

执行特殊工时制，也有加班费



邹怡明 插图

【案例1】

执行综合工时制，超时工作须给付加班费

于莹莹于2018年12月初入职一家洗浴中心，岗位为服务员，工作时间为每天工作20小时，此后连续休息28小时。而在此前，劳动行政部门已经批准洗浴中心实行综合工时制。

2021年6月初，洗浴中心与于莹莹解除劳动合同关系，并同意向其给付经济补偿。可是，于莹莹认为，她每周的工作时间都远远超过40小时。况且，她在双休日及部分法定假日仍在正常工作。因此，洗浴中心应向其给付加班工资。公司认为，于莹莹执行的是综合工时制，故予以拒绝。

【评析】

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》相关规定，综合计算工时工作制可采用集中工作、集中休息、轮休调休、弹性工作时间等方式进行。而综合计算工时工作制无论选用周、月为周期，还是以季、年为周期综合计算工作时间，职工的平均工作时间都应与法定的周、月、季度、年标准工作时间基本相同，超过法定标准工作时间部分属于延长工作时间，应按规定支付加班工资。

本案中，于莹莹在职业期间每工作20小时、休息28小时，相当于每天工作10个小时。其在双休日、法定假日继续工作，洗浴中心应当依照《劳动法》《劳动合同法》相关的规定支付加班费用。

【案例2】

小时工法定假日加班，单位应当支付加班工资

蔡天水系某公司食堂聘用的面点师，双方于2018年8月12日签订的3年期劳动合同约定：蔡天水每天工作时间为早饭期间2小时，午饭期间3小时；每周休息一天；每小时工资为18元。

2021年8月12日是劳动合同到期日，也是蔡天水退休日。结算工资时，蔡天水提出其曾在法定假日上班，公司既未安排补休也未支付加班费，应向其支付该费用。公司认为，蔡天水是小时工且每周工作时间未超过30个小时，故不同意其请求。

【评析】

《关于非全日制用工若干问题的意见》第一条第一项规定：非全日制用工是指以小时计酬、劳动者在同一用人单位平均每日工作时间不超过4小时累计每周工作时间不超过24小时的用工形式。第二条规定：“用人单位应当按时足额支付非全日制劳动者的工资。用人单位支付非全日制劳动者的小时工资不得低于当地人民政府颁布的小时最低工资标准。”本案中，蔡天水每周工作时间不足30个小时，不存在因加班而须支付加班工资的事实。

不过，《劳动法》第四十四条第三项规定：“法定休假日安排劳动者工作的，支付不低于工资的百分之三百的工资报酬。”由此可见，包括小时工在内的任何形式用工制，只要在国家法定休假日安排劳动者工作的，必须支付不低于本人工资的

加班费是劳动者延长工作时间的工资报酬。因此，无论执行标准工时工作制、综合工时工作制、不定时工作制中的任何一种，只要劳动者加班工作就应获得劳动报酬。然而，有些用人单位为苛减开销，将特殊工时制解释成没有加班费的工时制。殊不知，实行特殊工时制并不是拒付加班费的挡箭牌。以下4个案例，分别对相关问题作出了详细的法理解释。

又拒绝支付休息日出差期间的加班费，韩冰可凭双休日在出差途中的车票等证据主张加班费权益。

【案例3】

即使进行不定时工作，若加班须支付加班费用

2018年3月1日，韩冰入职某家电公司担任市场管理主任。双方签订劳动合同时约定，其工作实行每周五天工作制。而在2017年初，经所在市人力资源和社会保障局批准，该公司对于市场销售岗位实行不定时工作制。此外，公司《员工手册》规定，员工加班必须经申请并得到批准，之后加班方可支付加班费。

2021年8月21日，韩冰向公司提出辞职。同时，他要求公司付其在2019年3月至2021年3月期间利用部分休息日出差的加班费用。公司虽认可韩冰确实存在周六日到外省出差，并赶在周一返岗上班的情况，但以其岗位执行的是不定时工作制，且其从未申请过加班并得到公司的批准为由，拒绝了他要求支付加班费的请求。

【评析】

公司认可韩冰存在休息日出差的情况，考虑到韩冰存在周一在外地工作，或者其在外地工作到周五晚上方能结束工作的情形，公司不应苛求其必须履行先申请、待批准后再加班等手续。同时，公司亦不能以其执行不定时工时制就否认其加班的事实。

因韩冰在休息日出差或工作至周五晚上才能返回的在途时间，确实是由于工作需要而产生，如果公司事后未予以调休，

苏雅君所在的快递公司实行计件工资制。平时业务量稳定，员工基本上能够在每日8小时内完成定额。但是，如果遇到节假日快递量就会大幅上升，公司为及时完成任务就要求员工自动加班加点完成。

为此，苏雅君等5名员工每逢节假日每天的加班时间都不会低于2个小时。可是，公司依然按投递件数增发工资。当他们要求另外支付加班费时，公司的回答是：快递公司通常都是按件数多少来计算工资的，从来没有加班费一说，更何况员工是为了多劳多得而自愿加班的。

【评析】

《劳动法》第三十六条规定：“国家实行劳动者每日工作时间不超过八小时、平均每周工作时间不超过四十四小时的工时制度。”第三十七条规定：“对实行计件工作的劳动者，用人单位应当根据本法第三十六条规定的工作制度合理确定其劳动定额和计件报酬标准。”因此，当实行计件工资的劳动者存在加班情形时，亦应按照《劳动法》第四十四条规定支付加班费用。

本案中，苏雅君等快递员的工作特点是“每逢节假日业务量必然大增”，其为完成工作任务不得不延长工作时间。这种做法既是工作的需求，也符合企业的经营利益。公司在此时要求员工自动加班加点完成任务，在本质上属于强制员工加班。在此情况下，公司除应按照定额标准落实计件工资外，还应当依法向其支付加班费用。

(本文当事人均为化名)

杨学友 检察官

同一伤害俩定残结论按哪个标准给付赔偿

编辑同志：

我曾雇佣梁某搬运建材，梁某不慎摔倒受伤后，我依据其住院病历，单方委托有关部门对其伤残等级进行了鉴定，结论为10级伤残。梁某向法院提起雇员受害人身赔偿诉讼后，以其对前述鉴定不知情为由，提供新证据并依据身体状况申请了重新鉴定即第二次鉴定，重新鉴定结论为7级伤残，并被法院采纳。

请问：根据有关规定，计算误工工资的截止时间为定残日前一天，在出现两次定残的情况下，应以哪一个定残日为准？

读者：谢雯雯

谢雯雯读者：

本案应以重新鉴定即第二次伤残鉴定的时间来确定梁某的误工费数额。

《最高人民法院关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》第七条第二款规定：“误工时间根据受害人接受治疗的医疗机构出具的证明确定。受害人因伤致残持续误工的，误工时间可以计算至定残日前一天。”即误工时间的确定应当以定残日前一天为限。

然而，《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第四十条规定：“当事人申请重新鉴定，存在下列情形之一的，人民法院应当准许：（一）鉴定人不具备相应资格的；（二）鉴定程序严重违法的；（三）鉴定意见明显依据不足的；（四）鉴定意见不能作为证据使用的其他情形。”即在对应情形下允许重新鉴定、允许重新鉴定的结果与前一次不一致，这将不可避免地产生前后两个“定残日”。

那么，应当以哪一个“定残日”作为依据呢？这种情形只能以被法院确认的、具有法律效力的鉴定结论作出之日为依据。

本案中，第一次定残结论系你单方委托有关部门鉴定得来，提供的资料只有医院的病历，并没有通知梁某，梁某失去了参与、陈述、抗辩、举证的机会，有关部门甚至没有对梁某的现状进行检验，第一次定残结论的可靠性无疑值得怀疑。梁某事后提供了新证据反驳，尤其是身体状况这一实证与第一次定残结论大相径庭，决定了梁某因符合“鉴定意见不能作为证据使用的其他情形”而有权申请重新鉴定。法院最终根据审理查明的事实，采信了重新鉴定结论，推翻了第一次定残结论，意味着第一次定残结论因不具有法律效力而不能成为确定梁某误工费数额的依据。

廖春梅 法官

因疫情防控排查严格，员工无奈主动投案构成自首吗？

近日，读者李萌萌反映说，她弟弟曾是一家公司的员工，因为盗窃公司的巨额财物被公安机关追逃。前些天，由于加强新冠肺炎疫情防控，出行需要出示身份信息、行程轨迹、健康码等信息，她弟弟无法继续潜逃。无奈之中，她弟弟走进公安机关并如实供述了自己的全部罪行。

李萌萌想知道：她弟弟因走投无路被迫投案是否构成自首？

法律分析

李萌萌之弟的行为构成自

首，可以依法从轻或减轻处罚。《刑法》第六十七条规定：“犯罪以后自动投案，如实供述自己的罪行的，是自首。”即自首是指犯罪后自动投案，向公安、司法机关或其他有关机关如实供述自己罪行的行为，包括自动投案、如实供述自己罪行两个基本要件。

自动投案是指犯罪人在其犯罪行为未被司法机关发觉，或虽被发觉但司法机关尚未对其传讯、采取强制措施之前，以及正被追捕、通缉期间，主动投案的行为。

如实供述自己的罪行，是指供述自己及与自己相关的犯罪事实。值得注意的是：(1)犯有数罪时，仅供述了部分罪行的，只能对部分罪行认定为自首；(2)共同犯罪中，除如实供述自己的罪行外，还应当供述所知的同案犯；(3)共同犯罪中的主犯，应当供述其所知道的其他同案犯的共同犯罪事实；(4)如实供述的必须是主要犯罪事实。

结合本案，李萌萌之弟的行为符合上述法定情形：一方面，其弟虽然是因为各地严格排查新

冠病毒疫情，导致无路可逃，极可能在排查时被抓获而不得不投案，但这并不等于其若不投案必被马上抓获，即不能排除如果其不投案仍有斡旋藏匿的机会、仍有“漏网”的可能、依然存在选择的余地，不能否定其是自主、自愿进入公安机关，而非被强制进入公安机关或者已经被其他司法机关所控制，也就是说具备在被追捕期间，主动投案的特征。另一方面，其已经向公安机关供认了盗窃公司财物的全部事实。

颜梅生 法官