

# 厘清灵活用工“安全模式”

■ 牛晓峰

2018年7月20日,中共中央办公厅、国务院办公厅印发《国税地税征管体制改革方案》,其中明确规定社会保险费用交由税务部门统一征收。消息一出,无数企业都在寻求降低企业人力资源成本的破解之法。

关于降低企业人力资源成本,诸多培训机构、人力资源公司正推出大量业务,其中包括推荐阿米巴的管理模式,或告诉企业如何进行组织重启。但只要厘清法律逻辑就会发现,降低社保缴费或降低企业人力资源成本的方法无外乎分离工资或灵活用工。在此主要向大家介绍几种安全稳妥的灵活用工“安全模式”。

## 模式一:劳务外包

严格来说,劳务外包并不属于灵活用工范畴,因为发包单位根本就没有实际用工。劳务外包本身也无法降低企业用工成本,但其通过用工主体的转移,将企业需要承担的用工风险、用工成本在市场上进行交易,于是分工就产生了新的收益。

对于发包单位而言,开展劳务外包有如下风险,其一是基于选择的承包单位不具备用工主体资格,劳动者发生工伤时,发包单位需要承担工伤赔偿责任,或在个人承包经营中,劳动者遭受损害时,发包单位应当与个人承包经营者共同承担连带赔偿责任;其二是,劳务外包被认定为假外包真派遣或认定发包单位与劳动者之间建立事实劳动关系时,发包单位将承担劳动关系项下的全部用工责任。

如何建立合法的外包管理模式,则是律师参与劳务外包工作的重要职责。其核心在于避免发包单位直接约束、管理劳动者。如在书面的管理制度、承包合同中发包单位的约束对象应当是承包单位,通过对承包单位的约束间接地管理劳动者。同时可以要求承包单位将与劳动者签订的劳动合同、工资发放记录以及社保缴费记录原件提交给发包单位,这不仅可以约束承包单位依法履行职责,同时也可以作为承包单位与劳动者建立劳动关系的重要证据。

发包单位如何具体开展劳务外包?对于新招聘的劳动者,可直接要求其承包单位建立劳动关系。但如

何把企业原有的劳动者变为劳务外包员工,就需要发包单位与其解除劳动关系,再要求劳动者与承包单位建立劳动关系。对于解除工龄较长的劳动者的劳动关系,最稳妥的办法即是与其协商一致协议解除。常见的协议条件是劳动者新入职的承包单位认可其之前的工龄,并在计算经济补偿、经济赔偿、年休假待遇时按照累计工龄进行计算。如果劳动者不同意协商解除劳动关系,用人单位单方解除劳动合同时往往有较高的操作风险。当然在某种特殊的情况下,也可以直接把用人单位变为承包单位,将业务、资产移转至新公司作为发包方,这样就无需再考虑与现有劳动者解除劳动关系的问题了。

## 模式二:劳务派遣

法律对劳务派遣有诸多管理性规定,其中包括被派遣劳动者应当符合临时性、辅助性、可替代性的特征;从事劳务派遣的单位应当具备相应的派遣资质;劳务派遣单位应当与劳动者订立两年以上的劳务派遣合同;用工单位不得将用工期限分割订立为数个劳务派遣协议;用工单位不得将被派遣劳动者再派遣到其他用人单位;应当保证被派遣的劳动者与其他员工同工同酬;劳务派遣的员工数量不能超过法定比例,使用的被派遣劳动者数量不得超过其用工总量的10%等。

违反上述规定是否必然导致劳务派遣行为无效,认定用工单位与劳动者之间建立事实劳动关系?关于这一问题虽然略有争议,但大多数地区的观点认为违背劳务派遣的管理性规定,并不必然导致认定用工单位与被派遣劳动者之间建立事实劳动关系。但在劳务派遣单位没有劳务派遣资格或劳务派遣单位未与被派遣劳动者订立、续签劳动合同的情况下,有观点认为此时应当视为“假派遣真劳动”的情况。近日山东省烟台中院发布的劳动争议裁判意见也支持如上观点,意见内容如下:“三十二、用工单位违反《劳务派遣暂行规定》第三条、第四条规定的劳务派遣用工范围和用工比例,应当由人力资源社会保障行政部门依法处理,但不影响劳务派遣协议及劳务派遣人员劳动合同的效力。三十三、用工单位使用未取得经营劳务派遣业务行政许可单位派

遣劳动者的,或者使用未依法与劳务派遣单位订立书面劳动合同、劳动合同期满后超过一个月未续订劳动合同的被派遣劳动者的,以及用工单位未与劳务派遣单位订立、续订劳务派遣协议使用被派遣劳动者的,该劳动者与用工单位之间直接建立事实劳动关系。”

总体而言,是否通过劳务派遣,认定用工单位与被派遣劳动者建立事实劳动关系,依旧要结合劳动关系的特征进行认定。违背劳务派遣的管理性规定并不必然导致劳务派遣行为无效,但从综合用工的形式来看,派遣已“名存实亡”时,则可以认定用工单位与被派遣的劳动者存在事实劳动关系。对于用工单位而言,应当积极监督劳务派遣单位为被派遣劳动者依法依规缴纳社保并与其签订、续签劳动合同。

劳务派遣中还有一个值得探讨的问题,就是在何种情形下用工单位与劳务派遣单位对被派遣劳动者承担连带赔偿责任。其典型争议在于,如果劳务派遣单位未缴纳工伤保险,当劳动者发生工伤时,用工单位是否应当承担连带赔偿责任?

2008年版的《劳动合同法》第九十二条规定,“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”。2013年7月1日修订后的《劳动合同法》第九十二条规定,“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”。由此可见,2012年《劳动合同法》修正时进一步明确,只有用工单位造成被派遣劳动者损害时才需要承担连带赔偿责任。缴纳社会保险是用人单位的义务,是否缴纳社会保险也仅能影响工伤赔偿的责任主体,并非由此导致劳动者遭受工伤损害。由此,不能因为劳务派遣公司未为劳动者缴纳社会保险,即要求用工单位承担连带赔偿责任。用工单位造成被派遣劳动者损害的情形一般包括用工单位管理不善、其机器设备故障或用工单位未履行对劳动者的相关培训义务等。

### 模式三:非全日制用工

根据企业的实际用工情况选择合适的灵活用工模式十分重要,这在适用非全日制用工时尤为明显。采用非全日制用工模式的优势十分明显,用人单位可以与劳动者协商不缴纳社保,同时可以任意解除双方劳动关系,用人单位无需补偿、赔偿。但选择非全日制用工也有诸多限制,其中包括劳动者平均每日工作时间不得超过四小时,每周工作时间累计不得超过二十四小时;非全日制用工小时的工资标准不得低于用人单位所在地人民政府规定的最低小时工资标准;非全日制用工工资结算支付周期最长不得超过十五日;非全日制用工双方当事人不得约定试用期。

双方的劳动关系是否为非全日制用工最为重要的一点即是劳动者每日的工作时间。如果劳动者实际从事的是全日制工作,用人单位与劳动者签订非全日制劳动合同反而会有更大的风险,其中包括要求用人单位支付未签劳动合同的二倍工资、补缴社保、支付经济补偿、赔偿金等。

由此可以看出,非全日制用工有一定的局限性,对于一般车间工人、办公室白领来说可能都无法适用,比较常见的采用非全日制用工的岗位包括社区工作人员、搬运工、装卸工、超市营业员等。

### 模式四:招用实习人员、退休人员、兼职人员

法律虽然并未限制在校实习生作为劳动者的主体资格,但是除非有证据证明实习生在用人单位从事的工作与一般劳动者无异,否则一般不会认定实习人员与用人单位建立劳动关系。由此在招用实习人员时,实习协议的约定对于判定是否存在事实劳动关系尤为重要。如为避免被认定是劳动关系,双方可以在实习协议中约定实习人员是为了更好地完成学业,增强就业能力,于是到用人单位实习锻炼。用人单位应当安排指导老师,实习人员并不承担具体工作任务,也不享有工资,但用人单位可向其发放实习补贴等其他补助。

重庆等诸多地区的裁判观点认为,用人单位招用达到法定退休年龄的人员,无论其是否享受养老保险待遇,均不会被认定为劳动关系,而是劳务关系。由此用人单位招用实习人员、退休人员均无需承担劳动关系项下的用工责任,双方可以约定随时解除用工关系且无需补偿赔偿,无需缴纳社会保险,用工期间双方其他的权利义务也可以自由约定。

用人单位招用兼职人员虽然需要与其建立劳动关系,但如果该员工在原单位已经参缴了社保,用人单位无法为其重复参保,就无需承担缴纳社保的法律责任。但工伤保险有所例外,多方用工时应当依法分别购买工伤保险,以防范发生工伤的法律风险。

用人单位在招用与其他单位建立劳动关系的兼职人员时,应当征得原单位的同意,否则给原单位造成损失的,需要与劳动者一同承担连带赔偿责任。比较常见的兼职人员包括,在其他单位办理内退或停薪留岗手续的人员,其劳动关系虽然在原单位,原单位依法为其缴纳社保,但并未在原单位实际从事劳动。

### 模式五:非典型的多样化用工模式

随着社会经济的发展,尤其是近些年互联网公司的迅速崛起,出现了诸多的新型用工模式,例如外卖员、打车软件司机、网络主播、邮政代办员、保险代理人等。同

岗位不同单位招用上述人员的具体用工模式也有诸多不同,立法层面对于以上新兴的用工模式也持观望态度,由此判定是否属于劳动关系,还应当按照原有的劳动关系理论进行认定。

下面就以北京市海淀区人民法院判决的闪送员与闪送平台确认劳动关系一案为例,对诸多如上的新型用工模式做简要分析。闪送员李先生在从事闪送业务时发生了交通事故,为享受工伤保险待遇,李先生将闪送平台经营者北京同城必应科技有限公司诉至北京市海淀区人民法院,要求确认双方2016年5月29日至2017年3月30日存在劳动关系。6月6日,海淀区人民法院审结了此案。

法院经审理查明:李先生下载闪送APP并注册成为闪送员,自行购买配送车辆,在平台上抢单后从事快递配送服务。李先生无底薪,每单配送收益的80%归其所有,计入APP账户内,剩余的20%归属闪送平台。闪送平台对李先生无工作量、在线时长、服务区域方面的限制和要求,但对每单的配送时间有具体规定,在超时、货物损毁的情况下会罚款。快递员不得同时为其他平台提供服务,闪送平台为快递员购买商业保险。

法院经审理后认为:法律关系的性质,应根据事实审查认定,当事人不能以协议约定的方式排除劳动法之适用。闪送平台的经营模式为通过提供大量货物运输服务来获取利润,故闪送平台的运营公司并不是一家信息服务公司,而是一家从事货物运输业务经营的公司,且闪送员的作用在于提供货物运输服务,使同城必应科技公司得以履行货物运输合同中运输货物的合同义务。本案中,同城必应科技公司在招聘闪送员时,对担任闪送员的条件作出了要求,李先生在进行闪送服务时需佩戴工牌,按照服务流程的具体要求提供服务,在担任平台闪送员期间李先生并未从事其他工作,从事闪送员工作获取的报酬是李先生的主要劳动收入,故同城必应科技公司与李先生之间具有从属性,双方之间属于劳动关系。

同城必应科技公司从李某提供的劳动中获益,则应当承担相应的法律责任及企业之社会责任。若允许其低成本用工,则必然缺乏防范用工风险之主动性,降低采取劳动安全保护措施的积极性,由此带来的社会问题必然增多;互联网企业不能因其采用了新的技术手段与经营方式而不承担本应由其承担的法律责任与社会责任。作为运用新技术手段进行经营的公司,其完全可以运用信息技术的优势实现合法的经营、管理。法院不能因为相关配套制度尚不完善而拒绝向劳动者提供基本权利之救济。最终,法院判决确认李先生与同城必应科

技公司之间存在劳动关系。

笔者对上述判决持不同观点,以下分别从建立劳动关系的合意、人身从属性、经济从属性三个方面分析为何不应当认定双方建立事实劳动关系。

● **建立劳动关系的合意:**是否存在劳动关系虽然不能由双方自行约定,但双方是否有建立劳动关系的合意,应属认定劳动关系的重要因素之一。结合本案而言,李先生在提供劳务的过程中并没有和闪送平台建立劳动关系的意思,而是在发生交通事故后才“临时起意”地认定劳动关系。

● **人身从属性:**闪送平台对闪送员无工作量、在线时长、服务区域方面的限制和要求,仅仅是对其抢到单后的服务质量有所要求。双方管理与被管理的属性并不明显,更像是民商事活动中对劳务提供方或者承包方提供服务质量的标准作出的约定。

● **经济从属性:**闪送平台对闪送员并没有底薪保障,也无固定的工作指令,闪送员的业务均靠自己抢单所得,闪送员每单服务费用的分配比例达80%。闪送员也完全可以开拓其他的收入来源。虽然本案的李先生从事闪送员工作获取的报酬是其主要劳动收入,但这并不能成为认定双方存在经济从属性的依据。

由此双方不符合建立事实劳动关系的特征。如果将以上裁判内容作为今后认定是否存在事实劳动关系的标准,那么绝大多数的互联网平台用工会被认定为存在事实劳动关系,长久而言,这并非对劳动者有利。

从目前主要的用工模式来看,打车软件司机一般是与车辆管理公司签订劳动合同,与软件平台无劳动、劳务关系,直接在平台注册的顺风车司机与软件平台之间也并非劳动关系。网络主播、邮政代办员、保险代理人等职业,从笔者所见的大多数合同、操作模式来分析,也不应当认定其与用人单位建立事实劳动关系。

灵活用工的核心就是“去劳动化”,因为只要不认定为劳动关系,用人单位对劳动者承担的责任就少之又少。当然这也体现出了劳动关系认定所对应的待遇“一刀切”的现象。现在学界对于建立分层劳动关系保障体系的思路已经初步达成共识,即将劳动者与用人单位之间的关系分为不同等级的用工关系,相应规定不同程度的用工保障。

目前,劳动关系对应的用工保障“一刀切”还有一个例外,即为了救济工伤员工,确立了认定工伤不以存在劳动关系为前提的原则。因此对于用人单位而言,只要未为其招用的员工缴纳工伤保险,均应当为其购买商业保险中的雇主责任险以规避用工风险。

(作者系重庆百君律师事务所律师)

(人力资源,2019.9)