

## 违法分包的工伤认定程序研究

张 钰, 朱星睿

文华学院, 湖北品牌发展研究中心 湖北武汉

【摘要】实践中, 违法分包中的工伤认定容易陷入“循环诉讼”, 劳动者难以实现工伤保险待遇, 违背了立法初衷。应在正确认识“用工主体责任”性质的基础上, 重新设计违法分包的工伤认定特殊程序, 包括: 在工伤认定程序中, 人社部门不以存在劳动关系作为受理条件; 将违法分包行为和违法分包的主体认定作为工伤认定的前置程序; 明确法院工伤认定的最终权力; 允许劳动者提起行政附带民事诉讼。

【关键词】违法分包; 工伤认定; 劳动关系; 用工主体责任

【收稿日期】2025 年 8 月 14 日 【出刊日期】2025 年 9 月 12 日

【DOI】10.12208/j.ssr.20250355

### Research on the process of work-related injury identification about illegal subcontracting

Yu Zhang, Xingrui Zhu

Wenhua College, Hubei Brand Development Research Center, Wuhan, Hubei

【Abstract】In practice, the work-related injury identification in cases of illegal subcontracting is often prone to falling into "circular litigation", making it difficult for workers to obtain work-related injury insurance benefits, which goes against the original intention of the legislation. Based on a correct understanding of the nature of "employer entity responsibility", a special procedure for determining work-related injuries in cases of illegal subcontracting should be redesigned, including: in the work-related injury identification process, the human resources and social security department should not consider the existence of a labor relationship as a prerequisite for acceptance of the application; the behavior and subject of illegal subcontracting for it should be regarded as the prepositive procedure for work-related injury identification; clarify the ultimate authority of the court for work injury identification; and allow workers to file administrative incidental civil litigation.

【Keywords】Illegal subcontracting; The work-related injury identification; Labor relation; The responsibility of the employer entity

建筑企业为了降低成本, 往往违法将工程项目分包给不具备用工主体资质的组织或者自然人(俗称“包工头”), 再由这些组织或者自然人直接招用劳动者(多为农民工)来完成工作。为了保障劳动者基本权益, 我国在多部政策性文件、司法解释中规定由具备用工资质的违法分包单位承担“用工主体责任”(包括工伤保险责任等)。但由于人力资源与社会保障部门(以下简称“人社部门”)、法院对“用工主体责任”内涵认识的分歧, 以及《建筑法》、《工伤保险条例》等法律法规缺乏配套性规定, 导致实践中劳动者申请工伤认定困难, 甚至无限循环在司法救济程序里, 其工伤保险待

遇难以落实。因此, 设计违法分包中的工伤认定特殊程序十分必要且迫切。

#### 1 从一起典型案例说起<sup>①</sup>

##### 1.1 基本案情

2013 年 9 月, 中铁二十五局集团第五分公司将其承建的项目工程的劳务部分分包给重庆兴平公司, 重庆兴平公司又将铺设琉璃瓦劳务分包给自然人董海儿。2014 年 9 月, 董海儿的合伙人孙红卫招聘蔺纪全等四人共同铺设琉璃瓦。2014 年 10 月, 蔺纪全在铺设琉璃瓦时, 被吊沙灰的塔吊铁盘砸伤左足, 后被医院诊断为: 左足压砸伤(毁损伤)。

作者简介: 张钰, 湖北黄冈人, 文华学院法学系教师、副教授, 湖北品牌发展研究中心研究员, 主要从事劳动法、社会保险法的研究; 朱星睿, 江苏常州人, 文华学院 2023 级法学专业本科生。

<sup>①</sup> 蔺纪全、重庆兴平建筑劳务有限公司劳动和社会保障行政管理再审案(2018)最高法行再 151 号。

## 1.2 本案司法救济程序的梳理

### (1) 申请确认劳动关系的救济程序

劳动争议仲裁结果: 蔺纪全向甘肃省永登县劳动人事争议仲裁委员会申请确认其与中铁二十五局集团有限公司之间存在劳动关系, 2015年2月17日, 该仲裁委员会裁决驳回其请求。

第一审判决结果: 蔺纪全向甘肃省永登县人民法院提起民事诉讼, 请求确认其与中铁二十五局集团有限公司或者重庆兴平公司之间存在劳动关系。2015年10月19日, 一审法院判决蔺纪全与中铁二十五局集团有限公司之间、与重庆兴平公司之间均不存在劳动关系。

第二审判决结果: 蔺纪全不服一审判决, 向甘肃省兰州市中级人民法院提起上诉。2016年2月15日, 甘肃省兰州市中级人民法院判决驳回上诉, 维持原判。

### (2) 申请认定工伤的救济程序

2015年9月, 蔺纪全向兰州市人社局提出工伤认定申请, 2016年6月20日兰州市人社局认定蔺纪全为工伤。

重庆兴平公司不服提起行政诉讼, 请求撤销兰州市人社局作出的工伤认定决定。第一审兰州铁路运输中级法院作出(2016)甘71行初165号行政判决, 驳回重庆兴平公司的诉讼请求。

重庆兴平公司不服, 提起上诉。第二审甘肃省高级人民法院作出(2017)甘行终266号判决, 撤销第一审行政判决, 撤销兰州市人社局作出工伤认定决定。

蔺纪全不服, 向最高人民法院申请再审。2018年11月, 最高人民法院判决撤销第二审行政判决, 维持第一审行政判决。

## 1.3 案件简评

本案是一种典型的“马拉松”式工伤认定现象<sup>[1]</sup>。历经劳动争议仲裁、民事诉讼第一审、第二审, 工伤认定行政诉讼第一审、第二审、再审等多道救济程序, 给劳动者带来了沉重的诉讼负担, 也严重浪费了司法资源。历经四年劳动者才获得工伤认定结果, 对其可谓是“迟到的正义”。这也背离了“用工主体责任”不问劳动关系有无而倾斜保护劳务提供者的立法初衷<sup>[2]</sup>。

## 2 案件折射出的问题

### 2.1 对用工主体责任的适用分歧

2005年发布的《劳动和社会保障部关于确立劳动

关系有关事项的通知》(以下简称《通知》)第四条规定<sup>②</sup>首次提出了“用工主体责任”概念, 但没有进一步明确其法律性质和具体内涵, 而且该《通知》属于规章之下的规范性文件, 效力等级较低, 为后面司法实践中违法分包工伤认定适用法律的混乱与冲突埋下了伏笔。

在前述案件中, 行政诉讼第一审法院适用了“用工主体责任”, 即认为重庆兴平公司作为具备用工主体资格的违法分包单位, 依法应当承担蔺纪全所受事故伤害的工伤保险责任; 第二审法院未适用“用工主体责任”, 而是依据《工伤保险条例》第十八条第一款规定坚持“存在劳动关系是认定工伤的必要条件”; 再审法院则适用了“用工主体责任”, 并明确“基于立法目的, 当存在违法转包、分包的情形时, 用人单位承担职工的工伤保险责任不以是否存在劳动关系为前提”。三级法院对同一案件是否适用用工主体责任存在分歧。

### 2.2 违法分包中的工伤认定缺乏特殊程序设计

上述案件也折射出违法分包中的工伤认定缺乏特殊程序设计。《社会保险法》第三十六条规定: “职工因工作原因受到事故伤害或者患职业病, 且经工伤认定的, 享受工伤保险待遇。”这里的“职工”是指与用人单位建立劳动关系的劳动者。《工伤保险条例》第十八条第一款规定, 劳动者提出工伤认定申请应当提交与用人单位存在劳动关系的证明材料。因此, 劳动关系是工伤认定的必要条件, 对劳动者享受工伤保险待遇至关重要。

2011年, 最高人民法院在杭州召开的全国民事审判工作会议纪要第五十九条明确规定: “建设单位将工程发包给承包人, 承包人又违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。”要求劳动者申请工伤认定时提交与违法分包单位之间存在劳动关系的证明几乎是“不可能完成的任务”。

因此, 对违法分包, 应在立法上设计相应的工伤认定特殊程序, 明确人社部门应重视违法分包的事实和主体的证明材料审查, 而非劳动关系证明材料审查。

### 2.3 工伤行政认定权与工伤认定司法审查权的冲突

上述案件也折射出工伤行政认定权与工伤认定司法审查权之间的冲突。工伤行政认定是人社部门确认

<sup>②</sup> 《通知》第四条: 建筑施工、矿山企业等用人单位将工程(业务)或经营权发包给不具备用工主体资格的组织或自然人, 对该组织或自然人招用的劳动者, 由具备用工主体资格的发包方承担用工主体责任。

劳动者是否应当享受工伤保险待遇的伤害情形范围认定,属于行政确认事项。同时具体的工伤行政认定行为属于具体行政行为,被纳入了司法审查范围。

实践中,人社部门与法院在工伤认定中出现不同意见的情况十分普遍。此时,法院只能判决撤销人社部门的认定决定并责令其重新作出具体行政行为,而无权直接变更人社部门的工伤认定结论或者直接判决要求违法分包单位承担工伤保险责任。实践中也存在人社部门无视法院生效判决,拒绝作出工伤认定的现象。如此规定,导致了程序的“空转”,损害了司法的公信力。

### 3 正确认识用工主体责任

实践中,对用工主体责任的认识主要有两种代表性观点:一是将用工主体责任等同于事实劳动关系,认为确定劳动关系可以更加有效打击违法发包、转包行为,保护劳动者合法权益<sup>[3]</sup>;二是认为用工主体责任类似于“代位赔偿责任”,与劳动法意义上的“用人单位责任”有着不同的内涵<sup>[4]</sup>。这两种认识都有一定的片面性。

#### 3.1 承担用工主体责任不等于成立事实劳动关系

劳动关系的认定是劳动法律适用和劳动司法的一个带有基础性和全局性的问题。从法理上说,劳资关系是劳资双方在实现社会化生产的过程中,达成合意建立劳资关系而形成的社会关系。在违法分包中,违法分包单位与不备用工主体资格的组织或个人招用的劳动者之间缺乏建立劳动关系的合意,二者之间也没有形成指挥与被指挥、管理与被管理的直接劳动管理关系,不具备劳动关系的从属性特征,不符合劳动关系的实质构成要件。

劳动仲裁机构与法院在相当长的时间内认定违法分包中的劳动者与具有用工主体资格的违法分包单位之间存在事实劳动关系。其逻辑在于,只有认定违法分包单位与劳动者之间存在劳动关系,才能要求违法分包单位承担法律规定的用工主体责任。但由于劳动者向承担用工主体责任的单位主张劳动法意义上的各项用人单位责任,比如社会保险、不签劳动合同的双倍工资、加班工资等,由此造成了新的利益失衡,也放纵了

直接招用劳动者但没有用工资质的组织或个人,使其放松管理或怠于履行义务,诱发工伤事故以及其他侵害劳动者劳动权益事件的发生。因此,人社部、最高人民法院先后明确将用工主体责任限定为工伤保险责任<sup>③</sup>。

#### 3.2 用工主体责任不是民法上的代位赔偿责任

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)明确规定“违法分包单位在承担用工主体责任后,可以依法向没有用工资质的组织或自然人追偿”。但这种追偿权是发生在违法分包单位承担用工主体责任之后,因此不足以说明用工主体责任是代位赔偿责任。而且违法分包单位向工伤劳动者承担工伤保险责任,是以《工伤保险条例》所规定的工伤保险待遇为依据,在性质上不同于以填补损失为主要特征的民事责任,在赔偿标准上高于民事赔偿标准。

从用工主体责任提出的背景来看,它旨在保护处在弱势地位的农民工群体的合法权益。农民工是当代中国随着市场经济发展和城市化进程而迅速形成的一个最大的社会弱势群体,是兼有农民身份和城镇工作岗位的特殊的社会群体,也是在法律上最容易被忽视而在实践中最易受到侵害的法律边缘人群<sup>[5]</sup>。这种倾斜保护弱者的思想正是社会法而非民法的立法主旨。

#### 3.3 用工主体责任是基于特殊法益保护拟制的劳动法责任

违法分包现象主要归因于建筑企业为了降低用工成本,规避用人单位义务,通过不备用工工资质的组织或个人直接招用劳动者进行施工,将劳动者排除在劳动法和社会保险法的保护范围之外。用人单位的“隐身”和包工头的“在场”导致劳动关系模糊化,用人单位的劳动法义务被规避,劳动者陷入“权利迷局”,维权之路艰难曲折<sup>[6]</sup>。它最终损害的是处在社会弱势地位的劳动者的合法权益,进而危及社会的稳定与健康发展。

用工主体责任在劳动者与具备用工主体资格的违法分包企业之间进行了一种劳动法意义上权利义务的拟制,其目的是保障广大劳动者尤其是外来务工人员获取劳动报酬、享受工伤保险待遇等劳动法上的基本

<sup>③</sup> 人社部《关于执行〈工伤保险条例〉若干问题的意见》(人社部发〔2013〕34号)第七条规定: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)第三条第四款规定: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。

权利,体现了国家将劳动者权益保护作为劳动法基本原则的一贯立场。同时又与劳动关系相区分,体现了严谨务实的立法态度。

#### 4 违法分包的工伤认定特殊程序构建

工伤认定程序是工伤认定机构按照法律规定的程序、方式和手续对受伤害的职工作出是否为工伤的认定过程。《社会保险法》第三十六条第二款明确规定:

“工伤认定和劳动能力鉴定应当简捷、方便”,体现了对工伤认定程序设计的基本要求。程序正义不仅体现在救济渠道的设置,还表现在当事人通过法律程序能否得到及时的救济。如前文所述,实务中对违法分包的工伤认定还是按照一般的工伤认定程序处理,引发了工伤认定“循环诉讼”,亟需建立违法分包工伤认定的特殊程序。

##### 4.1 不以劳动关系的存在作为工伤认定的前置条件

在违法分包中,人社部门仍存在将工伤认定捆绑在劳动关系上的传统思维,造成行政复议和行政诉讼的风险,客观上延误了劳动者的维权时间,也提升了劳动者的维权成本,并与最高人民法院、人社部的文件精神相违背。因此,从维护劳动者合法权益的角度出发,我们务必秉承快速有效定纷止争的思路处理相关案件,不以是否存在劳动关系为前提认定用工单位承担工伤保险责任。人社部门应将工作重点放在劳动者是否符合工伤情形的认定上,以充分保障劳动者的合法权益。

##### 4.2 将违法分包事实及主体的认定程序前置

用工单位承担工伤保险责任虽然可以减少劳动者因确认劳动关系而产生的诉讼程序诉累,但一味地不设条件要求用工单位承担工伤保险责任,也过犹不及,加重了用工单位的法律责任,不利于双方主体权利义务的平衡。因此,需要明确用工单位承担工伤保险责任的前提条件:一是其存在违法分包行为;二是劳动者是在从事承包业务时因工伤亡。因此,这首先涉及到对违法分包的事实和主体的认定,然后才是工伤认定。

实践中,对违法分包的事实和主体的认定容易产生争议,因此应设立单独程序对违法分包的事实和主体进行认定,并将其作为申请工伤认定的前置程序。这就解决了人社部门要认定工伤保险责任主体,就必须先认定违法分包的事实和主体却没有相应职权的困境,避免用工单位以“人社部门认定超越法定权限”为由提

出行政复议和行政诉讼,导致劳动者合法权益难以实现。

##### 4.3 明确法院享有工伤认定的最终权力

我国目前工伤认定实行的是“双轨制”,即由人社部门行使工伤认定行政权,由法院对人社部门工伤认定具体行政行为进行司法审查。法院在进行司法审查时,侧重审查人社部门工伤行政认定行为的合法性,即使隐含了应予认定工伤的判断,也只能判决撤销人社部门原工伤行政认定行为,要求其重新作出工伤认定行政行为。在司法实践中,有的法院只是要求人社部门重新作出工伤认定行政行为,但对其重新作出行政行为的期限及具体内容并未明确。如果人社部门拖延履行职责,或者人社部门重新做出基本相同(甚至完全相同)的工伤认定决定,必然引发新的行政争议,进而引发新的行政复议或行政诉讼,使得行政诉讼的判决变成一纸空文,影响劳动者合法权益的及时实现,也浪费了国家有限的司法资源。

在国家权力配置分工与相互制约的结构中,行政机关作为首次适用法律机关,并非最终裁决者,法院作为再次适用机关,是适用法律解决具体个案问题的最终决定者<sup>④</sup>。因此,在对工伤认定行政行为的司法审查中,当法院经审理发现原告请求人社部门认定工伤的理由成立,判决被告重新做出行政行为的,可以明确被告在一定期限内做出认定工伤的决定,判决生效后,人社部门应当受到生效判决内容的拘束作出相应内容的新的工伤行政认定行为,对此,也不应允许当事人再行提出救济,以维护司法的权威性,也避免当事人陷入讼累。或者通过修改《行政诉讼法》,将工伤行政认定案件纳入可变更判决的案件范畴,赋予法院进行工伤认定审查后作出司法变更的权力。

##### 4.4 允许劳动者向法院提起行政附带民事诉讼

我国现行工伤保险采取的是“先缴费后享受待遇”模式,在违法分包中,用工单位没有给事先给劳动者购买工伤保险,工伤劳动者无法从工伤保险基金获得相应待遇。用工单位承担工伤保险责任,其实质是按照工伤保险待遇标准向工伤劳动者承担赔偿责任,而非社会保障性质的行政给付<sup>[7]</sup>。如果用工单位怠于承担赔偿责任,由此引发的纠纷最终还是要通过民事诉讼程序解决。

《行政诉讼法》第六十一条规定了行政附带民事

<sup>④</sup> 参见《最高法行政审判庭法官会议纪要——对行政机关专业认定的司法尊重》,载最高人民法院行政审判庭编:《最高人民法院行政审判庭法官会议纪要(第一辑)》,人民法院出版社2022年版,第224页。

诉讼的情形。基于“纠纷一次性解决”理念,应允许劳动者在向法院提起工伤认定行政诉讼的同时提起民事赔偿诉讼,一旦法院认定工伤,可附带判决用工单位承担相应的民事赔偿责任,以避免劳动者另行提起民事赔偿诉讼的负担。

### 5 结束语

在违法分包现象屡禁不止的现实环境下,劳动者工伤认定程序所面临的困境已成为其维权路上的关键梗阻。

设计违法分包中工伤认定的特殊程序,不仅是对现实问题的积极回应,更是对立法初衷的回归与坚守。它有望解决长期以来困扰我们的对用工主体责任适用分歧、工伤行政认定权与司法审查权冲突等难题,为处在弱势地位的底层劳动者权益保护构筑起更为坚实的法律屏障。

### 参考文献

- [1] 谭金可.论工伤认定“循环诉讼”的症结突破[J].中州学刊,2020,(12):56-61.

- [2] 冯彦,张智.“不完全劳动关系”中用工主体责任的定位与归结[J].行政与法,2025,(04):79-93.
- [3] 卢凌云.工程违法转包分包情形下用工关系辨析[J].劳动保障世界,2018,(08):11.
- [4] 聂辉.“用工主体责任”包含哪些责任[J].中国劳动,2013,(06):55.
- [5] 冯彦君.中国特色社会主义社会法学理论研究[J].当代法学,2013,27(03):14-24.
- [6] 包红光.论违法发包转包工伤赔偿的法律适用[J].长江论坛,2020,(05):57-64.
- [7] 王敏.溯源而治:论工伤认定民行交织争议的实质性解决[J].法学家,2024,(05):72-84+192-193.

**版权声明:** ©2025 作者与开放获取期刊研究中心(OAJRC)所有。本文章按照知识共享署名许可条款发表。

<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>



**OPEN ACCESS**