

详解与加班有关的法律问题

□上海君澜律师事务所 朱静亮

如今在职场上，加班已经成了比较常见的现象。正因为加班在有些工作和岗位上难以避免，无论用人单位还是劳动者都有必要对相关法律法规有所了解。下面笔者就为大家详解加班那点事。

法律规定的工时制度

要了解加班及其相关问题，首先必须了解法律规定的工时制度。所谓工时制度，就是关于工作时间的制度。

根据劳动法，我国目前有三种工作时间制度，即标准工时制、综合计算工时制、不定时工时制。

一、标准工时制。

劳动者每天工作的最长工时为8小时，每周最长工时为40小时，用人单位每周应保证劳动者每周至少休息1日，因生产经营需要经与工会和劳动者协商后一般每天延长工作时间不得超过1小时，特殊原因每天延长工作时间不得超过3小时，每月延长工作时间不得超过36小时。

按照相关法律规定，安排劳动者延长工作时间的，支付不低于工资的百分之150%的工资报酬；

休息日安排劳动者工作又不能安排补休的，支付不低于工资的200%的工资报酬；

法定休假日安排劳动者工作的，支付不低于工资的300%的工资报酬。

二、综合计算工时制。

实行这种工时制度的用人单位，计算工作时间的周期不再是以天为单位，而是可以周、月、季、年为单位。

这就意味着在一个综合计算周期内某一具体日(或周)的实际工作时间超过8小时(或40小时)，但是综合计算周期内的总实际工作时间不超过总法定标准工作时间的，不算加班。

只有在该周期内的工作总时间超过核定的标准时间，才叫加班，支付不低于工资150%的工资报酬；法定节假日工作的，算加班，支付不低于于工资的300%的工资报酬。

三、不定时工作制。

在这种工作制下，劳动者每一个工作日没有固定的上下班时间限制。

经批准实行不定时工作制的劳动者延长工作时间，不受《劳动法》第四十一条规定的日延长工作时间标准和月延长工作时间标准的限制。

实行不定时工作制的劳动者，一般情况下，除法定节假日工作外，其他时间工作不存在加班。法定节假日工作的，按照地方法规规定。

如果地方规定要支付加班工资的，支付不低于工资的300%的工资报酬。

违反加班制度的后果

根据《劳动法》规定，用人单位不得违法延长劳动者的工作时间。

用人单位违法延长劳动者工作时间的，由劳动行政部门给予警

告，责令改正，并可以处以罚款。

也就是说，如果认为单位的加班制度涉嫌违法，员工可以通过举报或者提起劳动仲裁的方式进行维权。

从实践中看，一般只要劳动者向劳动监察执法大队举报企业要求员工超时加班的，企业会被给予警告。

但只要员工不离职，通常不会提起劳动仲裁，有些高薪员工即使离职也不愿意提起劳动仲裁，以免对后续就业带来影响。

加班工资的计算

在现实中，劳动者并非一概排斥加班，部分原因在于通过加班，劳动者可能获得额外的收入。

下面我们就来看看加班费应该如何计算。

根据法律规定，企业按照如下方式计算加班工资：

1、周一到周五加班的，按照平时工资的150%计算加班工资；

2、双休日加班又不能事后调休或补休的，按照平时工资的200%计算加班工资；

3、法定休假日安排劳动者工作的，按照平时工资的300%计算加班工资。

这里的法定节假日，是指国务院发布的《全国年节及纪念日放假办法》第二条中规定的全体公民放假的节日。

需要注意的是，节日是不包含调休的假日的。比如说春节加班，国家规定的节日是“初一初二初三”三天，那么即使你从除夕到初六天天工作，也只有三天可以“一工算三工”，其余的只能按照休息日及平日加班计算。

了解完加班工资计算方式，按什么基数计算平时工资又是一个很麻烦的事情。对于这个，司法和实务界一直争论不休。

笔者曾经了解到，有些加班严重的企业为降低成本，一概以员工工资约定不清为由，按照员工实际收入的70%作为加班费计算依据，这样做就是明显违法的。

对于加班工资的基数，上海一般按照如下原则计算：

1、双方对于工资有明确约定的，那么则按工资计算基数；

2、如果无明确约定的，对加班工资的基数，可按照劳动者实际获得的月收入扣除非常规性奖金、福利性、风险性等项目后的正常工作时间的月工资确定。

3、如果用人单位恶意将本应计入正常工资的项目归入非常规奖金或者福利性、风险性项目，以达到减少正常工作时间工资数额的目的，可参考实际收入乘以70%的标准进行适当调整。

比如双方约定，员工每月按照最低工资发放，但是还有项目工资，那么如果仅按照最低工资计算



资料图片

据中获得待证事实极有可能如此的心证。

但这也不是说，未经批准的加班一律都不能获得认定。

如果员工或者单位提供了考勤记录，证明在一段稳定的时间内(比如持续一年)，员工下班后都在单位待了一段比较长的时间(比如两三个小时)。那么即使员工没申请加班或单位未批准员工申请加班，法院也可能认定员工是在单位加班的。

当然，根据《劳动合同法》司法解释三，劳动者主张加班费的，应当就加班事实的存在承担举证责任。

但劳动者有证据证明用人单位掌握加班事实存在的证据，用人单位不提供的，由用人单位承担不利后果。

也就是说，一般情况下，证明加班事实存在的举证责任或者是初步的举证责任，是在劳动者一方。有些单位为规避之前提到的法律风险，就直接取消了员工的打卡制度，这样员工就更难证明他加班了。

一般情况下，即使员工能够举出在非工作时间发送邮件或其他从事工作的证据，也较难证明完成该工作花了很长的非工作时间，进而被认定为加班。

除非员工能够结合其他证据形成证据链，证明加班是公司的制度并且员工按照加班制度执行，

否则该情况下员工较难证明存在加班的事实。

工资能否包含加班费

现在有的企业会在劳动合同内与员工约定，延长工作时间的工资已包含在劳动合同约定的工资范围内，还有的会在该条款下面用下划线特别注明。

那么这种约定是否有效呢？

司法实践中，由于类似规定系双方真实意思表示，并未违反法律强制性规定，因此有可能被认定为有效。

但笔者认为，本条约定的适用应有两个前提：一是高薪的企业经营管理人员；二是在法律规定的加班时间内。

如果该员工薪资较低，那么双方再作此约定，就会明显侵犯劳动者的权利，显失公平。

但如果该员工明显是高薪，那么公司给的年薪里，包含了他的加班工资，这也是符合一般生活经验法则的。

此外，法律规定员工每月加班不得超过36个小时，企业即使作此约定，但要求员工每月加班时间超过36个小时的话，那也会因不符合法律规定而被认定无效。

也就是说，即使在足额计算加班费的前提下，用人单位也不能安排员工每月加班超过36小时，否则就有被行政部门处罚及被员工提起劳动仲裁的风险。

上海立恩投资咨询有限公司
遗失公司公章壹枚，声明作废
上海钱通信息科技有限公司
失财务专用章壹枚，声明作废
中国国货非标网络科技有限公司
司遗失营业执照正副本，声明作废
上海曼运软件科技有限公司
遗失营业执照副本，声明作废
上海友劲房地产营销策划中心
遗失公章壹枚，声明作废
上海则其餐饮管理有限公司
遗公章、法人章、财务专用章、
发票专用章各壹枚，声明作废
上海星彬建筑装饰材料有限公司
司遗失公章壹枚，声明作废
上海半沪企业管理咨询有限公司
司遗失公章壹枚，声明作废
奉贤奉城影院遗失法定代表人
章、财务专用章各壹枚，声明作
人章、财务专用章各壹枚，声明
上海白鹿化妆品有限公司遗失法
人章、财务专用章各壹枚，声明
上海云起供应链管理有限公司
遗失公章壹枚，声明作废
遗丰轴承科技(上海)有限公司
遗失公章壹枚，声明作废
上海岗办实业发展有限公司
遗失营业执照正副本，声明作废
上海俊祥钢铁有限公司遗失法
人章、公章、财务专用章，声明
张波遗失营业执照正本，证照编
号:080001201307310011，声明作
上海麦莫瑞环保科技有限公司
司遗失营业执照副本，证照编号:
28000000201709070097，声明作
上海市崇明县李培均观赏鱼商
店遗失营业执照正副本，注册号:
3102306000397409，声明作废
上海市崇明县繙祥皮鞋店遗失
营业执照正副本，注册号:
3102306000458260，声明作废
沈爱琴遗失营业执照正副本，注
册号:310230600440788，声明作
孙卫菊遗失营业执照正副本，注
册号:310230600439583，声明作
黄永明遗失营业执照正副本，注
册号:310230600474596，声明作
上海市崇明县乐派食品商店遗
失营业执照正副本，注册号:
3102306000301075，声明作废
上海冠翔物业管理有限公司遗
失银行开户许可证，核准号:
J2900131731603，声明作废
上海锦集餐饮有限公司遗失银
行开户许可证，核准号:
J2900145327201，声明作废
上海姚舜钢铁贸易有限公司遗
失营业执照正副本，注册号:
310228000892313，声明作废
周瑞娟遗失营业执照正副本，
统一社会信用代码:92310115MA1
LA0627R，证照编号:15002420
1707250067，(68)，声明作废
李守明遗失营业执照正副本，
统一社会信用代码:92310115M
A1LA05Q71，证照编号:150024
201707250047，(48)，声明作废
上海利善实业发展有限公司遗
失营业执照正副本，注册号:3101200020
04940；税务登记证正副本，税号:
310226593188036；组织机构代码证正
副本，代码:59318803-6，声明作
上海市崇明区奕居农家乐服务部
遗失营业执照正副本，统一社会信用
代码:92310230MA1M52161M，声明作
上海市金山区运香酒家遗失营
业执照正副本，注册号:
310116600792031，声明作废
上海市嘉定区马陆镇底洁干洗店
遗失营业执照正本，统一社会信用
码:92310114MA1L51AQ40，声明作
上海市崇明县灵锋汽车装潢经
营部遗失营业执照正本，注册号:
3102306000315121，声明作废
上海市嘉定区马陆镇魏建华水
果铺遗失营业执照正副本，注册
号:310114600526941，声明作废
上海市普陀区碧昂日用百货店
遗失营业执照正本，证照编号:
070010201204100020，声明作
上海市崇明县镇东杂货店遗失
税务登记证正副本，税号:
310223670921281，声明作废
上海市松江区岳阳街道奈琪服装
店遗失营业执照正副本，证照编号:
270001200909210047，(48)，声明作
上海市松江区车墩镇辉鑫餐饮
店遗失营业执照副本，统一社会信用
代码:92310117MA1LP6Q73M；食
品经营许可证副本，许可证编号:
JY23101170040921，声明作废
上海宏景装饰有限公司遗失银
行开户许可证，核准号:
J2900123273401，声明作废
上海市嘉定区马陆镇辰洁干洗店
遗失营业执照正本，统一社会信用
码:92310114MA1L51AQ40，声明作
上海市闸北区金园电脑打字服
务部曹国斌遗失营业执照正本，注
册号:3101086000350508，声明作
上海市闸北区微亩食品店遗失
营业执照正副本，注册号:
3101086000342126，声明作废
上海市崇明区糖仁街食品店遗
失营业执照副本，统一社会信用
码:92310230MA1M4XP509，声明作
上海市宝山区建耀服装店遗
失营业执照正副本，注册号:
310113600765682，声明作废
上海市静安区沐辰食品销售店
遗失营业执照正本，证照编号:
060003201606290013，声明作
上海市松江区南芳美容店遗
失营业执照正副本，注册号:
310117601165661，声明作废
上海市金山区珍鑫百货店遗失营
业执照正本，证照编号:280011201306
270009；食品经营许可证副本，许可证
编号:JY13101160071493，声明作
上海市长宁区品晶饭店遗失上海
增税税普通发票(发票联)1份，代码:
3100161320，号码09548008，声明作
上海无地家庭用品有限公司遗
失营业执照正副本，注册号:310112208
2574；组织机构代码证正副本，代码
73622566-7；公章壹枚，声明作
上海寓尔教育科技有限公司遗
失2016年3月1日核发的营业执照副本，
照编号15000000201608040827，声明
上海望凡实业有限公司遗失银
行开户许可证，核准号:J29
00165916301，声明作废
上海金山廊下街道招待所遗失
组织机构代码证正副本，代码:
134225660-0，声明作废
上海颜记食品销售有限公司遗
失食品经营许可证副本，许可证编号:
JY13101140058480，声明作废
上海市青浦区张兰服装店遗失营
业执照正本，统一社会信用代码:
92310118MA1M13EA31，声明作
上海逸凡化妆品有限公司遗失营
业执照副本，统一社会信用代码:
91310113324356513B，声明作
上海市浦东新区高行镇荣荣便
利店遗失营业执照正副本，经营
者:查燕刚，注册号310115600732088，
证照编号:150015201207090031；
食品流通许可证正副本，许可证
编号:SP3101151050099080，声明作
陈亮 遗失公安注销登记证
陆斌 021-59741367