

辞退员工未提前通知 是否支付一个月工资视情况而定 领取代通知金应符合法定条件

合法解除劳动合同且未提前30日通知时，方需支付代通知金

□本报记者 赵新政

伴随着《劳动合同法》的实施，代通知金这一名词开始出现并逐渐为人们所熟悉和应用。然而，代通知金确切的内涵是什么？什么情况下应当支付代通知金？代通知金的支付标准是什么？收到代通知金的职工应不应该缴纳个人所得税？对于这一系列问题，大多数人都说不清楚。

近日，苏晨晓与其所在公司之间的劳动争议经仲裁裁决画上句号。虽然已经案结事了，但他一直对仲裁机构驳回其1个月工资代通知金的请求困惑不解，“毕竟是单位违法解除劳动关系的呀！”就此疑问，北京市弘嘉律师事务所张立德律师在接受采访时给出了较为详尽的解释。

基本案情

2014年11月，北京一家广告公司聘用苏晨晓担任设计部总监，双方签订了期限至2018年10月的劳动合同，约定其月薪为18000元。

入职后，苏晨晓主持设计的系列广告方案受到客户好评。可是，随着时间的推移，总是恃才自傲的他与同事之间的关系越来越不融洽。不少同事说，苏晨晓智商高情商低。

要说一个人不好不算大毛病。只要工作有业绩，公司就应接受他、谅解他，可说他不好的人多了，公司也不得不重视。

于是，公司领导多次出面与他沟通，希望他改进工作方法、改善同事关系，但收效甚微。

2015年下半年以来，苏晨晓又陆续与公司3位副总经理，还有财务销售等部门的总监，以及一些设计部的同事发生言语或肢体冲突。

此后，有20多位同事及与其有工作接触的员工集体向公司提出：无法继续容忍苏晨晓……

公司高层慎重考虑后，决定劝苏晨晓自动离职。由于他不同意，公司于去年10月书面通知苏晨晓：鉴于您在工作表现，公司认为双方继续合作是对双方的伤害，且不利于双方各自的良性发展。因此，2016年11月1日解除您与公司签订的劳动合同，公司依法支付您经济补偿。请您收到本通知后，按公司要求办理离职交接手续。

2016年12月5日，苏晨晓申请劳动仲裁要求公司向支付违法解除劳动合同赔偿金36000元、支付未提前30日书面通知解除劳动合同的代通知金18000元。

仲裁裁决

此案经劳动争议仲裁委员会审理，认定广告公司系违法解除劳动合同。近日，仲裁裁决广告公司向苏晨晓支付违法解除劳动合同赔偿金，但驳回其要求公司支付1个月工资代通知金的请求。

法理剖析

针对本案，张立德律师在接受记者采访时说，《劳动合同法》已经实施9年多时间，但人们对代通知金制度还存在多种误解，本案既是一个特例，也是澄清了用人单位违法解除劳动合同与支付代通知金之间的关系。

如何正确理解和适用代通知金制度呢？

张律师说，所谓代通知金，即平时常说的“N+1”补偿方案中的“1”，它是指用人单位在法定情形下解除员工劳动合同，如未提前30日书面通知员工，以支付1个月工资作为该30日通知期的替代。

《劳动合同法》第40条规定：有下列情形之一的，用人单位提前三十日以书面形式通知劳动者本人或者额外支付劳动者一个月工资后，可以解除劳动合同：（一）劳动者患病或者非因工负伤，在规定的医疗期满后不能从事原工作，也不能从事由用人单位另行安排的工作的；（二）劳动者不能胜任工作，经过培训或者调整工作岗位，仍不能胜任工作的；（三）劳动合同订立时所依据的客观情况发生重大变化，致使劳动合同无法履行，经用人单位与劳动者协商，未能就变更劳动合同内容达成协议的。

因此，用人单位在上述法定情形下合法解除劳动合同但未提前30日书面通知员工时，方需支付1个月工资的代通知金。当然，此时用人单位还需依法向员工支付经济补偿金。

但是，如企业已书面通知员工劳动合同于30日后解除，员工认为自己可立即离职或者说可提前离职，企业是否还得支付1个月工资代通知金呢？

张律师认为，代通知金针对企业而言系法定义务，而对于员工来说系法定权利，而权利是可以放弃的，该放弃行为并不违反法律法规之规定。但是，为避免员工提前离职之后就代通知金问题再行向企业主张，双方可就提前离职问题通过协商文件或类似文件予以确定，以明确系员工主动放弃代通知金的。

企业违法解除劳动合同时，员工要代通知金有法律依据吗？

张律师说，《劳动合同法》对用人单位解除劳动合同的条件、程序等已作出明确规定，用人单位解除劳动合同需依法为之，否则即构成违法解除。因此，即便员工存在不胜任工作、医疗期届满后不能从事原工作或者存在劳动合同订立时所依据的客观情况发生重大变化等情形，但用人单位未按法律法规规定的程序、条件而直接解除劳动合同的，照样构成违法解除劳动合同。

比如，针对不胜任工作的员工，用人单位无证据证明。或者虽有证据证明员工不胜任工作，但未对其培训或者未调整工作岗位就直接解除劳动合同等等。这些都属违法解除劳动合同的情形。

至于用人单位认为，只要向员工支付1个月工资的代通知金就可以解除劳动合同的做法是不可取的，这种做法忽视和违反了法律法规关于解除劳动合同的条件和程序。

张律师说，用人单位违法解除劳动合同的法律后果，应当按照员工的选择支付赔偿金或者继续履行劳动合同。由此可见，法律法规对于用人单位违法解除劳动合同，并未将代通知金与赔偿金或继续履行劳动合同予以捆绑或打包。因此，员工向用人单位主张违法解除劳动合同的“2N+1”的赔偿没有法律依据，苏晨晓遇到的问题就是这样。至于要求用人单位应支付“2(N+1)”的赔偿，同样没有任何法律依据。

企业终止固定期限劳动合同未提前30日书面通知员工，依据地方规定应给予的赔偿金，其性质是代通知金吗？

北京市规定：企业未提前通知终止劳动合同的，每晚通知1天则支付1天工资的赔偿金。这里的赔偿金能视为代通知金呢？张律师认为不能。

如前所述，除符合《劳动合同法》第40条规定合法解除劳动合同、但用人单位未提前30日书面通知员工的情形之外，代通知金无任何适用前提。因此，不能想当然地认为，北京市规定的上述赔偿金即为代通知金。

如劳动者与用人单位协商解除劳动合同，在解除协议中明确用人单位多支付1个月工资的所谓“代通知金”，这种情形仍不属于法律法规所规定的代通知金，其本质属于用人单位同意多支付的经济补偿金范畴。

代通知金的标准如何确定？

张律师说，依据《劳动合同法实施条例》第20条规定，企业依照《劳动合同法》第四十条的规定，选择以支付1个月工资的

代通知金方式解除劳动合同的，该代通知金应当按照该员工上一个月的工资标准确定。而该上一个月应为双方劳动合同解除当月的上一个月。

但是，在实践中有例外情况。比如：某企业的某销售员不胜任工作，经培训后仍不胜任工作，这种情况下企业如果于2016年5月解除其劳动合同时未提前30日书面通知，应依法向其支付1个月工资的代通知金，且应当以其2016年4月的工资作为代通知金的判断标准。

然而，该员工2016年4月获得的提成比以往任何一个月都高出10多倍，如仍以该月工资标准作为代通知金的支付标准，对于企业而言则未免不公平。反之亦然，即对员工而言未免不公平。因此，上海市规定：《劳动合同法实施条例》规定“代通知金”的支付标准，应当以上个月的工资标准确定，但以该单月的工资为准，可能过高或过低，既有可能对用人单位不利，也可能对劳动者不利，从整体上看不利于促进和形成和谐稳定的劳动关系。所以，结合《劳动法》和《劳动合同法》的立法精神，上个月的工资标准，应当是劳动者的正常工资标准。如其上月工资不能反映正常工资水平的，可按解除劳动合同之前劳动者十二个月的平均工资确认。

员工取得代通知金是否缴纳个人所得税，按什么科目纳税？

员工取得代通知金，按《个人所得税法》的相关规定产生个人所得税的计征，也就是说员工需就代通知金缴纳个人所得税。但是，按什么科目纳税呢？

张律师说，代通知金与劳动报酬不同，后者系在劳动关系存续期间，员工提供劳动而获得的报酬，前者系企业在法定情形下解除劳动合同但未提前30日书面通知而依法产生的“替代品”。因此，代通知金支付时双方劳动合同已发生解除，所以性质上已非劳动报酬，如继续按工资薪金所得计征个人所得税未免有失偏颇。而究其本质，应属于员工在劳动合同解除时取得的一次性补偿收入的项目之一，因此，应当按照国家税务总局关于个人与单位解除劳动关系取得的一次性补偿收入相关规定计征个人所得税，即以一次性补偿收入之总额是否超过当地社会平均工资的3倍上限而确定是否征收个人所得税。

上班第二天便失业 同样可获经济补偿

编辑同志：

春节过后的2月3日即正月初七日，我便与一家食品生产公司签订了一份为期两年的劳动合同，约定我从事食品包装，月薪3000元。如有超产，则按照公司的规定按月给予绩效奖金。可我仅仅上了一天班，次日公司就因为存在卫生隐患，且经有关部门一再整顿仍不符合要求，而被责令关闭。由此也导致公司不得不提出解除与我的劳动合同。我虽然同意离去，但要求公司给予解除劳动合同的经济补偿。公司却一口拒绝，理由是我只是工作了一天，甚至还处于适应岗位阶段，自然无权索要经济补偿。

请问：公司的理由成立吗？

读者：李芳玲

李芳玲读者：

公司的理由不能成立，你有权要求其给付半个月的工资，作为解除劳动合同的经济补偿。

一方面，公司不能规避自身的法定义务。

《劳动合同法》第四十六条规定：“有下列情形之一的，用人单位应当向劳动者支付经济补偿：……（二）用人单位依照本法第三十六条规定向劳动者提出解除劳动合同并与劳动者协商一致解除劳动合同的……”本法第三十六条指出：“用人单位与劳动者协商一致，可以解除劳动合同。”

这就是说，只要是用人单位提出解除劳动合同，经与劳动者协商，劳动者同意解除，用人单位便必须无条件地向劳动者给予经济补偿，而不受劳动合同已经履行时间的长短、劳动者是否处于适应岗位阶段限制。

本案中，你虽然只在公司上了一天班，但并不能否认你与公司的劳动合同已经实际履行。公司主动与你协商解除劳动合同，你表示同意，表明双方已经达成一致，即你已经具备获取经济补偿的要件。更何况公司被有关部门责令关闭，是由于自身原因所致，与你这一天的工作没有任何牵连。

另一方面，公司必须对你给予经济补偿。

《劳动合同法》第四十七条规定：“经济补偿按劳动者在本单位工作的年限，每满一年支付一个月工资的标准向劳动者支付。六个月以上不满一年的，按一年计算；不满六个月的，向劳动者支付半个月工资的经济补偿。”

该规定进一步表明劳动合同履行时间的长短，只与用人单位应当向劳动者给予经济补偿的多少有关，不是用人单位拒绝支付经济补偿依据。

根据该规定明确的经济补偿的计算方式，你上一天班，当属“不满六个月”的情形。因此，公司必须按照其与你签订的劳动合同中所约定的3000元的月工资标准，向你支付半个月的工资，即1500元。

（颜东岳）