

既招聘管理护工又对其发钱培训

这家公司是中介还是用人单位？

□本报记者 赵新政

在用人单位未与劳动者签订劳动合同的情况下，按照原劳动和社会保障部《关于确立劳动关系有关事项的通知》规定，只要双方符合法律法规规定主体资格、劳动者受用人单位管理、从事用人单位安排的有报酬的劳动、该劳动是用人单位业务的组成部分，即可认定双方之间存在劳动关系。

罗卿（化名）说，她与丈夫老高在同一家公司当护工。该公司对他们既招聘、安排工作，又对他们管理、培训，还按月为他们发钱。可是，当老高突发疾病死亡时，该公司竟然声称双方之间没有劳动关系，其公司是中介，二者之间系居间关系。如果非要在双方之间扯上关系，那也只能是劳务关系。

因为不能为老高认定工伤，罗卿向仲裁机构申请仲裁，请求确认公司与老高之间存在劳动关系。此后，该案又诉至二审法院。2月3日，二审法院依据查清的事实，判决确认双方之间系劳动关系。

护工突然晕倒病逝 引发劳动关系争议

罗卿和老高是四川人。由于年龄偏大、没什么专业技能，他们只能从事一些耗时费力收入不高的体力劳动。2019年1月19日，即临近春节的时候，一家护理服务公司打出招聘医院护工的广告，他们立即前往应聘。

“当年，我们打算不再回家过年。施工工地都停工了，我们找不到活儿。”罗卿说，他们是农村人，最缺的是钱，最不缺的是力气和勤奋。考虑到在医院当护工风刮不着、雨淋不着，就算天天守候在病人身边，他们不仅不觉得苦，还觉得找到了一份好工作。

“这是一家大公司，招聘很严格。公司的业务范围包括保

洁、保姆、病患陪护、月嫂、物业管理等，还能提供电子商务、互联网信息服务及家政人才培养等众多现代化服务项目。虽然公司不签劳动合同，但我们准备长期在这里干下去。”罗卿说，入职当天，公司就安排他们两人到医院上班。当天晚上，老高就开始照料病人。

“工作期间，老高先后照料过两个病人。这些病人年纪大，没有自理能力，吃喝拉撒全在床上。老高除了照料其生活，还要帮助其吃药打针、定时翻身按摩，一天从早到晚没有闲的时候。”罗卿说，这样没日没夜地折腾下来，没到半年时间，老高的身体就垮了。

2019年6月7日晚上9时，老高在病房护理病人时突然晕倒，经急救无效于当日死亡。

罗卿想为老高认定工伤。因没有为老高缴纳社会保险，公司担心额外支出费用，于是，就明确告诉罗卿：老高与公司没有劳动关系，其情形不属于工伤，也不能认定工伤。为此，双方发生争议。

虽然签订三方协议 公司否认用工行为

罗卿主张老高与公司存在劳动关系的依据，是公司、病人及老高三方曾经签订过一份协议。该协议签订时间是2019年2月18日，签订协议的三方当事人分别是：医院陪护中心为甲方，老高服务的第二个病人纪某为乙方，老高自己为丙方。

该协议约定：一、约定的服务事项：服务开始时间为2019年2月18日；收费标准为每月5000元。二、权利与义务：1.甲方根据乙方需求介绍丙方为乙方提供服务，服务内容为：基本的生活协助；2.甲方受医院委托，随时检查丙方的服务质量，并对乙方和院方进行满意度调查；乙方也可以通过写表扬信、送锦旗、点赞等方式对丙方的服务进行肯定；更可以通过投诉、恶评等方式对丙方的服务表示否定。3.如果乙方对丙方的服务不满意，应及时通知甲方更换服务人员，已经接受的服务按标准交费。

该协议落款处甲方的签字人是王某，王某是公司驻医院的管理人员。公司主张王某的职务是协调员，罗卿主张王某的职务为公司业务主管。仲裁及一审法院

庭审时，争议双方均确认除上述协议书外，公司与老高未签订劳动合同或其他性质的合同或协议，公司未为老高缴纳社会保险。

老高上岗前向公司交纳培训费100元、服装费100元。公司就此表示，老高想当护工但没有护理知识，公司作为中介机构请老师对其进行护理知识培训，再安排他上岗。因医院要求陪护人员统一着装，所以，公司才向老高发放服装并收到服装费。不过，该服装费的发生相当于租赁费。

公司按月向老高支付报酬，罗卿主张这是公司发放的工资，双方约定的工资标准为每天135元+餐补20元。对此，公司称其支付的钱不是工资，而是护理费用，这些钱的来源是病人。该病人委托公司向其家属收取护理费，公司根据情况按20%至25%的比例扣除中介费用后，再将剩下的护理费用支付给护工。因病人的需求不一样，公司收取的护理费用也各不相同。

罗卿表示，病人向公司支付的服务费是公司经营所得的来源，公司所谓的中介费是该公司从老高提供劳动中所获得的利润。

罗卿说，她和老高一样，每周工作7天，每天24小时陪护。公司每天早上8点查房，对老高进行考勤，老高如外出需要请假。公司表示，其不记录老高的考勤，有时公司工作人员去病房听取患者的反馈，是查验服务质量。护工有事外出需要说一声，公司可以帮助护工找其他人代替。总之，公司没有用工的业务，也没有用工的必要，其与老高之间根本不存在劳动关系。

微信记录泄露实情 劳动关系获得确认

为证明老高与公司之间存在劳动关系，罗卿提交了她与三方协议签字人，即公司工作人员王某的微信对话记录。

该对话记录显示，王某称：“经理今天有可能查房，昨天护理部的人去办公室投诉，说他们查房，我们护工不在病房，离岗脱岗，……别让经理看见，这次查到违规行为就是罚款，切记，互相转告一下。”罗卿问：“五一节是双工资吗？”王某答：“是。饭费不双收。”

此外，罗卿与公司驻医院会

计主管张某的微信对话记录显示，罗卿问：“4月份刘某送了我一面锦旗，是不是有奖励呀？”张某答：“这个月给你加上！”

公司认可上述证据真实性及人员身份，表示罗卿亦从事护工作，与其公司系居间法律关系，并表示护工无需遵守其公司规章制度，只需遵守医院对护工的基础要求。如果护工不在岗，医院护理部会投诉到公司，公司经理会进行相应的监管。因在三方协议、公司与医院的协议中约定，公司对护工有监管义务，医院对护工有规章制度，并张贴于护工临时办公室的墙上，公司在规章制度的范围内应当对护工进行监管。罗卿辩称，公司所称办公室实际是公司在医院的管理办公室，医院没有针对护工的管理制度，墙上也没有张贴，是公司对护工进行管理。

针对上述情况，仲裁裁决支持了罗卿的请求，确认老高与公司存在劳动关系。然而，公司不服并向一审法院提起诉讼。

一审法院认为，居间关系中，居间人按照委托人的要求，为其提供订约机会或中介服务，不参与委托人与第三人之间的合同关系。劳动关系则不同，用人单位招用劳动者未订立书面劳动合同，但同时具备下列情形的，劳动关系成立：(一)用人单位和劳动者符合法律、法规规定的主体资格；(二)用人单位依法制定的各项劳动规章制度适用于劳动者，劳动者受用人单位的劳动管理，从事用人单位安排的有报酬的劳动；(三)劳动者提供的劳动是用人单位业务的组成部分。

本案中，公司对老高进行岗前护理知识培训、向其安排护理病患的工作，并在老高从事护理工作的过程中，监管其是否在岗及服务质量，如老高外出需向公司请假报备，公司向老高按月结算报酬，报酬与其出勤挂钩，可见公司与老高之间形成了管理与被管理的关系。因公司安排并以管理角色参与了老高护理病患的过程，该行为与居间关系特征不符，故一审法院对公司的主张不予采纳，并采信罗卿的主张。

依据已经查明的事实及《劳动法》第79条规定，一审法院判决确认公司与老高在2019年1月19日至2019年6月7日期间存在劳动关系。公司不服该判决向二审法院提起上诉，二审法院审理后判决驳回上诉，维持原判。

员工明确拒休年假 不能享未休假工资

编辑同志：

我所在公司曾要求员工休年休假，而我因为一时冲动，不仅拒休还向公司出具了书面承诺：自愿放弃在公司工作期间的带薪年假，且公司可以只支付正常工作期间的工资。

如今，我为自己的行为后悔，要求公司按照我应休未休年休假的天数，给付我日工资收入300%的工资，但被公司拒绝。

请问：我拒休年休假后究竟能否再行索要未休年休假工资？

读者：肖琳琳

肖琳琳读者：

你无权再向公司索要应休而未休的年休假工资。

《劳动法》第四十五条规定：“国家实行带薪年假制度。劳动者连续工作一年以上的，享受带薪年假，具体办法由国务院规定。”

国务院发布的《职工带薪年休假条例》第五条第三款规定：“单位确因工作需要不能安排职工休年休假的，经职工本人同意，可以不安排职工休年休假。对职工应休未休的年休假天数，单位应当按照该职工日工资收入的300%支付年休假工资报酬。”

人力资源和社会保障部发布的《企业职工带薪年假实施办法》第九条、第十条第二款则已进一步明确：“用人单位根据生产、工作的具体情况，并考虑职工本人意愿，统筹安排年休假。用人单位确因工作需要不能安排职工年休假或者跨一个年度安排年休假的，应征得职工本人同意。”“用人单位安排职工休年休假，但是职工因本人原因且书面提出不休年休假的，用人单位可以只支付其正常工作期间的工资收入。”即享受带薪年假虽然是劳动者的权利，但并非是强制性、不允许当事人协商、变更的规定，允许的范围包括经协商，劳动者可以不休年休假，而由用人单位支付300%的年休假工资报酬；可以跨一个年度安排年休假；经劳动者书面提出不休年休假的，用人单位可以只支付其正常工作期间的工资收入等等。

与之对应，正因为公司曾经要求员工休年休假，而你不仅拒绝，而且书面向公司承诺“自愿放弃在公司工作期间的带薪年假，公司可以只支付正常工作期间的工资”，加之公司对你所作的承诺并不存在欺诈、胁迫或者乘人之危等情形，根据《劳动合同法》第三条所确定的诚实信用原则，你作为完全民事行为能力人，对自己的行为后果有着正常的判断能力，知道承诺意味着什么，所以，不应该也不能够在事后借口一时冲动反悔，进而向公司索要对应的加班工资。

廖春梅 法官

店庆后雇员被鞭炮炸伤是否属工伤？

近日，苏先生向本报反映说，他是个体户的老板。去年，王某的父亲托好朋友找到他，将19岁的王某送到他店里学手艺。刚学不到一周，在他们的一次店庆活动中，王某因捡拾燃放后已扫到垃圾堆里的鞭炮不慎被炸伤了眼睛。之后，他基于友情及时将王某送到医院救治并支付了医药费。

苏先生问：王某所受伤害是否属于工伤？他应否承担赔偿责任？

责任？

法律解析

员工被炸伤是否属工伤？关键要看是否在工作时间。

根据《工伤保险条例》第14条第1款第1项规定，在工作时间和工作场所内，因工作原因受到事故伤害的，应当认定为工伤。据此，本案首先要确定王某受伤的时间是否是在工作时间，也即如何认定店庆时间，以及员工是

在店庆后多久被炸伤的。如果店庆活动已结束很久，王某出于好奇去捡拾垃圾堆里的鞭炮，则很难认定是在工作时间。如果刚刚结束燃放鞭炮环节，整体上仍在店庆之中，则可认定为在工作时间内。

另外，《关于贯彻执行〈中华人民共和国劳动法〉若干问题的意见》的规定：“劳动者与用人单位形成或建立劳动关系后，试用、熟练、见习期间在法定工

作时间内提供了正常劳动，其所在的用人单位应当支付其不低于最低工资标准的工资。”从该规定可以推论出，无论是实习、见习、试用还是学徒，双方都属于劳动关系，用人单位应当承担相应的法律责任。据此，要确定王某的身份，首先须确认个体老板有无营业执照，如有则劳动关系成立，则应当认定为工伤，用人单位应当承担相应的法律责任。

李德勇 律师