带薪休假制度的实施已有20多个年头，现实中，囿于用人单位的强势地位以及劳动者自身认识问题，“带薪年假”往往会打折扣，成为一个“看上去很美”却令人叹息的制度。为指导广大劳动者依法维护自己的休假权利，纠正用人单位的一些错误认识，下面选取几则较典型的案例予以评析。

个体户雇员有年假 休假天数法律已定
不让休假须给补偿 未休假不等于放弃

职工享受带薪年休假 单位不能打折扣

□潘家永

带薪年假系法定 违法违规须纠正

【案例】小李在一家个体餐馆连续工作已满1年。2016年9月，小李提出了休5天年假的申请，老板却说自己是个体户，哪来的年休假？要求小李留下来继续工作并答应给加班费，但其后老板未兑现。小李遂以餐馆未支付其未休年休假工资报酬为由，向劳动保障监察部门投诉。劳动保障监察部门调查核实后，责令老板依法向小李支付未休年休假的工资报酬。

【点评】根据《职工带薪年休假条例》（以下简称《条例》）第2条的规定，机关、团体、企业、事业单位、民办非企业单位、有雇工的个体工商户等单位的职工连续工作1年以上的，均有权享受带薪年休假。单位应当保证职工享受年休假。职工在年休假期间享受与正常工作期间相同的工资收入。《条例》第3条规定，累计工作满1年不满10年的，年休假5天；满10年不满20年的，年休假10天；满20年的，年休假15天。《条例》第5条第3款规定，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。

带薪年休假是职工的法定权利。本案中，小李虽然是个体户的雇工，但也依法享有年休假。职工遇到单位不批准休年假又不给予年休假工资的情况，可以带齐劳动关系证明、年休假申请表、单位领导批复等资料，到劳动保障监察部门投诉，请求其依职权责令用人单位支付年休假工资和赔偿金。

休假天数依法定 工作年限累计算

【案例】老张于2015年9月1日入职某印刷厂，双方签订了1年期的劳动合同。2016年8月31日劳动合同到期后，公司决定不再续签。老张提出公司还要向其支付10天未休满的带薪年休假工资补偿，印刷厂称根据公司规定，新入职员工第一年享受5天年假，老张实际上也休了5天年假，无需再补偿。老张提供了区人才服务中心出具的其入职前累计工作已20年的《工龄证明》，但印刷厂并不认可，老张只好申请劳动仲裁。仲裁委认定老张累计工作年限达到21年，应享受15天年假，遂裁决印刷厂支付老张未休满的10天年假工资报酬。

【点评】根据《条例》的规定，劳动者的工作年限应当累加计算，包括在不同单位的工作时间。《企业职工带薪年休假实施办法》（以下简称《办法》）第4条规定，职工在同一或者不同用人单位工作期间，以及依照法律、行政法规或者国务院规定视同工作期间，应当计为累计工作时间。本案中，老张虽在印刷厂仅工作了1年，但他累计工作年限已达21年，当然应享受15天的年假，所以仲裁委支持了老张的请求。

实践中，有些用人单位往往按照劳动者在本单位工作时间的长短来确定年假天数，漠视劳动者的累计工作年限，一旦发生争议，劳动者要承担相应的举证责任。因此提醒劳动者，入职新用人单位时，如果涉及以往工作年限问题，双方应当提早核实。另外，职工的累计工作时间还可以根据档案记载、社保缴费记录、劳动合同等材料确定。

年休假单位难安排 赔偿工资为2倍

【案例】2014年1月，小马应聘到某网络公司工作，签了3年期限的劳动合同。2015年12月，小马因家中有事，向公司申请休5天年休假，但老板说年底工作很忙，人手紧缺，要求小马将年假推迟到下一年度休，可小马并不愿意。由于2015年休假未成，小马于2016年2月向公司提出支付其3倍年休假工资的请求。因公司不同意，小马就申请了劳动仲裁。公司辩解称，只是要求小马推迟休年假，并非不安排其休年假，小马要求3倍年休假工资的请求不能成立。仲裁机构裁决公司向小马支付2倍年假工资。

【点评】《条例》第5条规定：年休假在1个年度内可以集中安排，也可以分段安排，一般不跨年度安排；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。《办法》第9条规定，用人单位确因工作需要不能安排职工年休假或者跨1个年度安排年休假的，应征得职工本人同意。

由此可见，虽然如何安排休假是用人单位的权利，但也应当统筹兼顾工作需要和员工个人意愿，且一般不得跨年度安排，除非征得职工同意。本案中，网络公司因工作需要，要求小马跨年度享受年休假但没有获得小马的同意，因此应当向小马支付年休假工资。虽然《条例》规定应按职工日工资收入的300%支付年休假工资报酬，但其中包含单位支付职工正常工作期间的工资收入。小马已经正常领取了工资，因此只能主张2倍的未休年休假工资。

职工虽未申请休假 单位也不能免义务

【案例】葛某在某公司连续工作已达11年，2015年度未休年休假。2016年10月底，葛某在办离职手续时，发现单位没有向他支付10天年休假工资，遂主张补充支付，但遭拒绝。单位拒绝的理由是：单位从未限制葛某休假，葛某本人也从未提出过年休假申请，故应算他自己放弃，所以单位没有义务支付年休假工资。葛某遂申请劳动仲裁，仲裁机构支持了葛某10天年休假工资的主张。

【点评】《条例》第7条规定，单位不安排职工休年休假又不依照本条例规定给予年休假工资报酬的，由县级以上地方人民政府人事部门或者劳动保障部门依据职权责令限期改正……。《办法》第10条规定，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。

这些规定说明，主动安排职工休年假是单位的强制义务，单位应积极制定并公示年度职工年休假计划，并督促职工休假。对于劳动者未主动申请的，也不能视为自动放弃。除非用人单位安排休假，但职工因本人原因且通过书面形式正式向单位提出不休年休假的，方可视为自行放弃。本案中，葛某虽未主动要求休假，但单位也未主动安排，所以不能认定葛某放弃年休假。

值得提出的是，在实践中，有些用人单位还发明了其他一些规避职工年休假的伎俩，比如：要求职工签订“无年休假”或放弃年休假的协议；以待岗期限或探亲假折抵年休假天数；以组织职工外出旅游、报销旅游费用等福利待遇来折抵年休假天数；设定休年假的时限，逾期视为员工自愿放弃或自动作废。还有的单位视年休假为福利，对休年假的职工随意扣发全勤奖、绩效奖等。上述种种做法，均不符合法律规定，职工朋友遇到上述情况时，可向当地劳动部门举报，或者申请仲裁，以维护自己的合法权益。

■有问必答

提问：房产中介公司置业顾问 温玉娴 回答：北京市总工会法律服务中心 杨雪峰

提成工资与加班费能否兼得？

□本报记者 王香阑

房产中介公司置业顾问 温玉娴：我是山西人，今年26岁，六年前来到北京打工。2014年4月，我被本市一家房产中介公司招聘为置业顾问，实际上就是帮客户买卖二手房。入职时，公司约定每月工资为底薪1800元加2‰的提成。

2016年二手房销售火爆，为了扩大营业额，店长要求我们每天早晨8点到店打卡上班，晚上9点下班，却从没支付过加班费，而且每周只能休息一天。因我工作努力，每月业绩都非常高，但公司总是不按2‰的比例向我支付提成，店长说公司资金紧张暂时缓发。2016年12月底，我提出辞职并得到批准。离职后，我要求原单位支付拖欠的10万元提成及5万元延时、双休日及法定节假日的加班费。近日协商几次后，店长说因加班多干活才多拿的提成，所以最多只给10万元提成款而加班费不给，并称二者不能兼得。请问：原单位这种说法有道理吗？

杨雪峰：你好，按照国家有关规定，工资总额包括计时工资、计件工资、奖金、津贴和补贴，及加班加点工资和特殊情况下支付的工资。根据你的介绍，你的销售提成属于计件工资，如果你岗位为标准工时制度，单位安排你延长工作时间的，应当按照法律法规规定支付相应的加班费，而计件工资和加班费是可以兼得的。

有问必答 北京市总工会法律服务中心

冒充送奶工骗钱 小打小闹也能构成诈骗罪

编辑同志：

我是一名退休人员，为了不让孙子缺失营养，曾订购牛奶，每天早晨由专人放置在我家门口的牛奶箱内。今年元月初，自称送奶工的王某来到我家，说现在公司正在对某品牌的牛奶搞促销活动，只要我一次性缴纳10个月的牛奶费，便能享受12个月的牛奶。因我原来订购的牛奶恰恰已经到期，也对该品牌的牛奶放心，加之为了得到实惠，没有多想，便给了他2500元订奶钱。此后，一连几天也没人送奶，我就拨打了公司的送奶电话，这时才知道不仅王某并非公司员工，而且该企业也没有开展任何活动。听小区住户说，另有10人也“享受”了与我一样的遭遇。请问：王某的小打小闹行为是否构成犯罪？

读者：赖丹琳

赖丹林读者：

王某的行为已经构成诈骗罪。

诈骗罪是指以非法占有为目的，用虚构事实或者隐瞒真相的方法，骗取数额较大的公私财物的行为。本案中，王某的行为已具备该罪的构成要件：一方面，王某具有非法占有他人订金之目的。王某之所以设下陷阱，是为了让他人支付所谓的订奶费，然后据为己有。而这种侵犯他人财产的手段和方式，既没有合同依据也没有法律依据，因而当属非法。

另一方面，王某已经实施诈骗行为。诈骗罪中“虚构事实或者隐瞒真相”的实质，是指行为人所采取的手段能够让被害人陷入错误认识，并使被害人因此而交付财物。王某虚构送奶工的身份，假冒公司名义，借口公司在搞活动，只要一次性缴纳10个月的牛奶费便能享受12个月的牛奶，制造应当交付2500元订奶费的假象，使包括你在内的他人基于错误认识，认可王某的做法，而向其交钱。

基于上述观点，王某会受到刑事追究。诈骗罪是一种数额型犯罪，即只要诈骗的财物在“数额较大”以上就必须受到制裁。而追究刑事责任的数额标准，《最高人民法院、最高人民检察院关于办理诈骗刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第一条第一款规定：“诈骗公私财物价值三千元至一万元以上、三万元至十万元以上、五十万元以上的，应当分别认定为刑法第二百六十六条规定的‘数额较大’、‘数额巨大’、‘数额特别巨大’。”正因为你被骗的金额虽然只有2500元，但另有10人上当受骗，合计11人，涉案金额总计27500元，这决定了王某之举并非小打小闹，而属“数额巨大”，必须受到刑事处罚。建议你和其他10位被骗的朋友，及时向公安机关报案，以便追究王某的刑事责任，并以追赃的方式为你们挽回损失。

（颜东岳）