

# 论澳门娱乐博彩场中小费的性质

语焉,卢克建<sup>①</sup>

(南华大学 文法学院,湖南 衡阳 421001)

[摘要] 澳门娱乐博彩场员工收取的小费是否构成报酬在社会上存在争议,文章从对法院判决的讨论入手,经过分析认为,此类小费应视为报酬,员工加班的补偿标准应按所有收入计算,并且讨论了司法的一些技术问题。

[关键词] 小费; 报酬; 加班补偿

[中图分类号] F719.52;D922.5 [文献标识码] A [文章编号] 1673-0755(2016)02-0084-07

本文源自在澳门学习期间的一次讨论。虽然,此案在法院作出终审判决后不久,新颁布的《劳动关系法》已经使案例引起的疑问得到解决,可是,对这样的案例做些法律适用技术方面的讨论,尚具有现实意义。其意义不在于质疑案件的处理,仅为法律技术层面的探讨。

## 一 案件的基本事实<sup>①</sup>

原告甲于1981年2月1日起,开始与被告乙公司(博彩娱乐场)建立劳动关系,原告每日固定收入:开始时为1.70港元;从1989年7月至1995年4月为10.00港元;自1995年5月始为15.00港元。甲除了劳动合同确定的收入之外,还有一部分收入是顾客付给雇员的小费。在娱乐场中顾客付的小费均由被告收集、计算,然后根据其所经营娱乐场内员工的职业级别,分配予所有员工,分配规则由被告确定。在劳动关系存续期间,原告若休周假日、年假日(每年6天)、强制假日等,就不能享有任何收入。原告基于劳动关系的纠纷,向法院起诉,要求被告支付:(1)被告占有的、属于原告的部分报酬及法定利息;(2)由原告于年假、周假和强制性假期提供工作而支付金额为1,585,332.00澳门元及法定利息;(3)因侵犯非财产权利而所作的赔偿,于判决执行时结算;(4)解雇赔偿,金额为186400.00澳门元及法定利息。初级法院判处被告向原告支付546,751.00澳门元及法定利息,驳回原告的其他请求。双方均提起上诉,中级法院裁定原告的上诉部分胜诉,而

被告之上诉完全不成立,同时判令被告向原告支付859,606.00澳门元及法定利息。经第三审,终审法院判令乙公司向甲支付11,859.45澳门元。

其中初审、中级法院与终审法院之间数额相差悬殊,焦点在于甲平时收入中小费的性质,即它是否应计算为其工资,从而决定原告甲在休息日加班应获得补偿的标准。对此,初审法院和中级法院一致认定小费构成甲的工资,而终审法院则认为小费不构成工资。因澳门原有的法律未对此予以规定,本文拟从法律的逻辑出发,对案中所争议小费的性质予以讨论。

## 二 小费的法律性质

因职业的特殊性,娱乐场不允许员工私自收受小费,所以形成了小费由娱乐场统一收取、统一分配的惯例。在一般情况下,员工都能按照一定的规则获取小费,至于小费是否工资的争议没有多大实质意义,但若员工于假期加班时,公司应当按照什么标准给予补偿,就无法避免要考虑小费是否为工资,以确定是否能将小费作为工资而计算补偿的标准。因此,要比照一般的劳动报酬的法律性质来界定小费的法律属性。

### (一) 劳动报酬的界定

依照《劳动关系法律制度》(第24/89/M号法令<sup>②</sup>)第25条第2款规定:“所有得以金钱计算而无论其名称及计算方式若何;按服务的提供应有及由雇主与工作者之间的协议、章程、惯例或法律规定而

[收稿日期] 2016-01-12

[作者简介] 语焉(1969-),男,湖南双牌人,南华大学文法学院讲师,博士。

<sup>①</sup>南华大学文法学院副教授。

订出的支付,即为工资。”

判决援引学理观点认为,报酬有四个主要要素<sup>③</sup>:“(1)是一个有规律和定期的给付;

(2)以金钱或实物支付;

(3)劳工以合同或法律规定名义所拥有的权利,并为雇主实体的一项义务;

(4)作为劳工劳动的对价。”<sup>④17</sup>

笔者在此对上述要素做进一步说明,以使问题焦点更加明确。

首先,报酬支付的工具,可以是货币或实物。

其次,报酬的结构包括确定报酬和浮动报酬,或者是混合的。判决认为,可以订定一项确定的基本回报,再增加一些补充性或辅助性的其它收入。这些收入与所提供的工作的特别风险(艰巨、危险、隔离、有毒性)、收益、成绩和生产力(个人或团队的)或甚至工作者个人的某些特定情况(年资、长期性或甚至年龄)有关<sup>④18</sup>。无论报酬的结构以何种方式出现,若这些支付在劳动关系订定时,即已将其作为报酬的考虑范围,尤其是有规律的支付,劳工的期待更加确定,故而,其中各种给付的性质是否那样确定就出现讨论余地。

第三,报酬的名称。报酬以其支付的实质为要件,不以其名称是否报酬,也不以其计算方式为要件,只要是符合法律规定的要件的,最主要的是作为劳动对价的,即可作为报酬。由此可知,现实中有些给付虽不在雇主发放的工资之列,也不以工资之名支付,若其具有报酬的性质,即可成立报酬。

第四,报酬的依据。确定报酬有两个方面的依据:一个是以劳工提供劳动服务为要件;另一个是劳工提供劳动具有获得报酬的性质或者雇主与劳工之间的协议、章程、惯例或者法律规定确立的依据。前者是为经济意义的基础,确定工资的对价性,是劳动的对待给付。不过这一依据不具有充分性,即并非有劳动的提供就当然享有工资支付的请求权,有些是义务劳动,不能请求支付报酬。后者则为法律依据,一项劳动提供后,需依据劳工提供劳动的性质或协议、章程、惯例或法律等,可以获得报酬。第二个依据非常广泛,只要具备其中一项即可,而且允许工资中出现多项不同的给付,即可以在一项劳动的提供中,一部分工资基于合同给付,一部分基于习惯给付,还有一部分基于法律给付(以有法律规定为前提)等。依照法律规定的支付有多种,例如休息日上班的,雇主应当依法给付工资的双倍或以上补偿等。两个条件结合起来,只要劳动提供者没有无偿劳动义务,即可请求报酬。

休息日上班补偿计算的标准,应包括各种给付依据所形成的报酬,而不能仅以合同约定的工资为依据。休息日提供劳动的工资应当与平时劳动的工资是一致的,法定的加班补偿标准,也要以平时工资为基础,这一点应该是没有争议的。

(二)本案原告甲基于劳动服务可获赠予的种类和性质

原告甲基于与乙公司的劳动关系,即在为乙公司提供劳务的过程中,可能获得的赠予,根据给付主体不同,可分为两类:一类是雇主给付的赏钱,一类是顾客给付的小费<sup>⑤</sup>。本文仅讨论后面一类。

对于来自顾客支付的小费的性质尚多有争议。终审法院认为,顾客支付的小费,可以理解为属于第三者行为,与劳动合同完全没有关系,不具有工资的性质,这一点自然有其一定的法律正当性。

澳门服务领域有两种收取小费的形式,一种是由服务人员自行收取的小费,另一种是由雇主统一收取小费,统一分配(即本案被告所采取的形式)。对前一种小费的性质目前没有争议,本文仅对后一种形式的小费进行讨论。

笔者认为,对小费性质的考察,需要结合很多因素,综合判断。若不落实到具体的情况,而仅在思辩意义上讨论,认为劳工对小费没有特别请求权,这种认识也是完全正确的,但到具体的案件中,其合理性本身就值得探讨了。

从上述观点出发,如果认定因为小费来自第三方,劳工不享有对小费的特别请求权,那么在认定法定合理工资时,也应该不考虑小费收入。也就是说,无论劳工在现实中收入的小费有多么高,雇主仍有义务承担劳工合理的工资,即不能因为劳工在工作中收入的小费高了,就可降低雇主支付劳工报酬的水平,哪怕这个获得小费的机会,是因雇主提供的工作而成为现实的。这是小费的法律义务和权利的对等性必然得出的结论。

在本案中,娱乐场中客户所给付的小费由雇主统一收集,在收集之后到分配前,即成为有权享有小费之劳工的共有财产,其所有权自然属于劳工,雇主仅有管理权。

### 三 本案中原告甲所收益小费的特殊性

本案小费的特殊性主要表现在原告甲所获得小费的方式、在收入中所占比例等方面。

(一)甲基于为乙公司工作所得收入的现实结构

甲的合同工资,分三个阶段,每天为1.7港元、

10 港元、15 港元,即每年工资分别为 622.2 港元、3650 港元、5475 港元。但实际上,甲每年的收入,即使最低的一年(1985 年),也达 80,694.00 澳门元,最高为 1996 年达 219,593.00 澳门元,其中实际收入与合同工资的差距就是小费。现对其收入做如下列表<sup>⑥</sup>:

表 1

| 年 度  | 年总收入<br>(澳门元) | 其 中            |              |
|------|---------------|----------------|--------------|
|      |               | 年约定工资<br>(澳门元) | 年小费<br>(澳门元) |
| 1984 | 106,506.00    | 622.20         | 105883.80    |
| 1985 | 80,694.00     | 620.50         | 80073.50     |
| 1986 | 105,812.00    | 620.50         | 105191.50    |
| 1987 | 136,902.00    | 620.50         | 136281.50    |
| 1988 | 142,286.00    | 622.20         | 141663.80    |
| 1989 | 163,017.00    | 2147.00        | 160870.00    |
| 1990 | 190,127.00    | 3650.00        | 186477.00    |
| 1991 | 180,766.00    | 3650.00        | 177116.00    |
| 1992 | 179,326.00    | 3660.00        | 175666.00    |
| 1993 | 194,622.00    | 3650.00        | 190972.00    |
| 1994 | 200,609.00    | 3650.00        | 196959.00    |
| 1995 | 198,043.00    | 4885.00        | 193158.00    |
| 1996 | 219,593.00    | 5490.00        | 214049.00    |
| 1997 | 214,528.00    | 5475.00        | 209053.00    |
| 1998 | 199,165.00    | 5475.00        | 193690.00    |
| 1999 | 159,819.00    | 5475.00        | 154344.00    |
| 2000 | 167,705.00    | 5490.00        | 162215.00    |
| 2001 | 158,282.00    | 5475.00        | 152807.00    |

从甲的总收入水平来看,确实并不固定,但通过分析即可看出,原告收入在 1984—1988 年、1989—1992 年、1993—1998 年、1999—2001 年几个阶段的收入具有较明显的稳定特点。

## (二) 甲之收入中小费的地位

通过分析甲之收入的结构,可以明确得知,单从其数额与合同工资相比,此等小费完全构成了甲之所有收入的主体,相反合同约定的报酬成了附属的。小费占总收入的比例可从图 1 看出:

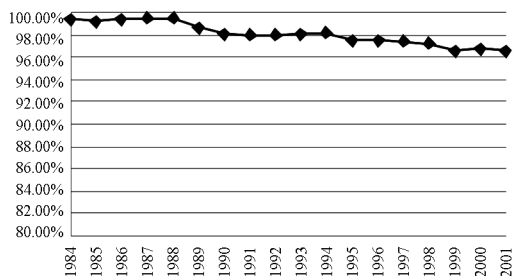


图 1 小费占总收入比例

当然,必须承认,仅仅由于小费收入与合同工资收入的这种严重失调,亦尚不足以改变小费的性质。

## (三) 甲的合理工资

劳工提供劳动后,获得合理的报酬,是一项国际社会公认的基本权利。依照《劳动关系法律制度》第 7 条第 1 款 b 项规定:“雇主应在共益要求范围,给与工作者合理的及与其工作相符的工资。”第 25 条第 1 款规定:“按提供的服务或工作活动,工作者有权收取一项合理工资。”可以对合理工资作如下分析。

### 1、合理工资对于劳工的地位

收取合理工资是劳工的一项基本权利。因此,劳工完全有权就所提供雇主的劳动,依据相关制度,如合同、习惯等,向雇主请求给付工资,而且,所获得的工资必须达到合理的水平。否则,若雇主给付劳工的工资过低,则劳工有权请求雇主补足其工资,以达到合理水平。

### 2、确定合理工资的基础

终审法院在判决中提出:“而透过公布的统计知悉,在 20 世纪 90 年代,澳门私人行业的工资中位数不超过月薪伍仟澳门元。”依据政府统计的私人行业工资的标准,作为判断原告甲的收入是否达到合理工资,似乎理解有些狭隘。在笔者看来,工资金额的确定,应考虑工作者的需求与利益及生活消费状况等因素。但合理工资不是最低生活保障,也不限于最低工资保障水平,劳工因为工作中的特殊身份,比如经理等,往往伴以特定的生活需求并造成更大开支,也应予以合理且适当的考虑。在司法实践中,解释合理工资时,也会借助一个参照系确定一项工资是否合适。本案原告的合理工资,需要结合所在行业的收入水平判断。

### 3、给付合理工资的义务人

根据法律规定,承担合理工资给付义务的主体是雇主,这是劳工与雇主之间的劳动合同决定的义务。一般情况下可以认为,合同当事人之外的第三人对劳工所为的任何给付,包括小费,都不能视为工资,仅构成第三人与劳工之间的关系,而不影响雇主与劳工基于劳动合同的法律关系,除非第三人之给付目的,就是替代雇主履行支付劳工工资的义务,并且向接受给付的劳工为明确的意思表示或者以劳工明知其目的的方式为给付。

### 4、小费对合理工资的影响

终审判决认为:“但审判者不能罔顾现实,忘记了澳门娱乐场的工作者正因为娱乐场工作而提升了非常高的财产能力。在 1984 至 2001 年间,原告

每月收取的工资和小费约为壹万肆仟澳门元。而透过公布的统计知悉,在20世纪90年代,澳门私人行业的工资中位数不超过月薪伍仟澳门元。”<sup>④32-33</sup>(着重号笔者所加,下同)判决同时还引述了MONTEIRO FERNANDES和JOÃO AMADO两位教授的意见,而从引述的情况看,这两位教授的意见,也是前后矛盾的。

作一个简洁明了的转述就是:“因为原告在平时收取了数额很高的小费,已经达到合理收入水平,所以,对于加班的补偿就应当以数额很低的约定工资为标准。”从以上转述可明确看出,他们在认定原告的收入是否达到合理工资时,将小费收入计算在内,那么,事实上承认了小费是工资的一部分,转而又说无论合同约定的工资如何低都不能将小费计算为工资,对同一个事物,做不同性质的认定,本身就是矛盾的。

JOÃO AMADO教授认为:“娱乐场员工的工资很低是事实,但不要忘记该行业不可否认和重要的独特性,也不要予以轻视,尤其是传统上,这些员工的劳动收入的大部分来自于由第三者所打赏的小费/赏钱。典型地,一项很低的工资,加上有份量的小费一起,在劳动收入事宜方面,构成了与下列情况非常不同的情景:因不可容忍及令人反感以致允许法院为审查/纠正由合同双方所执行的协议内容而求诸于《劳动关系法律制度》第25条第1款。”<sup>④34</sup>依此意见,以很低的工资加上第三者支付的可观的小费构成了劳工收入的全部。这样的合同中,工资很低的现实,事实上使雇主规避了一项法定义务。规避法定强制义务的行为,是无效行为。

从另一个角度看,雇主若以劳工可能获得的小费为由,降低工资标准,是将劳工所有的财产作为他应承担的给付义务的支付手段,即将劳工所有的财产据为己有之后,再以劳工报酬的形式发给劳工,这就构成对劳工财产权的侵害。

由此,只能得出一个结论,即这种情形下不能以合同约定的工资认定原告的工资水平。

#### 5、当事人签订合同时的意思

本案中,若劳工仅以合同约定的工资为收入,不仅他主观上不会接受,客观上也不允许其接受,这样微薄的工资,劳工无法维持生活,故而,很明显,在合同签订时,劳工即希望获得那样一份较为丰厚的小费,这种希望是现实的,且从某种程度上获得了雇主保证的。作为雇主,他自然知道,若仅凭合同约定的工资完全没有可能有劳工会应聘,可以肯定,他主观上是将小费计算在劳工收入之中的,且明知劳工希

望获得小费的意思。那么,在劳动合同中将工资定得很低,完全是雇主故意而为的。正如MONTEIRO FERNANDES教授所言:“首先,应在产生法规的评价性范畴去解读有关之法规,而在此背景下,所提到的规范明显地显示出在娱乐场行业方面的顾虑是保证劳动关系确保工作者具有一项足够和适当的收入。”<sup>④33</sup>娱乐场在合同签订时即将小费收入计算为劳工收入,终审法院的判决也认识到这一点。

另从图1对小费占总收入比例的情况分析,其走势可以看出,在合同约定的工资提高时,小费占总收入的比例较明显下降。这些现象也可说明,劳工的总体收入中,小费与工资的界限并不是判决所认定的那样明确。

当然,也正如MONTEIRO FERNANDES教授的意见:“可以这样说,合同向工作者保证了一项相当于微小的固定报酬的收入和一个重要的获取利益的机会。”本案中,被告提供给原告的工作,使原告获取了一个能够收取小费的机会,但这样一个机会不能成为减轻雇主支付工资义务的依据。

#### 四 本案中原告假日加班补偿的认定

本案的焦点是原告平时收入中的小费,能否作为计算假日上班补偿的基础?

JOÃO AMADO教授认为:“通常与博彩行业相应的不能否认的微薄工资也不可能作为任何一个‘感性的司法见解’的理据,尽管充满良好的意愿,而最后都把由第三者所给予的小费(捐赠)转变为由雇主负责的报酬(工资)。”<sup>④34</sup>对上述意见做一个简洁的转述,即因为原告明知合同工资非正常低,仍与雇主签订合同,事后要求以小费收入的标准请求假期上班的补偿,是不能支持的。笔者不认同这一观点。

首先,若如上述教授的意见,原告明知这种报酬的结构而仍然要签订合同,就不应事后又要求按照小费的标准请求补偿休息日加班,由此,我们可以认为该教授是将原告的这种意思状态认定为一种过错,如果如此,则同样需要弄明白的是,被告在签订合同时,故意将原告的工资确定在不够最低工资标准的水平,是否具有当然正当性呢?只有被告的行为具有法律正当性时,才可以认定由原告单方面承担责任。笔者认为,被告的这种意思状态也不具有法律正当性,前文对此已有论述,故而,这也应认定为一种过错。那么,在原被告都有过错的情况下,认定由原告单方承担责任合理吗?类似的情况,原被告的合同同样要求,原告若休假,就不能享有任何待

遇,包括约定工资,这一约定同样是双方都明知的,那么,原告还对休息日加班有请求报酬的权利吗?按照上述意见的逻辑,原告同样无此请求权,那么,终审法院应该驳回原告的诉讼请求,而不是按照约定工资的标准认定补偿金额。

其次,因为原告作为劳工,其概括意思常常只关心收入的总体水平,并没有有意识地严格区分小费与工资,而且事实上他也是这样做的,所以才出现本案中,原告提出上百万的诉讼请求。

再次,原告作为劳工,其在劳动合同中的选择受到各种约束,即使明知其权利受到雇主的侵害,也会因为就业压力而被迫服从不公平条件。正因为这样,现代各国各地区法律体系中,都制定了劳工保障方面的法律制度,甚至建立对抗雇主侵犯劳工权利的社团力量,如工会等,以防止劳工相对于雇主的劣势给劳工权利带来实质损害。因此,在劳动法领域,法院所应具有的职责就是,对合同进行必要的审查。事实上,不仅劳动法领域,即使一般的合同,法官也要审查合同,所以才有被法官宣告无效的合同或条款。

第四,在劳动关系中,雇主承担的合理工资给付义务,是强制性义务。除针对特定给付的明示放弃外,劳工一般意义地放弃其报酬请求权是无效的,即劳工可以放弃具体某个月的工资,而不能完全放弃所有的工资。《劳动关系法律制度》第1条第1款第1句规定:“关于直接雇主与居住本地区工作者之间工作关系的合约,系自由者,但不妨碍法定最低条件的遵守。”其基本意思就是雇主与劳工有确定合约内容的自由,但不得违反法定的最低条件。若劳工一般性地放弃其权利,就构成违反最低条件,这也是劳工保障制度基本理念可得出的结论。现代劳动法之所以这样规定,就是为了防止处于弱势的劳工,出于就业等各方面的压力考虑,而接受一些显失公平的劳动合同条款。

第五,原被告所订立之劳动合同的工资条款是显失公平的。当然,法官和意见提供的教授可以说,事实上原告的收入不止这些,这种观点的不合理性,前文已作详细讨论。

第六,从上文分析的情况可知,被告用小费充当原告的工资,不仅侵犯了原告的财产权,根据《劳动关系法律制度》第25条的规定,不管以什么名义发放,都是工资。

基于以上讨论,完全有理由认为,在认定原告于假日上班的补偿标准上,仅以合同约定的固定工资为基础,是不合理的。

那么,问题进而集中于加班补偿标准的具体认定上。现在所面临的问题是,合同约定的工资是无效的,不能作为补偿标准,小费中多大部分计算为工资才是合理的?笔者认为,本案中,应将劳工平时的全部收入作为计算休息日加班的补偿标准。

首先,原告有相对稳定的收入。若原告的收入完全不能作为参考依据,就可以参照同行业的平均收入认定补偿标准,但本案原告协议工资加上小费的收入,是相对稳定的。

其次,带薪假的适用。法律关于带薪假日的概念,是指劳工休息日不上班,而可享有与平时同等水平收入;劳工若上班,即可获得平时上班收入标准的超额补偿。这种补偿是个别化的,以各劳工自己平时收入标准为基础,不需要参考同类标准,即使同类标准可能会高于其个体收入,也不应参照。这一点终审法院在判决中事实上是认可的<sup>④45-46</sup>。

第三,合理工资的适用。在本案的情况下,约定工资不合理低,能否考虑以合理工资为标准计算补偿?合理工资仅为保障劳工收入而设置,在实际可能的请求权标的高于合理工资时,应当认定实际的报酬。终审法院判决似乎认为,原告平时的收入已经达到甚至超过合理工资水平,因而认定补偿标准时,就可按不合理低的约定工资作为计算依据,这是与法律精神不符的。如此判决,实质是认可原告有权请求被告补偿的同时,以极低金额的补偿否定了原告享有如此的请求权。判决认可这项请求权本身并不能完全决定判决是否符合法律,若判决认定的数额不合理低,同样可以动摇判决的合法性基础。本案判决的处理其实是自相矛盾的。

## 五 结 语

澳门终审法院在判决中提出:“确实,法院并不负有对收益作重新分配的职能,也不作具有社会特点的干预,具体到终审法院,主要职责为对已认定的事实准确地适用法律。而根据法律本身规定,在澳门,由娱乐场员工所收取之小费不构成工资部分。”由此可看出,终审法院认为法院审理案件,仅是准确适用法律,而不应基于社会特点的考虑,干预法律关系。

诚然,终审法院的这一观点反映了法院司法的某些性质。法院必须依法行使司法权,判断案件中具体当事人权利的合法性,法官仅有服从法律的义务,不能为考虑社会反响而违背法律,这是司法的自然之理。

尽管劳工收入保障制度具有很强的社会性,法

院在司法中,也不能仅仅因为社会对劳动保障的要求,而给雇主施加法律之外的社会义务,这一点也是可以获得共识的。

不过,也要认识到,在劳动法领域,法律更不可能对所有社会问题作出明确规定,有时,甚至还是立法者有意将某些问题留给法院在司法中确定。德国学者W·杜茨认为:法治国家原则和德国基本法第19条第4款所确认的,公民对法院有效保护的请求权,形成了受诉法官有判决的义务。劳动法中存在很多概念需要司法解释。在劳动法中还存在一些领域没有制定法来调整。立法的这种保留有很多原因。与立法不同,受诉法官不能放弃判决。即使法官发现法定的架构缺乏或不完善,也必须在严格适用法律方法的前提下继续发展法律<sup>[1]</sup>。在这样一些领域,法官更应有明确的认识,适当承担这一责任,不能以法院不应予以社会性干预为由,将这一责任再次踢给立法机关。

在本文所讨论的案件中,虽然劳动保障问题具有社会性,但与纯粹的社会责任问题存在根本区别,本案主要是一个典型的法律问题。

同时,法院的司法不应仅着眼于一个案件的审理,作为法律体系中具有终极救济权力的司法机关,尤其是具有终审权的法院,常常要有意识地通过司法活动,给社会展示一个法律体系的基本价值取向,或者是引导这个法律体系,朝一个受社会认可的方向发展,否则,就会反映出法官对法律体系的价值取向没有清晰的认识,导致法律的价值出现冲突和混乱,法律在人们心目中的地位下降。作为法官,对于司法的这种性质应当有明确的认识,并在司法审判实务中,践行由此衍生出的规则,甚至缔造一些维护法律价值的规则。笔者认为准确适用法律,不是从字面意义上理解和适用法律,而是基于对法律的整体认识适用法律,这也是司法之常理。若仅作字面的理解,有时会离开法律保护的价值很远。

在判断一项法律或判决的合理性时,尚需考虑多种因素。对于一些现实的状况,在设置法律规制时,无论是通过立法还是司法对这种状况进行规制,都需要考虑行为人激励机制的形成。具体到劳工收入保障制度方面,应当考虑通过立法或司法判决形成劳工和雇主行为的激励机制,以使其行为都符合劳工收入保障的要求。若一项制度对劳工保障是无帮助的,那么,它的制度效益为0。而这一制度的社会成本始终都是大于0的,因此,这一制度的社会成本就大于其效益,其最终的效益为负。若一项立法或判决,相反促进了雇主侵害劳工收入,那么这项立

法或判决完全是失败的,是与法律体系的价值相违背的。澳门终审法院关于小费性质的判断,尽管在一般概念意义上具有一定的合理性,但是具体到本文所引之具体案件,因为其前提性要件没有达到,从而导致这一判决不仅不能很好实现澳门法律体系中关于保障劳工保障制度的要求,相反会促使雇主,在判决生效后进一步以合同的形式损害劳工利益。而劳工,则因为其请求权不能获得法院的认可,转而放弃通过诉讼请求法院保障其权益,更深层次伤害社会对劳工保障制度的信心。法院司法应当维护法律的价值,而不能仅追求符合文意上的法律。只着眼字面上的合法,就很可能实质违法。司法不应限于形式合法,更应致力实质合法;对于以合法形式规避法律义务的行为,应当具有基本的识别能力,否则,司法的功能就不能实现,相反会助长规避法律的行为。

此案终审法院宣判后不久,立法会通过的第7/2008号法律《劳动关系法》第59条(基本报酬)第1款规定:“基本报酬尤其包括下列各项定期给付:基本工资;超时工作报酬;夜间工作或轮班工作的额外报酬;膳食津贴;家庭津贴;所担任的职务的固有津贴及佣金;由雇主向顾客收取的附加于账项上且其后分发予雇员的款项;双粮或其他同类性质的定期给付。”其中,“由雇主向顾客收取的附加于账项上且其后分发予雇员的款项”一项,就包括本案所涉的小费,这样一项规定,实际上是对终审法院判决的否定。这样一项制度,本可以由法院在司法中予以确定,通过司法积累经验,再由立法规定,这是法律发展的基本形态,可惜这个案件没有起到这样的作用。而从现实情况看,该条法律规定后,澳门娱乐博彩场员工的工资出现了实质变化,小费的分量不再有那么重了。从这种实际变化来看,也基本证实了笔者的假设,雇主在用小费的名义发放员工的报酬,这种现象是应当予以纠正的。

#### 注释:

- ①案件事实来自澳门终审法院的判决,因篇幅问题,这里对案情作了很高的抽象或简化,具体情况,请参考终审法院判决,载 <http://www.court.gov.mo/pdf/TUI/TUI-S-28-2007-VC.pdf>
- ②本案关系建立时,尚属该法令实施期间,故对本案的讨论,仍需以此法令为基础。2008年8月18日公布了《劳动关系法》,但在劳工休假、补偿等制度方面,两者没有多大出入,而且原来法令实施时间内尚留下不少类似问题,需要进一步在司法中予以明确,故这里对本案的讨论尚有现实意义。

③本案判决作出时,《劳动关系法》尚未颁布生效,故以下要件是基于原有《劳动关系法律制度》归纳出的,本文笔者也先从这一角度考察。

④判决书引用了 BERNARDO LOBO XAVIER:《Curso de Direito do Trabalho》,里斯本/圣保罗,Verbo 出版社,第 2 版,1999 年,第 382 页及续后各页和《Introdução ao estudo da retribuição no direito do trabalho português》,于《Revista de Direito e Estudos Sociais》,1 年,第 2 组,第 1 期,1986 年 1 月至 3 月,第 81 页及续后各页。

⑤此分类参考了判决书相关内容,本文按照判决的逻辑对小费的性质作了较多说明。

⑥表中数据来自判决。合同工资一项,原约定为港币,而港币与澳门币的比例为 1:1.03,因此这里不再做换算。

#### [参考文献]

[1] 参见[德]W·杜茨.劳动法[M].张国文,译.北京:法律出版社,2005:7-8.

## On the Essence of Tips in Macau Gaming Entertainment Field

YU Yan, LU Ke-jian

(University of South China, Hengyang 421001, China)

**Abstract:** There is a dispute on whether the tips the Macau gaming entertainment field staff charge is the remuneration or not. By discussing the court decision, this article makes an analysis and regards the tips charged as the remuneration and the compensation standard of overtime work for the staff should be calculated on all income. This article also explores some technical problems of justice.

**Key words:** tips; remuneration; overtime work compensation