

The Illegal Party Issuing Contract Can't Establish Labor Relations with the Employer of Actual Construction Person

—About “The Industrial Injury Insurance Liability Shall Be Borne by the Employer”

Bin Liu

Anhui Zhongjia Law Office, Tongling Anhui
Email: liubin.66@163.com

Received: May 4th, 2016; accepted: May 22nd, 2016; published: May 25th, 2016

Copyright © 2016 by author and Hans Publishers Inc.
This work is licensed under the Creative Commons Attribution International License (CC BY).
<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>



Open Access

Abstract

In the cases of labor controversies and work-related injury certifications, some problems exist in the construction project contract. Does the labor relation established between workers employed by the unqualified actual constructor—the contractor, sub-contractor and assignee—and the previous actual constructor of illegal employer, illegal sub-contractor and assignee? Can the workers injured by labor be identified as work-related injuries? There exists conflict with the policy department regulations of Ministry of Labour and Social Security and judicial interpretation of the Supreme People's Court and provisions of the Contract Law and the Safety Production Law. The conflict leads to many misunderstandings in the judicial practice, so that the practice of this approach failed to unify. From the perspective of jurisprudential analysis and host law provisions, this aspect of the policy department regulations and judicial interpretation have a wrong place. We hope to get the attention of the relevant departments and thinking [1].

Keywords

The Developer, The Contractor, The Laborer, Labor Relations, Industrial Injury

违法发包人与实际施工人的雇用者 不成立劳动关系

— “用工单位承担工伤保险责任” 的质疑

刘 斌

安徽众佳律师事务所，安徽 铜陵

Email: liubin.66@163.com

收稿日期：2016年5月4日；录用日期：2016年5月22日；发布日期：2016年5月25日

摘 要

在劳动争议案件与工伤认定案件中，建筑工程承包合同中不具备用工主体资格的承包人、分承包人、转承包人等实际施工人招用的劳动者，与实际施工人前一手具有用工主体资格的违法发包人、非法分包人、转包人之间是否成立劳动关系，以及劳动者因工受伤是否认定为工伤的问题上，劳动和社会保障部/人力资源社会保障部的政策性部门规章和最高人民法院的司法解释在规定的上，与《劳动合同法》和《安全生产法》的规定存在抵触与冲突，导致司法实践中存在诸多认识误区，以致各地对此的做法未能统一。从法理上分析与上位法的规定来看，这方面的政策性部门规章与司法解释，确有不妥之处，企望能够得到相关部门的重视与思考^[1]。

关键词

发包人，承包人，劳动者，劳动关系，工伤

1. 案情简介

永胜安装公司于2013年12月18日与南天建设公司签订了《建设工程承包合同》。南天建设公司将其承包的南陵金街华府住宅楼建筑施工项目的1#、2#、3#、4#、5#、7#楼及地下室与一期地下车库外墙脚手架搭设工程分包给永胜安装公司施工。永胜安装公司于2014年2月22日与沈某签订了《外墙脚手架承包施工协议书》。永胜安装公司将其中的4#、5#楼外墙脚手架搭设工程再分包给沈某施工。

沈某雇用周某、柏某、徐某、陶某、戴某、孙某等人搭设外墙脚手架，沈某对其雇用的人员每劳动一天支付150元至170元的劳务报酬，但这些受雇人员并不是持续受雇于沈某，也不长期固定在沈某安排的金街华府住宅楼建筑施工工地上做事。2014年8月19日，周某在金街华府住宅楼建筑施工工地搭设外墙脚手架架子时，因南天建设公司金街华府项目部的过错导致高空物体坠落而砸伤。南天建设公司金街华府项目部工作人员张某将周某送往南陵县人民医院与皖南医学院弋矶山医院治疗，并支付了所有医疗费用。嗣后，周某于2015年5月5日向南陵县人力资源和社会保障局提出工伤认定申请。

2. 争议焦点

一种观点认为，发包方与不具备用工主体资格的组织或自然人招用的劳动者之间形成了事实劳动关系，劳动者因工受伤，应该认定为工伤。

其理由是：人力资源社会保障部《关于执行<工伤保险条例>若干问题的意见》[人社部发(2013)34号]第7条规定：“具备用工主体资格的承包单位违反法律、法规规定，将承包业务转包、分包给不具备用工主体资格的组织或者自然人，该组织或者自然人招用的劳动者从事承包业务时因工伤亡的，由该具备用工主体资格的承包单位承担用人单位依法应承担的工伤保险责任。”最高人民法院《关于审理工伤保险行政案件若干问题的规定》[法释(2014)9号]第3条第1款第(四)项规定：“用工单位违反法律、法规规定将承包业务转包给不具备用工主体资格的组织或者自然人，该组织或者自然人聘用的职工从事承包业务时因工伤亡的，用工单位为承担工伤保险责任的单位。”因此，发包方应当承担工伤保险责任。

另一种观点认为，发包方与不具备用工主体资格的组织或自然人招用的劳动者之间不存在事实劳动关系，劳动者在劳动中受伤，不属于劳动合同法上的工伤。

其理由是：“承担工伤保险责任”与构成劳动关系是两种不同的法律概念，这里的“承担工伤保险责任”并不意味着形成了劳动关系，劳动者并不接受发包方的管理、指挥和监督，发包方亦不向劳动者支付工资报酬，不符合劳动关系的基本特征。这里的“承担工伤保险责任”也并不意味着是劳动合同法上工伤责任，而是侵权法上的民事侵权责任。《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。”最高人民法院《关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》第11条第2款规定：“雇员在从事雇佣活动中因安全生产事故遭受人身损害，发包人、分包人知道或者应当知道接受发包或者分包业务的雇主没有相应资质或者安全生产条件的，应当与雇主承担连带赔偿责任。”因此，发包方应与个人承包经营者承担连带赔偿责任。

3. 法理分析

笔者同意第二种观点，其理由是：

1、不能以“承担用工主体责任或工伤保险责任”倒推出形成劳动关系与认定为工伤。

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4条规定的“由具备用工主体的发包方承担用工主体责任”；人力资源社会保障部《关于执行<工伤保险条例>若干问题的意见》[人社部发(2013)34号]第7条规定的“由该具备用工主体资格的承包单位承担用人单位依法应承担的工伤保险责任”；最高人民法院《关于审理工伤保险行政案件若干问题的规定》[法释(2014)9号]第3条第1款第(四)项规定的“用工单位为承担工伤保险责任的单位”；是在发包方违法发包的情形下应承担的法律责任问题。这是规定法律责任的条款，不是界定劳动关系是否成立的条款与工伤认定条款，不能以“承担用工主体责任或工伤保险责任”倒推出形成劳动关系与认定为工伤。《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。”该规定否认了违法发包单位与劳动者之间成立劳动关系。在最高人民法院《关于审理工伤保险行政案件若干问题的规定》[法释(2014)9号]由最高人民法院审判委员会通过的前十天，2014年4月11日最高人民法院通过院长信箱发布的《对最高人民法院<全国民事审判工作会议纪要>第59条作出进一步释明的答复》还重申《全国民事审判工作会议纪要》[法办(2011)442号]第59条的观点，即“……承包人、分包人或转包人违反了《建筑法》的相关规定，应当承担相应的行政责任或民事责任。不能为了达到制裁这种违法发包、分包或者转包行为的目的，就可以任意超越《劳动合同法》的有关规定，强行认定本来不存在的劳动关系”。

《劳动合同法》第94条规定：“个人承包经营者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。”《安全生产法》第100条规定：“生产经营单位将

生产经营项目、场所、设备发包或者出租给不具备安全生产条件或者相应资质的单位或者个人的……导致发生生产安全事故给他人造成损害的，与承包方、承租方承担连带赔偿责任。”以上法律规定均是规定违法发包方应承担的民事赔偿责任。如果认为最高人民法院《关于审理工伤保险行政案件若干问题的规定》[法释(2014)9号]第3条第1款第(四)项规定的“用工单位为承担工伤保险责任的单位”，是认定形成劳动关系的条款与认定工伤条款，也是与《劳动合同法》第94条的规定与《安全生产法》第100条的规定相抵触的。因此，违法发包单位对实际施工人雇用的劳动者因工伤亡的只能适用最高人民法院《关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》[法释(2003)20号]第11条第2款规定：“雇员在从事雇佣活动中因安全生产事故遭受人身损害，发包人、分包人知道或者应当知道接受发包或者分包业务的雇主没有相应资质或者安全生产条件的，应当与雇主承担连带赔偿责任。”即因选任过错而与实际施工人承担民事上的连带赔偿责任。该条规定实际上也间接说明实际施工人雇用的人员与违法发包单位没有雇用关系。

人力资源社会保障部的政策性规定，属于部门规章，在审判实践中可以参考，但不能直接引用。若政策性规定与法律规定不相冲突，可以参考适用政策性规定；若两者发生冲突，应当适用法律规定。司法解释与上位法不相冲突，应当适用司法解释；若两者发生冲突，应当适用上位法的规定。

2、工伤认定的前提是双方之间存在劳动关系。

根据《工伤保险条例》第2条和第14条等规定，认定工伤须以存在劳动关系为前提。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5条规定：“劳动者与用人单位就是否存在劳动关系引发争议的，可以向有管辖权的劳动争议仲裁委员会申请仲裁。”人力资源社会保障部《关于执行〈工伤保险条例〉若干问题的意见》[人社部发(2013)34号]第5条规定：“社会保险行政部门受理工伤认定申请后，发现劳动关系存在争议且无法确认的，应告知当事人可以向劳动人事争议仲裁委员会申请仲裁。在此期间，作出工伤认定决定的时限中止，并书面通知申请工伤认定的当事人。”周某如果坚持认为自己与永胜安装公司之间是劳动关系，可以依法向有管辖权的南陵县劳动人事争议仲裁委员会申请仲裁。

3、周某受雇于沈某从事外墙脚手架搭设劳务，永胜安装公司与周某之间既不是劳动关系，也不是雇用关系。

永胜安装公司于2013年12月18日与安徽南天建设有限公司(以下简称南天建设公司)签订了《建设工程承包合同》。南天建设公司将其承包的南陵金街华府住宅楼建筑施工项目的1#、2#、3#、4#、5#、7#楼及地下室与一期地下车库外墙脚手架搭设工程分包给永胜安装公司施工。合同约定以南天建设公司建设施工南陵金街华府住宅楼建筑面积使用外墙脚手架的天数向永胜安装公司支付工程款。

永胜安装公司于2014年2月22日与沈某签订了《外墙脚手架承包施工协议书》。永胜安装公司将其中的4#、5#楼外墙脚手架搭设工程再分包给沈某施工。协议书约定包工不包料，以沈某搭设外墙脚手架的面积向沈某支付劳务报酬，且劳务报酬以施工进度完成阶段分期支付的。

虽然永胜安装公司将南陵金街华府住宅楼建筑施工项目中的4#、5#楼外墙脚手架搭设工程再分包给不具备用工主体资格的自然人沈某施工，违法了《建筑法》之规定，但也足以证明永胜安装公司与沈某之间的劳务分包关系。沈某在搭设南陵金街华府住宅楼4#、5#楼外墙脚手架劳务承包过程中，一度雇用周某等人搭设外墙脚手架，沈某对其雇用的人员每劳动一天支付150元至170元的劳务报酬，但这些受雇人员并不是持续受雇于沈某，也不长期固定在沈某安排的金街华府住宅楼建筑施工工地上做事，是典型的雇用关系。

劳动关系是劳动者在劳动中与用人单位之间形成的相对稳定的具有劳动内容的权利义务关系。因此，劳动者与用人单位之间是否形成劳动关系，应该从双方之间是否形成劳动关系所具备的实质要件来探究，

即双方之间是否存在管理与被管理、监督与被监督、指挥与被指挥的隶属关系。劳动关系即为劳动合同关系，确立劳动关系应以双方已订立口头或书面劳动合同为前提。现实中，建筑施工企业的用工较为特殊，具有短期性、流动性、分散性的特点。劳动者往往由承包方直接招用，其并不清楚发包方是谁，发包方也不知道承包方招用的劳动者是谁，双方完全缺乏订立劳动合同的合意。若认定发包方与承包方招用的劳动者之间存在劳动关系，则与《劳动合同法》第3条规定的订立合同自愿原则相违背，则有强制缔约之嫌。劳动者受承包方招用或雇用，其在工作中只接受承包方的管理、指挥和监督，并不接受发包方规章制度的约束，其提供的劳务是承包方承包的工程的重要组成部分，其劳动报酬亦由承包方发放，与发包方并未形成工作上的隶属关系与工资上的支付关系，不具备劳动关系的基本特征。

本案中，周某受雇于沈某，其具体工作安排与工资发放均由沈某负责，而沈某与永胜安装公司系劳务分包关系，故永胜安装公司与周某并未形成具有劳动内容的权利义务关系，也不存在雇用关系。至于周某受雇于沈某在永胜安装公司承包的金街华府住宅楼建筑施工工地上受伤，永胜安装公司与沈某应连带承担民事赔偿责任，属于人身损害赔偿纠纷案件中解决的纠纷。

4、有用工主体资格的发包方承担不具备用工主体资格的承包方雇用者工伤保险责任，违背公平原则。

有合法用工主体资格的承包方与其招用的劳动者之间是劳动关系，须承担用工主体责任或工伤保险责任；而不具备用工主体资格的承包方却可逃避法律责任，将责任全部转嫁给发包方，其自身不需要承担任何法律责任，这显属不公。用人单位对与其形成劳动关系的劳动者应承担的法律责任，不仅仅是劳动者发生工伤时的工伤赔偿责任，还包括支付工资报酬、未签订书面劳动合同的双倍工资、缴纳社会保险费用(养老、医疗、工伤等五险)、解除劳动关系的经济补偿金、赔偿金、一次性工伤医疗补助费，一次性伤残就业补助金等等责任。若认定发包方与承包方雇用的劳动者之间形成了劳动关系，则本应由承包方承担的用人单位责任则全部转嫁给了发包方，明显加重了发包方的法律责任，使承包方可以置身事外、逍遥法外。

发包方和承包方之间管理责任和法律责任的错位，可能会导致不具备用工主体资格的承包方放松管理或怠于履行责任，诱发工伤事故以及其他侵害劳动者合法权益的事件发生。为更好保护劳动者的合法权益，应当适用《劳动合同法》第94条规定，由发包方与承包方对劳动者的损失承担连带赔偿责任。连带责任不仅能够避免发包方将工程违法发包，促使承包方为劳动者提供安全生产条件并加强管理，防止工伤事故的发生，也为劳动者维权增加一道安全屏障。具体到本案中，周某与永胜安装公司之间既不存在劳动关系，也不存在雇用关系，周某与承包人沈某之间存在雇用关系。周某在劳动中受伤，并未阻断周某的救济途径。周某受沈某招用，沈某系不具备用工主体资格的个人承包经营者，周某应当依据《劳动合同法》第94条的规定与最高人民法院《关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》[法释(2003)20号]第11条第2款规定，同时起诉沈某和永胜安装公司承担连带赔偿责任，要求给予一次性人身损害赔偿。

永胜安装公司在承担连带赔偿责任后，可以依据最高人民法院《关于审理工伤保险行政案件若干问题的规定》[法释(2014)9号]第3条第2款之规定，有权向作为实际责任人的不具有用工主体资格的沈某追偿，从而使永胜安装公司的损失得到弥补。当然，这种追偿要看违法发包方对不具备用工主体资格的承包方雇用的劳动者的伤亡是否存在过错以及过错的大小而定。永胜安装公司在违法分包上存在选任过错，因而对于劳动者周某的伤害有着间接的责任。鉴此，其追偿应该只是部分的。劳动者周某的伤害主要是在为实际施工人沈某劳动导致的，这与实际施工人沈某的管理不到位密切相关。因此，主要责任在于实际施工人沈某，永胜安装公司只应承担次要责任。在这方面，可以适用最高人民法院《关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》[法释(2003)20号]第10条规定：“承揽人在完成工作过程中对第三人造成损害或者造成自身损害的，定作人不承担赔偿责任。但定作人对定作、指示或者选任有过

失的，应当承担相应的赔偿责任。”因为建设工程承包关系本质上是一种承揽关系，只是由于其对象的重要性才从承揽中独立出来。正是因为如此，《合同法》第 287 条才会规定：“本章没有规定的，适用承揽合同的有关规定。”因此，违法发包方所承担的责任主要是替代责任。

本案中，周某受雇于沈某在金街华府住宅楼建筑施工工地上从事外墙脚手架搭设劳动中，是由于南天建设公司金街华府项目部的过错导致高空物体坠落而砸伤。周某在受伤后是南天建设公司金街华府项目部工作人员张某送往医院治疗的，周某在南陵县人民医院与皖南医学院弋矶山医院治疗所发生的所有医疗费用，也是南天建设公司金街华府项目部全额支付的。最高人民法院《关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》[法释(2003)20 号]第 11 条第 1 款规定：“雇员在从事雇佣活动中遭受人身损害，雇主应当承担赔偿责任。雇佣关系以外的第三人造成雇员人身损害的，赔偿权利人可以请求第三人承担赔偿责任，也可以请求雇主承担赔偿责任。雇主承担赔偿责任后，可以向第三人追偿。”因此，周某既可以请求侵权第三人南天建设公司承担赔偿责任，也可以请求永胜安装公司和沈某承担连带赔偿责任。永胜安装公司和沈某在连带赔偿周某人身损害损失后，也可以向侵权第三人南天建设公司追偿。

参考文献 (References)

- [1] 劳动合同法一本通[M]. 谢良敏, 编. 第二版. 北京: 法律出版社, 2009.