

□ 上海七方律师事务所 谢亦团

在劳动争议案件中，追索加班费占了比较高的比例。虽然争议的金额有大有小、涉及的具体情况各不相同，但归根结底主要都是围绕加班认定、加班费计算、举证和时效等法律层面的问题。

加班认定

加班，通俗来说就是超出正常工作时间之外的工作时间。

通常情况下，认定为加班需要满足三个条件：首先是基于用人单位的安排，其次是在法定标准工作时间以外进行工作，最后是从事与劳动者工作相关的事务。

那么，如果劳动者自愿加班，是否属于加班呢？笔者认为可以分两种情况：如果用人单位建立了加班审批制度，劳动者想要获得加班费就得证明其已申请加班并且获得单位批准，否则即使能证明超出法定工作时间，也不会认定加班；

如果单位没有加班审批制度，即使自愿加班未经用人单位同意和安排，但劳动者能证明在法定工作时间以外提供了劳动，也有可能被认定为加班。

加班费计算

按照《劳动法》第四十四条的规定，支付加班费的具体标准是：

在标准工作日安排劳动者延长工作时间的，支付不低于工资的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，支付不低于百分之三百的工资报酬。

根据《工资支付暂行规定》，加班工资的计算基数应当以劳动合同中约定的劳动者本人所在岗位正常出勤或完成标准定额时所获得的工资为标准。因此，用人单位不得另外约定加班费计算基数。

实践中经常出现每月工资不固定的情形，比如存在销售提成和各类奖金、津贴等，此时加班费基数如何确定呢？

根据《上海市企业工资支付办法》第九条规定：加班工资和假期工资的计算基数为劳动者所在岗位相对应的正常出勤月工资，不包括年终奖、上下班交通补贴、工作餐补贴、住房补贴、中夜班津贴、夏季高温津贴、加班工资等特殊情况下支付的工资。加班工资和假期工资的计算基数按以下原则确定：（一）劳动合同对劳动者月工资有明确约定的，按劳动合同约定的劳

动者所在岗位相对应的月工资确定；实际履行与劳动合同约定不一致的，按实际履行的劳动者所在岗位相对应的月工资确定。（二）劳动合同对劳动者月工资未明确约定，集体合同（工资专项集体合同）对岗位相对应的月工资有约定的，按集体合同（工资专项集体合同）约定的与劳动者岗位相对应的月工资确定。（三）劳动合同、集体合同（工资专项集体合同）对劳动者月工资均无约定的，按劳动者正常出勤月依照本办法第二条规定的工资（不包括加班工资）的70%确定。

此外，加班工资的计算基数不得低于当地的月最低工资标准。

举证责任

劳动者主张加班费在实践中往往胜诉率不高，最大的原因在于无法证明存在加班事实。

那么，加班的举证责任是如何分配的呢？有观点认为，根据“谁主张谁举证”的诉讼原则，应当由劳动者来举证。也有观点认为，应



资料图片

当适用举证责任倒置，即由用人单位证明不存在加班的事实。

笔者认为，这两种说法都不完全正确。根据《最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律问题的解释（一）》第四十二条规定，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。

因此，劳动者需要提供初步证据证明存在加班事实，比如考勤记录、排班表、加班申请表、微信记录、工资表、加班餐费和打车费用报销单据及记录等。

其中，考勤记录通常是由用人单位掌握和管理的，应当由用人单位提供完整的考勤记录来证明具体的工作时间。

加班费争议中的常见问题

制；但是，劳动关系终止的，应当自劳动关系终止之日起一年内提出。

加班费属于劳动报酬，应当适用特殊时效。这就意味着，只要劳动者还在单位工作或者从用人单位离职不满一年，无论多少年之前的加班费都是可以主张的，但司法实践中全部支持的可能性很小，这主要是基于相关证据保存时间的原因。

根据《工资支付暂行规定》第六条，用人单位应保存工资记录至少两年以上。《劳动合同法》第五十条也规定，用人单位对已经解除或者终止的劳动合同的文本，至少应保存二年备查。

因此，很多用人单位都会以只保留了两年的记录为由拒绝提供超出两年之外的考勤记录和加班费支付记录，此时对于超出两年之外的加班日期、加班时间、加班工资基数均需要由劳动者来举证。

通常情况下，劳动者很难证明两年前的加班时间，正因为如此，要求两年以前的加班费很难获得支持。

工资能否包含加班费

实务中，有些用人单位采用“包薪制”的方式，即约定支付的工资中已经包含了加班费。这种约定是否有效呢？

有观点认为，这种约定属于“免除用人单位法定义务，排除劳动者权利”，因此是无效的。也有观点认为，只要是双方真实意思就合法有效。

笔者认为，对于这一问题也不能一概而论。如果加班是没有规律的，概括性地约定工资中包含加班费，属于免除用人单位法定义务，排除劳动者权利的行为，应当无效。但如果有规律的加班，比如做六休一、大小周、做一休一，约定工资中包含加班费，而且加班费的计算基数没有低于最低工资，应当是有效的，这是因为双方对于具体的加班时间以及相对应的加班费有了预期并达成一致，如果再要求支付加班费有违诚实信用原则。

需要特别说明的是，如果超出双方约定的有规律的加班时间之外的加班，仍然应当另行支付加班费。

高管是否有加班费

对于公司经理、总监等高级管理人员加班的，是否需要支付加班费，实践也存在较多争议。

有观点认为，尽管公司经理等高级管理人员获得了较高的工资收入，但这也是通过自己的劳动和相应能力获取的。如果高管有加班的情况，也应当获得相应的加班工资。也有相反观点认为，高级管理人员已经获得了较高的工资，加班也是应当的，不应另外支付费。

对此，笔者认为，如果用人单位对高级管理人员申请了不定时工时制，并获得了劳动行政部门的审批，除了法定节假日的加班无需另外支付加班费；如果没有申请不定时工时制，约定是标准工时制或者虽然约定了不定时但没有获得劳动行政部门的审批，被认定需要支付加班费的可能性就比较大。

因此，如果高级管理人员平时加班比较多，建议企业申请特殊工时制，避免产生加班费争议和风险。

诉讼时效

《劳动争议调解仲裁法》第二十七条的规定：劳动争议申请仲裁的时效期间为一年。仲裁时效期间从当事人知道或者应当知道其权利被侵害之日起计算。前款规定的仲裁时效，因当事人一方向对方当事人主张权利，或者向有关部门请求权利救济，或者对方当事人同意履行义务而中断。从中断时起，仲裁时效期间重新计算。

因不可抗力或者有其他正当理由，当事人不能在本条第一款规定的仲裁时效期间申请仲裁的，仲裁时效中止。从中止时效的原因消除之日起，仲裁时效期间继续计算。

劳动关系存续期间因拖欠劳动报酬发生争议的，劳动者申请仲裁不受本条第一款规定的仲裁时效期间的限