

认定是否存在加班应当避开4个误区

老板亲戚为本单位作证人能否申请回避?

编辑同志:

我是一家民营公司的职工,就半年时间的加班费是否已发放,我与公司发生争议,并闹上了劳动仲裁庭。公司由于拿不出我在加班费发放表上的签字和其他有关书证,就向仲裁庭提出申请,让公司的出纳会计出庭作证,说她能证明我已经领取了加班费,而这个出纳会计是公司老板的至亲。

请问:在仲裁庭开庭审理时,我能否要求该出纳会计回避? 读者:胡云征

胡云征读者:

首先,你不能申请出纳会计回避。

《民事诉讼法》第七十五条规定:“凡是知道案件情况的单位和个人,都有义务出庭作证。有关单位的负责人应当支持证人作证。不能正确表达意思的人,不能作证。”这说明,证人证言是定案的证据之一,有利于保证仲裁机构全面查清案情,因此,我国的回避制度不适用于证人。

在劳动争议案件仲裁中,当事人只可以申请仲裁员、书记员回避。《劳动争议调解仲裁法》第三十三条规定:“仲裁员有下列情形之一,应当回避,当事人也有权以口头或者书面方式提出回避申请:(一)是本案当事人或者当事人、代理人的近亲属的;(二)与本案有利害关系的;(三)与本案当事人、代理人有其他关系,可能影响公正裁决的;(四)私自会见当事人、代理人,或者接受当事人、代理人的请客送礼的。”《劳动人事争议仲裁办案规则》第十二条规定:“仲裁员、记录人员是否回避,由仲裁委员会主任或者其委托的仲裁院负责人决定。仲裁委员会主任担任案件仲裁员是否回避,由仲裁委员会决定。”

其次,出纳会计的证言不能单独作为认定案件事实的根据。

《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第九十条规定:“下列证据不能单独作为认定案件事实的根据:……(三)与一方当事人或者其代理人有利害关系的证人陈述的证言……”该规定也适用于劳动争议仲裁。本案中,该出纳会计作为公司一方的证人,由于是老板的亲戚,显然其所提供的证言很可能会偏袒公司一方,所以,仲裁庭是不会仅仅依据该出纳会计的证言就定案的。

最后,如果公司不能拿出其他证据来证明加班费已经支付,就会败诉。

《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第四十四条规定:“因用人单位作出的开除、除名、辞退、解除劳动合同、减少劳动报酬、计算劳动者工作年限等决定而发生的劳动争议,用人单位负举证责任。”据此,该公司若无法提供其他相关证据,则应当承担不利后果。

潘家永 律师

按照法律规定,劳动者主张加班费,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,确认加班事实存在与否既可能是劳动者的责任,也可能是用人单位的责任。然而,由于劳动者与用人单位对什么是加班、加班应当履行什么手续等因素认知不同,双方之间很容易为此产生歧义,也常常为此发生纠纷。针对现实中存在的未经领导批准就没有加班、规章制度禁止加班即不存在加班,以及只要有加班行为、超时记录工作就构成加班等4个认识误区,以下案例评析分别作出了详细的法理剖析。

误区1

领导故意不审批加班,就可以否认加班事实

2022年12月,王某所在公司因为生产经营需要,多次要求全体员工延长工作时间。可是,到了2023年春节前应当兑现加班工资时,王某及其同事发现公司并未发放当月的加班工资。他们要求公司说明情况,公司答复称:“员工此前的加班,未经公司主要领导审批。事后,公司主要领导又不同意审批这些加班。因此,员工所称的加班事实不存在,公司无需支付加班费用。”

王某想知道:公司这样做,真的可以否认员工的加班事实吗?

【点评】

公司不能否认王某等员工的加班事实,应当依法向其支付加班工资。

加班是指除法定或者国家规定的工作时间以外,劳动者根据用人单位的安排,在正常工作日延长工作时间或者双休日以及国家法定假期期间延长工作时间,其核心在于经用人单位安排、劳动者已经额外付出劳动。结合本案,正因为王某等员工加班工作是基于公司的安排,且其加班的事实客观存在,所以,不管公司主要领导事前、事后是否同意审批都意味着加班事实已经成立,公司必须依法向员工支付加班工资。如果公司主要领导拒不审批员工加班的目的是规避支付加班工资的法定义务,那就不应该了。若其拒不改正自己的违法行为,必将受到法律的惩处。

误区2

按照企业规章制度办理,就可以否认员工存在加班

2020年入职时,张某与公司

在劳动合同中约定,其应遵守公司所有规章制度。而公司的规章制度规定:因公司需要延长工作时间,一律不按加班论处。2023年1月18日离职时,张某要求公司向其支付2022年12月份加班工资,公司则依据该规定予以拒绝。

由于公司这项规章制度是总经理办公会议研究制定并执行的,没有经过职工代表大会或者全体职工讨论,也没有与工会或者职工代表进行过平等协商,所以,张某认为该制度的制定不符合民主程序,属于程序违法,是无效的。因此,张某坚持要求公司向其支付加班工资。

不过,张某对自己的要求是否符合法律规定一直弄不清楚。因为,在公司享有用工自主权的情况下,他不知道公司按照这样规章制度办事究竟有没有错?

【点评】

公司不得否认员工张某加班的事实。

《劳动合同法》第四条规定:“用人单位应当依法建立和完善劳动规章制度,保障劳动者享有劳动权利、履行劳动义务。用人单位在制定、修改或者决定有关劳动报酬、工作时间、休息休假、劳动安全卫生、保险福利、职工培训、劳动纪律以及劳动定额管理等直接涉及劳动者切身利益规章制度或者重大事项时,应当经职工代表大会或者全体职工讨论,提出方案和意见,与工会或者职工代表平等协商确定。”

本案中,公司制定并落实的规章制度,涉及到包括张某在内的全体职工的劳动报酬、工作时间、休息休假等切身利益,但公司并没有履行法定程序,且相关内容严重违反国家关于加班、加班工资支付的相关规定,所以,这样的规章制度是无效的,对全体员工没有约束力。公司应当依法

律规定向张某支付加班工资。

误区3

只要有加班行为,就可以得加班费

2023年1月初,钟女士从公司离职。当她要求公司和她支付任职两年来共计23天的加班工资时,双方产生了争议。公司虽认可钟女士偶尔有过加班,但以其不能证明具体的加班时间、实际加班天数以及加班内容为由予以拒绝。

钟女士认为,由于时间久远,公司要求的加班时间、加班内容及加班天数已经记不清了。但是,其加班事实是确实存在的。对于员工来说,其只要有过加班行为就有权向公司索要加班费。她想知道:公司的要求是否符合法律规定?

【点评】

钟女士不能向公司索要加班工资。

《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。”

《最高人民法院关于适用〈民事诉讼法〉的解释》第九十条规定:“当事人对自己提出的诉讼请求所依据的事实或者反驳对方诉讼请求所依据的事实,应当提供证据加以证明,但法律另有规定的除外。在作出判决前,当事人未能提供证据或者证据不足以证明其事实主张的,由负有举证证明责任的当事人承担不利的后果。”

根据上述规定,由于钟女士不能举证证明具体的加班事实,所以,应当承担不利的法律后

果。与之对应,公司要求其提供存在加班的证据是合理的,在其举证不能的情况下,公司有权拒绝支付加班工资。

误区4

凡有超时工作记录,就可以获得加班工资

2022年12月,因为生产需要,郭女士所在的公司要求她每周一、周二各加班3小时。但在接下来的几天里,郭女士因为无事可做,大多时间都是休息。尽管如此,在其每周总上班时间内只有30小时的情况下,郭女士仍以自己存在超时工作记录为由,要求公司向她支付加班工资。

由于多次交涉无果,郭女士打算向劳动争议仲裁机构申请仲裁。但是,她不知道自己要求公司支付加班工资的理由是否充分?

【点评】

根据郭女士的实际工作状态,其不能向公司索要加班工资。

关于加班的认定,应当根据《劳动法》和《关于职工工作时间的规定》《全国年节及纪念日放假办法》及《关于职工全年月平均工作时间和工资折算问题的通知》等相关规定进行。即按照以下标准进行计算:年工作日为250天,即每年365天减去104天休息日再减去11天法定节假日的工作时间;季工作日这62.5天,即250天除以4;月工作日为20.83天,即250天除以12;每日工作8小时、每周工作40小时。

与之对应,2022年12月,郭女士虽然每周一、周二各加班3小时,但因其周上班只有32小时,不足40个小时,故不得认为是加班。按照上述规定,由于其不存在加班事实,当然不能要求公司支付加班工资。

颜梅生 法官

试用期因怀孕病假不断,单位能否解除劳动合同?

读者胡丽向本报反映说,她与公司签订书面劳动合同后,次日就因怀孕不断请病假。近日,公司核实发现她在两个月的试用期内累计请假41天,遂以不符合试用条件为由,决定与她解除劳动合同。

她想知道:公司的做法对不对、是否违反法律规定?

法律分析

公司的做法并无不当。《妇女权益保障法》第四十八条规定:“用人单位不得因结婚、怀孕、产假、哺乳等情形,降低女职工的工资和福利待遇,限制女职工晋职、晋级、评聘专业技术职称和职务,辞退女职工,单方解除劳动(聘用)合同或者服务协议。”

《女职工劳动保护特别规

定》第五条规定:“用人单位不得因女职工怀孕、生育、哺乳降低其工资、予以辞退、与其解除劳动或者聘用合同。”

劳动部《关于〈劳动法〉若干条文的说明》第二十九条规定:“劳动者有下列情形之一的,用人单位不得依据本法第二十六条、第二十七条的规定解除劳动合同:……(三)女职工在孕期、产期、哺乳期间的。”

《劳动合同法》第四十二条规定:“劳动者有下列情形之一的,用人单位不得依照本法第四十条、第四十一条的规定解除劳动合同:……(四)女职工在孕期、产期、哺乳期的。”

上述规定应当理解为:一是用人单位不得以女职工怀孕、产假、哺乳为由解除劳动合同。二是用人单位不得以女职工怀孕、

产假、哺乳不能从事工作、不能胜任工作、客观情况发生重大变化或经济性裁员等为由解除劳动合同。三是结合《劳动合同法》第二十六条、第三十九条,如果女职工有下列情形之一,虽然女职工在孕期、产期、哺乳期内,用人单位也可依法解除劳动合同:(1)在试用期被证明不符合试用条件的;(2)严重违反用人单位的规章制度的;(3)严重失职,营私舞弊,给用人单位造成重大损害的;(4)劳动者同时与其他用人单位建立劳动关系,对完成本单位的工作任务造成严重影响,或者经用人单位提出,拒不改正的;(5)有欺诈、胁迫或乘人之危之行为致使劳动合同无效的;(6)被依法追究刑事责任的。也就是说,用人单位解除劳动合同的理由虽然不能是怀孕、产假、哺乳,但如果

具备其他法定情形,用人单位还是可以以其他理由解除劳动合同的。

试用期是用人单位和劳动者建立劳动关系后为相互了解、相互选择而约定的考察期,目的在于给劳资双方一个考察和选择的机会,将劳动关系建立的风险降到最低限度。如果允许劳动者以各种理由请假不断,无疑会导致用人单位无法对劳动者的实际工作态度、工作能力、工作表现等进行综合判断,“试用”无疑形同虚设,设置试用期的目的自然无法实现。

结合本案,你两个月的试用期未届满就已经请假41天,公司基于无法达到考察目的且不符合公司要求的录用条件而解除与你的劳动合同,自然没有不妥之处。

廖春梅 法官