有劳必有酬，“五类报酬”莫言放弃

一、承包工程欠款，利息与加付赔偿金均可讨要

［案例］2013年6月，张某与某装饰公司第一项目经理江某达成工程转包协议：约定江某将其承包的天山新苑建筑工程中的1至5层楼室内铺设地砖、墙砖工程转包给张某，价款为105000元，承包工资结算方式为每干完一层一支付。事后，张某组织10余名农民工劳动3个月，于12月底完工。江某除了前二层楼完工之时按约定给付了张某工资款4.2万元外，于2014年1月4日为张某出具了“欠张某贴砖人工资陆万叁仟元正”的欠条一张。事后10个月的时间里，张某先后20余次找江某索要劳动工资，江某以种种理由拖延给付。2014年10月，张某向劳动行政管理部门下属监察大队投诉，该监察大队于2014年11月4日初向江某发出限期1个月内支付张某劳动工资通知书，但江某依然未予支付。最近，讨薪无望的张某打算诉诸法律，在主张给付所欠工资及利息的同时，要求用人单位加付赔偿金，法律应否支持？

［分析］《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释》第十七条、第十八条规定：当事人对欠付工程价款利息计付标准有约定的，按照约定处理；没有约定的，按照中国人民银行发布的同期同类贷款利率计息。利息从应付工程价款之日计付。据此，张某完全可以主张所欠的包括工资在内的工程款的利息。同时，《劳动合同法》第八十五条（一）项规定：用人单位未按照劳动合同的约定或者国家规定及时足额支付劳动者劳动报酬的，由劳动行政部门责令限期支付劳动报酬的，逾期不支付的，责令用人单位按应付金额百分之五十以上百分之一百以下的标准向劳动者加付赔偿金。据此，张某的两项主张会得到法律的支持。

二、提前离职，追讨年终奖无障碍

［案例］小曹被一家职业专科学校聘为合同制教师。双方于2013年9月初签订了三年期劳动合同，约定小曹月工资（含奖金）3800元，年终奖视情况发放，原则相当于教师本人一个月工资。在该学校工作到2015年11月初时，小曹结婚成家，为与丈夫生活在一起，小曹决定辞去这份教师工作。双方结算时，小曹提出应给付自己本年度10个月的、相应的年终奖。可学校认为，学校制度有明确的规定：“年终奖发放范围为在册职工”，凡发放年终奖时离职者不发给年终奖。2016年1月元旦上班后，小曹得知原学校2015年年终奖的发放标准为员工本人一个的月工资。小曹再次通过电话联系校方，要求给付3170元年终奖（相当于本人月工资的12分之10）。可校方以“年终奖发放范围为在册职工”为由，拒绝小曹的要求。

［分析］该学校关于“年终奖发放范围为在册职工”之制定，因违反法律规定而不具有法律效力。《劳动法》第四十六条“工资分配应当遵循按劳分配原则，实行同工同酬。”国家统计局《关于工资总额组成的规定》第三条、四条、七条规定：工资总额是指各单位在一定时期内直接支付给本单位全部职工的劳动报酬总额，包括奖金；奖金包括生产奖；生产奖包括年终奖（劳动分红）等。由此可见，年终奖也是工资的组成部分，用人单位发放年终奖，不得违反劳动法律法规。如果劳动合同或者公司规章制度里面有确定的年终奖数额，那么只要同样付出了劳动，离职劳动者应该得到相应的年终奖。如果公司规章制度和劳动合同都没有对年终奖进行明确规定，按照同工同酬的原则，也应当向职工支付年终奖。据此，小曹可通过仲裁维权。

三、未完成绩效被扣薪，即便有约在先也可追讨

［案例］张菲所在的某厨具销售公司为激发员工潜能，实行绩效工资制度，其与公司签订的劳动合同中约定：基数工资为2600元。超额完成销售任务，按超额部分的5%提成；未完成销售任务时，每少1个百分点扣除月工资基数的5%。最近二个月，张菲因病假销售业绩远未达标，2个月总共拿到1300元工资。张菲心理非常不平衡，找公司得到的回答是：当初有合同约定就得按合同执行。

［分析］劳动和社会保障部在《关于贯彻执行〈劳动法〉若干问题的意见》第五十六条明确规定：劳动合同中约定的劳动者在未完成劳动定额或承包任务的情况下，用人单位可低于最低工资标准支付劳动者工资的条款不具有法律效力。《劳动合同法》第八十五条规定：用人单位“低于当地最低工资标准支付劳动者工资的，应当支付其差额部分，逾期不支付的，责令用人单位按应付金额百分之五十以上百分之一百以下的标准向劳动者加付赔偿金。”张菲此2个月每月工资750元，显然低于最低工资标准，因此，张菲可向劳动行政部门举报，要求其责令公司限期支付，或逾期不付应加付赔偿金。

四、有劳必有酬，提成工资一个不能少

［案例］马琳琳入职某家具销售有限公司，双方订立的劳动合同约定马某职位为销售员，负责家具销售，月工资为3000元另加销售提成。2015年7月，马琳琳于产假前，经与一家装饰公司沟通，达成销售价款36万元的订单意向。10月初，因马琳琳休产假，该订单签订由另一销售人员进一步工作最终完成。年终结算销售提成时，公司以该笔订单签订时马琳琳已不在岗为由，拒绝支付其提成款18000元。

［分析］《妇女权益保障法》、《劳动部关于女职工待遇若干问题的通知》规定，“产假期间工资照发。”职工休产假期间，企业应当按照劳动合同的约定工资标准支付工资。销售提成虽不属于工资范围，但可以比照工资“政策”，或公平原则办理。本案销售订单签订时，马琳琳虽然人不在岗，但对完成该笔订单确实付出的劳动。正是因为该笔订单销售工作的连续性，且与马琳琳前期工作不可分割，依据有劳则有报酬的公平原则，公司应当支付其该笔销售提成工资。当然，又因该笔订单系马琳琳与另一员工共同完成，若能区分各自的劳动量，可按劳动付出分给，若不能区分，应平均分给。

五、社保金被缩水，写入合同也可讨取

［案例］90后大学生小徐入职某商业发展公司工作不久，发现自己月工资为4100元，可社保缴纳数额比男友小刘（月工资3100元）还低。个人缴纳比例低，意味着公司为自己缴纳的相应数额也同样低。经与主管交涉，被告知公司有明确规定，无论工资多少，一律按社保局规定最低参保基数缴纳。而且，该规定已经写入每个人的劳动合同之中。不肯忍气吞声的小徐在工作2年另6个月时选择了辞职，并要求公司按法律规定的社会保险费标准为其补交未足额缴纳部分；同时给付相当于自己2个半月的工资补偿金。公司以小徐主动辞职为由予以拒绝。

［分析］《社会保险法》第六十条：“用人单位应当自行申报、按时足额缴纳社会保险费，非因不可抗力等法定事由不得缓缴、减免。《国务院关于深化企业职工养老保险制度改革的通知》（国发[1995]6号的附件一）《企业职工基本养老保险社会统筹与个人账户相结合实施办法之一》规定：缴纳养老保险费，应以“职工本人上一年度月平均工资为个人缴费工资基数。上述规定表明，该公司的“一律按社保局规定最低参保基数缴纳依法缴纳”之约定不仅侵犯的劳动者权益，更因违法而无效。劳动者有权要求按规定补交。

同时，依据《劳动合同法》第三十八条(三)项规定：用人单位未依法为劳动者缴纳社会保险费的，劳动者可以解除劳动合同。第四十六条(一)项规定：劳动者依照本法第三十八条规定解除劳动合同的，用人单位应当向劳动者支付经济补偿。据此，小徐可以在辞职的同时，要求公司支付2个半月工资经济补偿金。 **（杨学友）**

雇员放弃向肇事者索赔，当心雇主也可以随之免责

问：半年前，我受雇主黄某指派，骑电动三轮车帮其运送货物去市场，因与谢某驾驶的面包车发生碰撞而受到伤害，不仅花去11万余元医疗费用，还落下九级伤残。经交警部门认定，谢某负事故的全部责任。经向法律服务人士打听，得知我可以通过雇佣关系，向雇主黄某索要全部赔偿，加之谢某是我的亲妹夫，且其没有办理任何保险手续，无法从保险公司获取理赔，我便主动给谢某出具了一份承诺书，表示我自愿放弃向谢某索要一切赔偿，所有费用只找雇主黄某担责，且明确写明决不反悔。事后，由于雇主黄某拒绝担责，我不得不提起了诉讼。可法院却于近日判决驳回了我的赔偿请求。请问：这到底是为什么？ **范淑琳**

答：法院的判决并无不当。

尽管《侵权责任法》第三十五规定：“提供劳务一方因劳务自己受到损害的，根据双方各自的过错承担相应的责任。”《最高人民法院关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》第十一条第一款、第九条第二款也分别指出：“雇员在从事雇佣活动中遭受人身损害，雇主应当承担赔偿责任。雇佣关系以外的第三人造成雇员人身损害的，赔偿权利人可以请求第三人承担赔偿责任，也可以请求雇主承担赔偿责任。雇主承担赔偿责任后，可以向第三人赔偿。”从事雇佣活动“是指从事雇主授权或者指示范围内的生产经营活动或者其他劳务活动。”也就是说，雇主对雇员在工作中所受到的伤害，无论是来自工作本身，还是来自第三人，的确具有赔偿的义务。你根据雇主黄某指派，骑电动三轮车运送货物去市场，在途中受到伤害，似乎因符合相关要件，决定了雇主黄某必须无条件地向你承担赔偿责任。其实不然，因为上述解释第十一条第一款还指出：“雇主承担赔偿责任后，可以向第三人追偿。”即在正常情况下，雇主黄某基于自己对事故的发生确实没有过错，只是由于特殊身份才承担责任，决定了其在做出赔偿之后，有权向真正的侵权人谢某追偿全部费用。可你出具给谢某的承诺书中，明确放弃了对谢某的一切赔偿请求，甚至表示决不反悔，自然意味着即使雇主黄某对你作出了赔偿，也无权通过行使追偿权来向谢某追偿，这对“代人受过”的雇主黄某而言，既显失公平，也违反了立法的初衷。故你对谢某放弃赔偿的效力应当及于雇主黄某，雇主黄某同样可以随之免责。

（颜东岳）

用人单位与劳动者“长期两不找”，劳动关系是否应当解除？

[案情]薛某原在某公司工作，双方未签订书面劳动合同。2014年3月，薛某离开公司后不再到公司工作。2015年5月21日，薛某向当地仲裁委员会申请仲裁，请求解除与公司的劳动关系，并要求公司补缴社会保险费、支付经济补偿金等，仲裁委员会以薛某的仲裁请求超过仲裁申请时效(《中华人民共和国劳动争议调解仲裁法》规定劳动争议申请仲裁的时效期间为一年)为由决定不予受理。后薛某不服，诉至法院。

[分歧]实践中，经常存在劳动者离开用人单位，双方之间几年甚至十几年没有联系，在此期间劳动者未给单位提供劳动，用人单位也不给劳动者发放过任何工资及福利待遇，但用人单位一直未正式与劳动者解除劳动关系。若干年后劳动者又诉至法院，请求办理退休手续，补缴社会保险费，支付经济补偿金等，此即劳动争议案件中的“长期两不找”。

对于此类案件如何处理，存在以下不同观点：

第一种观点认为：从劳动者离开用人单位时起，双方劳动关系已实际解除，劳动者的诉讼请求不应当得到支持。理由为：我国法律既然承认事实劳动关系的存在，那么从公平的角度考虑，理应承认劳动关系的实际解除。

第二种观点认为：“两不找”期间双方劳动关系应处于中止状态，但劳动关系依劳动者的仲裁申请而解除。因为，劳动关系是依法建立，亦应当依法解除，我国劳动法律并无劳动关系自生自灭的规定，因此劳动关系的解除必须以明示的方式为之。但在“两不找”期间劳动者与用人单位之间多年来不存在相互间的权利义务关系，应当认定双方之间的劳动关系处于中止状态。劳动关系在劳动者或用人单位主动提出解除时解除。

[评析]笔者认为，对“长期两不找”劳动关系是实际解除，还是处于中止状态，应当区别对待。因为我国劳动法律除了强制用人单位必须与劳动者订立书面劳动合同外，亦承认事实劳动关系，即用人单位虽未与劳动者签订劳动合同，只要具备劳动关系的实质性要件，亦应当双方之间认定存在劳动关系。既然，事实劳动关系的建立不要求必须具备劳动关系的形式要件，那么，其解除再对其进行形式上的要求，显然不合理，亦不具现实操作性。因此，笔者认为，鉴于劳动关系建立的非形式性，事实劳动关系中用人单位与劳动者存在“长期两不找”的，劳动者离开用人单位时应当视为双方以实际行动解除劳动关系。但劳动者与用人单位签订了书面劳动合同的，其劳动关系的解除必须明示之，存在“长期两不找”情况的，“两不找”期间其劳动关系处于中止状态，劳动关系在劳动者或用人单位主动提出解除时解除。

本案，薛某虽未与公司签订书面劳动合同，但存在薛某接受公司工作安排、管理和监督，公司为其发放工资的事实，可以认定双方存在事实上的劳动关系。2014年3月以后，薛某离开公司，不再为公司提供劳动，不再实际接受其工作上的管理、指挥或者监督，公司亦不再向其提供基本的劳动条件，支付劳动报酬，应当认定双方已实际行动解除了双方之间的劳动关系。故，薛某要求支付经济补偿金的请求已过仲裁时效，补缴社会保险费的请求不属于人民法院民事案件受案范围，法院最终判决驳回薛某的诉讼请求。 **（胡科刚 刘娜）**