

# 未经审批的不定时工作制是否有效?

律师解读:不定时工作制约定有效,但用人单位不可任意约定

□王永令

**【编者按】**不定时工作制,是针对因生产特点、工作性质特殊需要或职责范围的关系,无法适用标准工时或需要机动作业职工而采用的一种工时制度。因为在劳动法中缺少细则,不定时工作制在实践中常导致一些劳动争议,例如,员工绩效难以考核,加班费难以计算,甚至未经批准而实施不定时工作制等。尤其是在相关争议中,未经批准而实施不定时工作制是否具有法律效力?这是影响到裁判结果的重要问题,也是大家在实践中感到疑惑的问题。通过这篇案例的分析,大家可以得到一些启示。

【案情回顾】

## 不定时制超审批期限 主张加班费被驳回

2010年,原告张悦与被告北京外企市场营销顾问有限公司(简称外企公司)签订劳动合同,约定合同期限自2010年4月2日至2014年4月7日,工作时间为不定时工作制。2009年9月10日,被告外企公司实行特殊工时的审批获得通过,期限三年。2013年12月,该公司再次申请不定时工作制,同年12月底审批通过,期限三年。张悦认为2012年9月10日审批到期后,被告未及时审批,双方应按照标准工时处理。双方发生纠纷,原告申请仲裁,后原告不服仲裁裁决,诉至法院。

原告诉称,2010年入职被告处,工作期间经常延时加班,被告未足额支付加班费,原告不服仲裁裁决,故诉请法院判令被告支付加班费35395.8元。

被告辩称,原告为不定时工时,依据法律规定不应支付加班费。

法院经审理认为,在劳动合同履行期间内,被告的特殊工时审批于2012年9月10日到期,但原告的工作岗位、工作内容均未发生变化,应当视为按原约定继续履行合同,被告未及时进行特殊工时审批,应承担相应的行政责任。原告以不定时工时超过审批期限为由,主张按标准工时计算工作时间并计付加班费,依据不足,故判决驳回原告的诉讼请求。

原告不服一审判决,提起上诉。法院经审理认为,在合同履行过程中,该项审批虽已到期,但双方并未变更合同,仍按合同内容继续履行。被上诉人未能及时办理审批手续,应当承担相应的法律责任,但上诉人以此为由,要求按照标准工时认定双方权利义务关系并相应计付加班费,没有法律依据。故判决驳回上诉,维持原判。

【律师点评】

如果劳动者与用人单位在劳动合同中约定了实行不定时工作制,但未经劳动行政部门审批,那么这种约定的效力如何呢?这里包括两种情形:(1)劳动合同约定了实行不定时工作制,但未报劳动行政部门审批;(2)原不定时工作制的许可期限到期了,但未及时进行新的许可申请。

就上述约定的效力而言,根据《劳动合同法》关于劳动合同效力的规定,有两种情形,一种是有效,一种是无效。对于无效的情形,《劳动合同法》第26条规定了3种情形:(1)以欺诈、胁迫的手段或者乘人之危,使对方在违背真实意思的情况下订立或者变更劳动合同的;(2)用人单位免除自己的法定责任、排除劳动者权利的;(3)违反法律、行政法规强制性规定的。

不定时工作制未经审批的情形显然不属于这里的第(1)、(2)种情形,那么它是否属于第(3)种情形呢?为此,需要首先

虽然上述约定仍有效,但并不意味着用人单位不承担任何责任。根据《劳动法》第90条及《劳动保障监察条例》第25条的规定,用人单位应承担相应的行政责任。《劳动法》第90条:用人单位违反本法规定,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。《劳动保障监察条例》第25条:用人单位违反劳动保障法律、法规或者规章延长劳动者工作时间的,由劳动保障行政部门给予警告,责令限期改正,并可以按照受侵害的劳动者每人

## 不定时工作制未经审批 是否具有法律效力?

考察“关于不定时工作制审批的规定”是否属于“法律、行政法规的强制性规定”。

作为与标准工时制相对应的一种工时制,《劳动法》第39条规定:企业因生产特点不能实行本法第36条、第38条规定的,经劳动行政部门批准,可以实行其他工作和休息办法。那么,这是否属于“强制性规定”呢?

对此,合同法领域有分析,《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释(二)》(以下简称“合同法解释二”)第14条规定,“合同法第五十二条第(五)项规定的‘强制性规定’,是指效力性强制性规定。”由于不论是《劳动法》关于劳动合同效力的规定,还是《劳动合同法》关于劳动合同效力的规定,都分别借鉴了《民法通则》关于民事行为效力的规定、《合同法》关于合同效力的规定。因此,对于“不定时工作制未经审批的效力判断”,

可以借鉴合同法领域的判断标准。

在合同法领域,强制性规定是与任意性规定相对而言的,所谓任意性规定是指当事人可以通过约定排除适用的规范,因此反言之,强制性规定是指当事人不能通过约定排除适用的规范。强制性规定又可分为“效力性强制性规定”与“管理性强制性规定”,区分两者的意义在于,仅违反“效力性强制性规定”的合同在司法实践中才会被认定为无效。

具体到《劳动法》第39条,由于对于“该条规定”,劳动者与用人单位不能排除其适用,因此该条规定属于强制性规定。又由于“该条规定”规定的是实行不定时工作制一种行为资格,因此该条规定属于管理性强制性规定。从而,如果劳动者与用人单位在劳动合同中约定了实行不定时工作制,但未经劳动行政部门审批,那么这种约定的效力仍有效。

## 除三类人员之外 不定时可被认为无效

100元以上500元以下的标准计算,处以罚款。

约定的不定时工作制未经劳动行政部门审批并非无效,但也并非用人单位可以在劳动合同中任意约定任何岗位的劳动者均可适用不定时工作制。因为根据《关于企业实行不定时工作制和综合计算工时工作制的审批办法》第4条的规定,不定时工作制仅适用于下述3类人员:(1)企业中的高级管理人员、外勤人员、推销人员、部分值班人员和其他因工作无法按标准工作时间衡量的职工;(2)企业中的长

途运输人员、出租汽车司机和铁路、港口、仓库的部分装卸人员以及因工作性质特殊,需机动作业的职工;(3)其他因生产特点、工作特殊需要或职责范围的关系,适合实行不定时工作制的职工。

因此,如果用人单位对于上述3类人员之外的劳动者在劳动合同中约定实行不定时工作制,那么该约定就有可能因“用人单位免除自己的法定责任、排除劳动者权利”而被认定为无效。

作者系北京大成(上海)律师事务所律师

■有问必答

提问:服装经贸公司职工 林女士

回答:北京市总工会法律服务中心 杨雪峰

## 什么情况下才支付代通知金?

□本报记者 王香澜

**林女士:**我是四川人,今年31岁,两年前被本市一家服装经贸公司招聘为职工,领导分配我从事该公司儿童服装的批发和销售工作。去年,单位一直传言说公司要搬迁到河北去,因我老人在北京工作,小孩也在西城上幼儿园,我无法跟着公司到外地去工作,便找部门经理说明情况。对方说公司搬迁后,会留几个人成立一个新部门做北京这边的业务,公司会考虑我的实际情况争

取把我留下来。

今年4月11日一上班,部门经理突然找我,说公司马上就要全部搬迁了,北京这边也不再留人成立新部门,鉴于我不能跟着去河北工作,公司决定于4月15日与我提前解除劳动合同,并支付相应的经济补偿。我同意解除劳动合同关系,对补偿金也没有异议,但觉得单位没有给我一个月找工作的时间,所以应向我支付一个月的工资作为代通知金。单位不

同意,说他们并不想辞退我,是因为我不能到河北去工作才解除劳动合同的,原因在我,因而无需支付代通知金。请问:单位的说法正确吗?什么情况下用人单位才需要支付代通知金?

**杨雪峰:**你好,单位的说法不符合法律规定。《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。

由此来看,按照上述规定中第三款的内容,你所在单位应当提前三十日以书面形式通知你或者额外支付一个月工资后,才能解除与你的劳动合同。

