业保险金：（一）失业前用人单位和本人已经缴纳失业保险费满一年；（二）非因本人意愿中断就业的；（三）已进行失业登记，并有求职要求的。

而劳动者本人依照《劳动合同法》第三十八条规定解除劳动合同的，属于非因本人意愿中断就业的情形。

本案中，谢某虽主动提出解除劳动合同，但原因是公司未为其足额缴纳社保等，符合领取失业保险金的相关规定。

3.失业保险金标准



根据《江苏省失业保险规定》第二十三条的规定，失业保险金的标准，缴费不满10年的，按照失业人员失业前12个月月平均缴费基数的40%确定；缴费满10年不满20年的，按照失业人员失业前12个月月平均缴费基数的45%确定；缴费20年以上的，按照失业人员失业前12个月月平均缴费基数的50%确定。失业保险金最高不得超过当地最低工资标准，最低不得低于当地城市居民最低生活保障标准的1.3倍。

4.失业保险金期限

根据《江苏省失业保险规定》第二十二的规定，失业人员失业前用人单位和本人累计缴费满1年不满5年的，领取失业保险金的最长期限为12个月；累计缴费满5年不满10年的，领取失业保险金的最长期限为18个月；累计缴费10年以上的，领取失业保险金的最长期限为24个月。

参照2010年《江苏省高级人民法院劳动争议案件审理指南》第四章的规定，劳动者要求用人单位赔偿失业保险待遇损失，不以劳动者失业状态持续为前提，应裁决用人单位应缴未缴失业保险金期间。

本案中，谢某应缴未缴失业保险期间为10年以上，从而谢某所能享受的最长失业保险金期间24个月。

许明