外包协议详细约定劳动合同条款

员工主张与公司存在劳动关系获支持

□本报记者 赵新政

为否认与员工之间存在劳动关系，进而规避未签订劳动合同、支付离职经济补偿等法律责任，王飞乐(化名)所在公司的老板“拼”了。

“我们老板先是搬出公司与员工签订的技术外包合作协议，称双方之间系承揽关系。见这招儿不灵后，又说其公司仅有4名员工，给我们发工资的是外聘兼职会计，与公司无关。”王飞乐说，当他举证证明老板的儿子曾与其谈过工资及招聘事宜时，老板又称其与儿子关系很不好，从未授权儿子这么做，其所有行为不代表公司。

“事实上，公司的外聘会计就是老板的未婚儿媳。老板如此不讲理，我们只能申请仲裁和法院进行处理。”王飞乐说，其请求获得仲裁和一审法院的支持。2月5日，二审法院从雇佣关系和承揽关系的本质区别入手，再次确认其与公司存在劳动关系，并判令公司向其支付经济补偿等76075元。

外包协议名不副实 员工离职要求补偿

王飞乐说，2019年10月份以来，他和10多名同事先后与公司发生劳动争议，而争议的核心是公司与他们之间究竟是劳动关系还是承揽关系。

2019年5月11日，王飞乐与公司签订的《技术外包合作协议书》载明：一、王飞乐系承包主体，王飞乐为公司提供软件开发技术服务；二、公司将软件开发业务承包给王飞乐，外包业务实行任务责任制，王飞乐应本着诚信原则按公司要求完成；三、浮动技术服务费为10400元，合作期间公司为王飞乐购买商业保险；王飞乐完成不了公司的技术要求，公司有权不付技术服务费；双方合作满1年，公司按照承接项目总利润的2%作为奖励。

王飞乐将《技术外包合作协议书》第六项约定用红色的笔圈起来，该约定的内容是：王飞乐在履行双方约定的技术服务过程中，当事人无论任何原因受伤或患病不能正常工作，需要休养或者治疗（包括住院治疗）的，王飞乐同意自理医疗等所有费用，休养、治疗期间公司不支付报酬；若休养、治疗周期超过30天，则公司有权解除本协议；王飞乐在履行双方约定的技术服务过程中，若当事人受到第三人伤害的，王飞乐应向第三人主张损害赔偿；王飞乐在履行双方约定的技术服务过程中，因当事人责任，对三方安全、信誉、声誉、财产等造成损失、损坏，第三人追责、追偿的，由王飞乐全权负责，与公司无关。

关于劳动纪律，该约定明确：王飞乐在履行双方约定的技术服务过程中，应当遵守公司依法制定的与其履行技术服务相关的规章制度，同时遵守第三方的相关管理制度和要求；王飞乐在履行双方约定的技术服务过程中，如违反公司规章制度，公司可依据其规章制度处理并有权向其追究赔偿责任。此外，王飞乐在技术服务中因自身人员不够产生雇员，公司对劳务关系及劳务纠纷不负任何责任；王飞乐给公司提供的技术服务版权归公司所有，王飞乐保密不能泄露给第三方，且两年内不得从事与公司提供技术支持类似的工作。

“由于上述协议名不副实，对我们的约束更像是用人单位对员工的管理，所以，我离开时要求公司支付相应的经济补偿，但被公司拒绝。”王飞乐说。

员工主张劳动关系 公司一概予以否认

王飞乐于2019年10月12日申请劳动争议仲裁，请求裁决公司向其支付未签订书面劳动合同二倍工资差额、解除劳动关系经济补偿金等请求并获得支持。

公司不服该裁决，向一审法院提起诉讼。公司的理由是其系一家“软件业务”外包专业公司，其与王飞乐之间是承揽合同关系，而不是劳动关系。

庭审中，王飞乐提交微信群聊天记录截图及与周某的微信聊天记录，证明其与公司之间存在劳动关系且存在延时、周六日及法定节假日加班的情况。其中，周某问王飞乐是否会计算机编程，称想招一个靠谱的人负责前端。王飞乐说会并将其作品发给周某，两人就工作内容和待遇进行商谈并约定2019年5月11日面谈。

公司对微信群聊天记录的真实性、关联性及证明目的均不认可，称公司对这两个群的存在不知情，与公司无关，截图中未体现出其公司的名字。公司称其是一家小程序外包公司，两个股东分别是惠某和薛某，另有两名正式合同的员工席某和黄某，公司一共4个人，贾某是公司的外聘兼职会计。

仲裁裁决书载明，公司认可上述证据的真实性，不认可证明目的，称周某既不是公司的老板也不是员工，认可其是惠某之子，公司未授权周某处理任何事情。因周某和惠某关系很不好，公司和惠某并未授权周某为其招聘员工。

公司提交微信转账凭证，证明其已向王飞乐转账3000元。关于公司系通过谁的账户向王飞乐转账支付该款项，公司表示不清楚，称其根据合同需要支付多少钱，把款项放在贾某的微信里，通过贾某的账户向外转出，但贾某具体通过谁的银行卡转出不清楚。

法院另外查明，公司的经营范围包括技术开发、服务、咨询、推广、劳务服务等。

协议条款前后矛盾 公司被判支付补偿

结合双方的陈述及证据，一审法院认定王飞乐与公司之间存在劳动关系，具体理由如下：

第一，微信记录可以证明王飞乐系由周某面试入职，周某对其进行直接管理并向其支付劳动报酬，公司的抗辩意见不能成立。

首先，周某在2019年5月10日的微信中称想招前端人员询问王飞乐能否胜任，两人就工作内容、要求及待遇进行讨论并约定5月11日面谈，5月11日公司即与其签订了技术外包合作协议书；其次，公司提交的微信转账记录与王飞乐提交的微信聊天记录中显示的周某承诺向王飞乐转账的时间、金额均相同；再次，公司自认周某系公司法定代表人惠某之子，且与公司会计贾某系恋人关系。由此，可以认定周某系代表公司招聘王飞乐，并对其进行管理和发放工资。

第二，公司与王飞乐签订的合同虽名为技术外包合作协议，但其合同条款内容存在相互矛盾之处，且合同内容中包含了公司对王飞乐的管理性规定。

首先，合同中约定王飞乐的业务实行任务责任制，浮动技术费为10400元；但合同中又同时约定王飞乐在提供技术服务过程中无论因任何原因受伤或患病不能正常工作，需要休养治疗，费用自理，且休养治疗期间公司不支付报酬。按照前者约定，王飞乐系按照完成项目情况获取报酬，而按照后者约定，王飞乐的报酬与其工作时间相关；公司对合同前后条款中存在的矛盾未能作出合理解释。

其次，该份合同中约定了王飞乐要遵守公司的规章制度及第三人方的相关管理规定和要求，体现了公司对王飞乐的管理性，区别于合作关系中双方当事人平等合作的法律关系性质；另合同中约定合作期间公司为王飞乐购买商业保险亦区别于合作关系中风险自担的情形。

第三，公司的经营范围中包括技术开发，王飞乐所从事的软件开发属于公司的业务范围。

综上所述，一审法院对王飞乐的主张予以采信，依法认定王飞乐与公司自2019年5月11日至2019年10月12日期间存在劳动关系，公司应支付王飞乐前述期间工资。

此外，公司与王飞乐虽然签订的合同名为技术外包合作协议，但从其内容看，包含了劳动合同的核心条款，且庭后提交的补充意见中亦主张该合同名为合作协议实为试用期劳动合同，故王飞乐主张公司在2019年5月11日至8月11日未签劳动合同无事实依据，法院不支持其该期间的二倍工资请求。因公司无证据证明在2019年8月12日至2019年10月12日期间与王飞乐签订了书面劳动合同，故应支付该期间的双倍工资。

据此，一审法院判决确认双方自2019年5月11日至2019年10月12日期间存在劳动关系、公司应支付王飞乐在职期间工资差额及未签订劳动合同双倍工资差额70875元、解除劳动关系经济补偿金5200元。各项合计76075元。

公司不服判决提起上诉。二审法院审理判决：驳回上诉，维持原判。

已获商业保险赔付 员工还可享受工伤待遇

近日，读者刘先生向本报反映说，他在一家公司上班，老板为员工办理了商业保险。此后，他在工作中受伤，保险公司按照标准向他支付了人身伤害赔偿金。可是，他认为自己还有权获得工伤保险待遇，但公司认为其已为我购买了商业险，没有义务再支付工伤保险待遇。

刘先生想知道：他能获得工伤保险待遇吗？

法律分析

刘先生提出的这个问题目前具有一定的普遍性。当下，故意混淆社会保险和商业保险的区别，以商业保险搪塞劳动者要求办理社会保险的正当要求的事例屡屡发生，严重侵害了劳动者的合法权益。

社会保险与商业保险是完全不同的，商业保险例如意外伤害保险不能代替社会保险。社会保险(包括养老、医疗、工伤、失业、生育等)是根据国家制订的《社会保险法》实施的一种强制性、普遍性的保险，其投保主体是用人单位和劳动者,因此,只要双方建立了劳动关系，就应当参加社会保险，不参加社会保险的行为是违法的。《社会保险法》明确规定了用人单位为职工缴纳社会保险费的义务,这种义务是强制性的,不因任何因素而免除。

所以，公司主张其已为刘先生购买了商业险便没有义务再为其参加社会保险的观点于法无据。商业保险不能代替社会保险，刘先生有权利获得工伤保险待遇。

王同翠 律师

妹妹顶替姐姐上班 途中遭险不属工伤

编辑同志：

一家公司在招聘广告中要求应聘人员必须有研究生学历和相应工作经历。我虽然不具备条件,但因为心仪该份工作,遂用符合条件的姐姐的名义参加应聘。由于我们长得很像,我不仅被公司录用,还以我姐姐的名字向我发放了工作证、开设了工资账户。岂料,我在上班的第一天便遭遇交通事故。

请问：在对方司机负事故全部责任的情况下，我能否要求公司给予工伤赔偿？

读者：王小萌

王小萌读者：

你无权要求工伤赔偿，因为公司承担此责的前提是彼此之间存在劳动关系，而你与公司之间并不存在劳动关系。

《劳动合同法》第三条规定：“订立劳动合同，应当遵循合法、公平、平等自愿、协商一致、诚实信用的原则。依法订立的劳动合同具有约束力，用人单位与劳动者应当履行劳动合同约定的义务。”其中不仅强调只有依法订立的劳动合同才具有法律约束力，而且明确了诚实信用原则。

诚实信用原则要求当事人应本着诚实、守信、善意的态度签订、履行合同，不得滥用权利或故意规避义务。诚实信用原则要求劳动者应当秉持着诚实、善意的动机，尽到谨慎的注意义务，忠实维护用人单位的合法权益。本案中，你为一己之私，不顾公司招聘要求，制造假象、隐瞒真相，冒名、冒用资料应聘，不仅违反应尽义务，而且恶意损害公司利益。

劳动关系的成立，应当以双方存在确立劳动关系的合意为前提。而公司并没有招用你，你以姐姐的名义到公司上班也没有征得公司的同意，意味着你与公司之间不存在确立劳动关系的合意。

此外，《关于确立劳动关系有关事项的通知》第二条规定：“用人单位未与劳动者签订劳动合同，认定双方存在劳动关系时可参照下列凭证：(一)工资支付凭证或记录(职工工资发放花名册)、缴纳各项社会保险费的记录；(二)用人单位向劳动者发放的‘工作证’‘服务证’等能够证明身份的证件；(三)劳动者填写的用人单位招工招聘‘登记表’‘报名表’等招用记录；(四)考勤记录；(五)其他劳动者的证言等。”而本案中，公司支付工资的账户、发放的工作证及招用记录均是以你姐姐名义办理或进行的，而你并无相关凭证，如果公司否认与你存在劳动关系，你必须承担举证不能的不利后果。

廖春梅 法官