

■ 权益视点

遭遇“逆向劳务派遣”，劳动者如何维权？



一些用人单位已经与劳动者建立劳动关系，却不愿或不肯与劳动者签订劳动合同，而让劳动者与指定的劳务派遣机构签订劳动合同后，再由劳务派遣机构将这些劳动者派回本单位工作。这种用工行为被叫作“逆向劳务派遣”。用人单位借这种做法，刻意掩盖或规避其与劳动者先期已经真实存在的劳动关系，力图把自己从用人单位的角色，“打扮”成只与劳动者存在派遣关系的用工单位。逆向劳务派遣，扭曲了劳务派遣单位、用工单位与劳动者之间的关系，是用人单位逃避法律责任的障眼法，其本质上就是假派遣。

多年老员工突然成“派遣”

姜某在某工程总公司工作17年，先后被安排到工程一处、租赁分公司工作。2017年12月29日，租赁分公司向姜某邮寄送达了“终止劳动合同通知书”，通知姜某，他与某劳务派遣公司之间的劳动合同于2017年12月31日期满后不再续签。姜某接到通知后大吃一惊，自己在工程总公司兢兢业业干了10多年，工作岗位、性质也未发生大的调整，公司不仅突然终止劳动合同，而且不知何时自己竟然成为劳务派遣工。经多次与公司人力资源部门沟通，并经查询社会保险账单证实，自2010年1月起，为自己缴纳社会保险的单位竟然一直为某劳务派遣公司。

姜某很是想不通，多次与公司领导协商，始终未得到满意答复。愤怒之余，姜某提请劳动仲裁，最后官司一直打到法院。庭审中，工程总公司辩称，2010年1月，公司安排姜某与某劳务派遣公司签订劳动合同，姜某并未表示反对，自那时起姜某就是劳务派遣工。姜某经常无故旷工，严重违反员工奖惩管理办法，公司为照顾姜某的面子及便于其以后找工作，没有使用开除的方式，而是以劳动合同到期不再续签为由向姜某发出了终止合同通知。

那么，工程总公司的行为属于逆向劳务派遣吗？

逆向劳务派遣如何判断

依据《劳动合同法》，判断派遣活动是否属于逆向劳务派遣，主要可以从下述几个方面入手：

（一）劳动者与实际用工单位之间是否存在劳动关系，这是判断逆向劳务派遣的首要因素，也是关键因素。在劳务派遣中，劳动者与实际用工单位之间已经不存在劳动关系（包括事实劳动关系）；即使之前存在过劳动关系，在派遣之前，双方的劳动关系已经依法解除或依法终止。而在逆向劳务派遣中，劳动者与假扮的用工单位之间已经建立了劳动关系，而且这种劳动关系在派遣后依然未被解除或者终止。

在逆向劳务派遣中，由于劳动者和实际用工单位之间并未解除劳动关系，或者已构成事实劳动关系，劳动者与劳务派遣机构再次签订劳动合同，违反了劳动关系的唯一性，因此劳动者与劳务派遣机构所签订的劳动合同应认定为无效合同，应当由实际用工单位承担相应的用工责任。

有一种情形，虽类似逆向派遣，但应区别对待。即劳动者曾经工作过的用人单位，与劳动者已经依法解除或终止劳动关系，劳动者与劳务派遣机构自愿签订劳动合同后，再派回到原来的单位工作，在这种情形中，原用人单位与劳动者的劳动关系已经依法终结，这种派遣不属于逆向劳务派遣。劳务派遣机构承担相应的用工责任，原用人单位与劳动者仅为劳务关系。

（二）劳动者与劳务派遣机构签订劳动合同是否建立在平等、自愿基础上。在劳务派遣中，劳动者与劳务派遣单位之间，属于用人单位与劳动者之间的关系，双方签订的劳动合同应该建立在诚实信用、平等自愿的基础上。而在逆向劳务派遣中，部分用人单位会对劳动者采用隐瞒的方式，诱骗劳动者与派遣单位签订劳动合同，但劳动者却并不知晓已经从用人单位的合同工变为派遣用工。甚至有些用人单位利用劳动者的弱势地位，采用逼迫的手段迫使劳动者签订劳务派遣合同。

（三）派遣岗位是否符合法律的相关规定。在劳务派遣中，劳动者从事的是临时性、辅助性、或者替代性的工作。而在逆向劳务派遣中，部分劳动者实际所在工作岗位是长期、稳定、重要的岗位。

（四）劳务派遣单位的设立，与用人单位是否有直接关联。这点也很重要，如果是用人单位或其所属单位出资或合伙设立劳务派遣公司，再自我派遣，那所谓的派遣活动就是掩耳盗铃，自欺欺人。

遭遇逆向劳务派遣该咋办

现实生活中，如果劳动者一不小心遭遇



董律师信箱

小易说法

因公出差夜间猝死，算工伤吗？

【案情简介】
职工老王上周被公司安排到外地洽谈业务，夜间休息时突发疾病，抢救了24小时还是未能挽救其生命。老王的家属认为这种情况应该属于因工死亡，与用人单位发生争议，遂向当地工会组织求助。

【点评】
根据《工伤保险条例》第十五条第（一）项规定“职工有下列情形之一的，视同工伤：在工作时间和工作岗位，突发疾病死亡或者在48小时之内经抢救无效死亡的”。根据上述规定，视同工伤情形必须同时满足“在工作时间和工作岗位”“突发疾病死亡或者在48小时之内经抢救无效死亡的”这三个要素。

老王的情形能否被认定为工伤的关键在

于：出差期间是否属于在工作时间和工作岗位？
根据最高人民法院《关于审理工伤保险行政案件若干问题的规定》第五条第（二）款规定，“社会保险行政部门认定下列情形之一为“因公外出期间”的，人民法院应予支持：职工受用人单位指派外出学习或者开会的活动期间。”根据上述条款，“出差期间”可以认定为在“工作时间和工作岗位”的一种特殊情况。

本案王某为履行工作职责，受单位委派出差完成单位交办的工作，在这一特定时间段和空间场所内，只要不从事与外派工作无关的行为，无论是工作时间还是合理的休息期间，均属于因工作所需的时间；其次，王某因工作原因突发疾病48小时之内经抢救无

效死亡，满足“在工作时间和工作岗位，因突发疾病48小时抢救无效死亡”的情形，故王某应认定为工伤。

特别提醒
职工因公外出期间能否被认定为工伤，还要具体情况具体分析。比如，职工因公外出工作、学习、开会期间，如果从事与工作、学习及开会无关的个人活动受到伤害，则不能被认定为工伤。另外，《工伤保险条例》还规定了存在故意犯罪、酗酒或者吸毒、自残或者自杀等情形的不得认定为工伤的情形。建议事故发生后，用人单位、职工或其近亲属应尽快到统筹地区社会保险行政部门提出工伤认定申请，是否能被认定为工伤，要以社保部门出具的认定结果为准。

易怀丽

【案情：排名末尾被辞退】
小仲是优估(上海)信息科技有限公司金融销售人员。由于2019年4月产出为1单，5月产出为0单，该公司根据《市场业务线“英雄联盟”竞赛制度》之优化及保护机制第三条规定，公司决定终止劳动合同，且不予支付任何经济补偿。

该竞赛制度第三条规定，月度赛排名末尾5%的员工将进入优化流程，符合优化保护机制的员工可根据流程申请保护，优化及保护机制包括：连续2个月进入排名末尾5%的参赛员工，公司有权与其无偿解除劳动合同。

2019年6月3日，公司发出《劳动合同过错性解除通知》，解除了与小仲的劳动合同。

争议：业绩不佳，公司能否无偿解除劳动合同？

劳动者业绩不佳是企业常见的裁人理由，业绩不佳的原因有很多，比如工作能力、工作态度、身体疾病、外部市场、同事配合等等。此外，如果进行业绩排名，总会有人处于末位。用人单位是否有权解除业绩不佳的员工？

仲裁观点：末位淘汰违法

仲裁委审理认为，用人单位在劳动合同期限内通过“末位淘汰”等形式单方解除劳动合同，劳动者可以用人单位违法解除劳动合同为由，请求用人单位支付赔偿金。本案中，信息科技公司以小仲连续2个月进入赛果排名末尾5%，而解除与小仲的劳动关系，缺乏法律依据。仲裁裁决信息科技公司支付小仲违法解除劳动合同赔偿金16960元。

点评：履行劳动合同并无效率担保义务

劳动合同的履行标的，不同于买卖等合同标的，法理上，劳动者履行劳动合同并无效率担保义务。

我国《劳动法》第三条第二款规定，劳动者应当完成劳动任务，提高职业技能。这条法律规则属于法理上无制裁性质的该当规定。一般来说，劳动义务履行客观的给付标准(勤劳、地方习俗、商业习惯等等)并无规范性效力，需要以劳动者主观可能为界限，作为用人单位应当容忍劳动者个人不同能力及工作效率。所以末位淘汰规定违反了法律，象本案这种进入排名在后5%的规定，是一种改头换面的末位淘汰规定，以这种理由解除劳动合同应当认定为违法解除。

不过，法律虽然不要求劳动者对工作效率承担保证义务，但如果劳动者故意不适当当地履行劳动合同，故意不为适当给付义务，就构成权利滥用，用人单位可以解除劳动合同。

（案件来源：连云港市劳动人事争议仲裁委员会连劳人仲案字[2019]第479号） 徐旭东

提个醒

规章修订未经职代会 解除劳动合同未告知工会

用人单位“依规”辞退员工反遭索赔

前不久，扬州市劳动人事争议仲裁院受理了这样一起劳资纠纷：扬州某企业员工老陈因为食堂打饭师傅的手“抖了抖”，自己餐盘内少了些青菜，便和打饭师傅“大打出手”，结果被单位辞退了。收到单位解除劳动合同关系的通知后，老陈不服气，一纸诉状到扬州市劳动人事争议仲裁院把单位告给了。在老陈看来，他和打饭师傅的“冲突”只是持续片刻就平息了，公司直接把他“开了”，太过苛刻。

接到老陈的诉状，企业表示十分“委屈”，他们辩称：公司《员工手册》中明确规定，“直接或间接地侮辱或攻击客人或者同事”属于“严重违章”，老陈在公司打架造成极坏影响，公司先是停工三天，之后才根据《员工手册》正式通知老陈解除劳动合同关系，公司这样做属于“依规”辞退，没有什么不妥之处。

然而，仲裁庭审理发现，老陈入职时，企业并未告知其《员工手册》主要内容。同时，该公司的《员工手册》中有关劳动纪律等涉及劳动者切身利益的规章制度，在修订时并没有与公司工会或职工代表平等协商，更没有经过职工代表大会或全体职工讨论通过，在程序上是不合法的。此外，该公司在解除老陈劳动合同时，并未告知公司工会。综上所述，该公司与老陈解除劳动合同属于违法解除。经审理，公司需支付老陈违法解除劳动合同赔偿金等2.4万元。

接到这个仲裁结果，公司感到不可思议，便求助于劳动法律专家。专家表示：在经过民主程序且内容不违法的情况下，企业制定的规章制度可以作为处理案件的依据，但如果程序不合法公司规章就不合法。同时，解除员工劳动合同之前，要告知工会并征求意见，这个前置程序必不可少。否则就可能本来有理，反而要掏赔偿金了。如果企业没有成立工会该怎么办？法律专家表示，根据有关法律规定，单位没有建立工会，用人单位解除员工劳动合同应征求所在地工会的意见，把事实告知所在地工会，这是解除劳动合同之前的重要程序。

那么，如果劳动者在遭到用人单位违法解除后，可通过哪些途径维权呢？劳动法律专家为劳动者送上了两个“锦囊”：一是向当地劳动监察大队进行举报，劳动监察大队会责令用人单位改正，并给予处罚。二是申请劳动仲裁，请求劳动人事争议仲裁庭根据《劳动合同法》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。

通讯员 田文荟 记者 王槐艾

以案说法

全省工会“十佳职工维权典型案例”②

工伤认定超时效 二次鉴定获赔偿

【案情介绍】
职工朱某在海安一建筑工地上班，该工程为仲某挂靠海安某建筑公司施工项目，仲某将该工程的劳务部分又分包给包工头陆某，朱某即受雇于陆某。2015年7月，施工过程中朱某不慎跌落受伤，经鉴定伤残程度为八级，包工头陆某在支付了医疗费30多万元后不愿再承担责任。后朱某病情加重，出现症状性癫痫，多次住院，直至瘫痪在家。朱某家人四处奔波求助。

海安市总工会接到情况反映后，主动提供法律援助，针对朱某申请工伤已超过时效、伤残等级有可能加重的情形，向海安市人民法院以人身损害赔偿提起了诉讼，并提供证据要求重新进行伤残鉴定。而包工头陆某等人不同意再次鉴定，要求仍按照之前的鉴定标准执行。

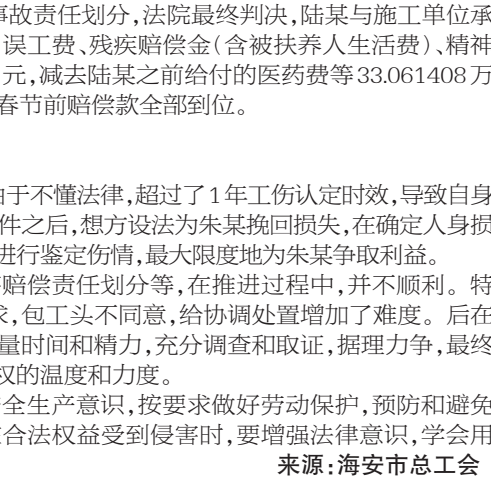
庭审中，援助律师据理力争，指出原鉴定为8级伤残，但其后朱某脑外伤导致出现症状性癫痫，多次前往医院住院治疗，其伤情明显加重，原鉴定不能全部反映朱某的目前伤情，如按照8级伤残来计算朱某的损失，对其不公平。由于双方争议较大，该案一共经历了3次庭审和2次庭外调解。最终，法院采纳了援助律师的代理意见。经重新鉴定，朱某构成6级伤残，误工期为784日。事故发生时，朱某没有按照要求配戴安全帽参与施工，在明知缺少一块玻璃而没有安装的情况下，在空中搁置了一块木头走动，造成坠落受伤，其本人对事故发生也应承担一定责任。依据人身损害赔偿和事故责任划分，法院最终判决，陆某与施工单位连带赔偿责任，须向朱某支付医疗费、护理费、误工费、残疾赔偿金(含被扶养人生活费)、精神损害抚慰金、交通费、鉴定费合计659488.15元，减去陆某之前给付的医药费等33.061408万元，还需赔付朱某32.887407万元。2018年春节前赔偿款全部到位。

【案件点评】
本案中的朱某原本可以申请工伤，但是由于不懂法律，超过了1年工伤认定时效，导致自身合法的权益难以维护。工会援助律师接手案件之后，想方设法为朱某挽回损失，在确定人身损害赔偿方案的同时，根据朱某情况，推动重新进行鉴定伤情，最大限度地为朱某争取利益。

由于该案涉及发包、分包、再分包、损害赔偿责任划分等，在推进过程中，并不顺利。特别是援助律师提出的伤残等级重新鉴定要求，包工头不同意，给协调处置增加了难度。后在工会援助律师坚持不懈的努力下，花费了大量时间和精力，充分调查和取证，据理力争，最终打赢了官司，充分体现了工会娘家人依法维权的温度和力度。

此案警示广大职工：在工作中要提高安全生产意识，按要求做好劳动保护，预防和避免意外事故发生，保障自己的生命健康权。在合法权益受到侵害时，要增强法律意识，学会用法律及时维护自己的合法权益。

来源：海安市总工会



老徐评案

末位淘汰违法