



人力资源司法裁判

2020 第 12 期 (1101-1130)

北京凯联律师事务所 编制

目 录

人社部	3
2020 年第三批拖欠劳动报酬典型案例	3
北京市	9
涉新冠肺炎疫情劳动争议仲裁十大典型案例	9
上海市	25
无过失性辞退中情势变更的司法认定	25
考勤记录=加班事实，这种说法成立吗？	30

人社部

2020年第三批拖欠劳动报酬典型案例

一、江西省查处江西洪鹏建筑劳务有限公司拖欠劳动报酬案

江西洪鹏建筑劳务有限公司，统一社会信用代码：91360106MA35JJQK1B；
地址：江西省南昌市高新技术产业开发区紫阳大道2888号紫金商务广场1号楼1106室；法定代表人：谢仕根。

2020年1月，江西省南昌市高新技术产业开发区人力资源社会保障局接到投诉，反映该公司存在拖欠劳动报酬问题。

经查，该公司在承建南昌市高新技术产业开发区新力公园壹号项目中，拖欠126名劳动者报酬486万元。1月15日，南昌市高新技术产业开发区人力资源社会保障局依法向该公司作出《劳动保障监察限期整改指令书》，该公司逾期未履行。

2月26日，南昌市高新技术产业开发区人力资源社会保障局以涉嫌拒不支付劳动报酬罪依法将该案件移送公安机关查处。9月3日，南昌市高新技术产业开发区人民法院判处该公司罚金10万元并责令支付所拖欠劳动报酬；判处该公司法定代表人谢仕根有期徒刑2年10个月，并处罚金5万元。

二、陕西省查处西安天杯建筑劳务有限公司拖欠劳动报酬案

西安天杯建筑劳务有限公司，统一社会信用代码：
91610136MA6W0WE38G；地址：陕西省西安市浐灞生态区北辰大道浐灞1号4幢11401；法定代表人：陈天杯。

2020年6月，陕西省铜川市王益区人力资源社会保障局接到投诉，反映该公司存在拖欠劳动报酬问题。

经查，该公司在承建铜川市食品总公司棚户区改造工程 B 座项目中，拖欠 78 名劳动者报酬 178.8 万元。7 月 3 日，王益区人力资源和社会保障局依法向该公司作出《劳动保障监察限期整改指令书》，该公司逾期未履行。

7 月 10 日，王益区人力资源和社会保障局以涉嫌拒不支付劳动报酬罪依法将该案件移送公安机关查处。该公司已将所拖欠劳动报酬全部支付完毕。

三、湖南省查处祁东县荣昌新型环保建材有限公司拖欠劳动报酬案

祁东县荣昌新型环保建材有限公司,统一社会信用代码:
91430426MA4M7AXQ29; 地址: 湖南省衡阳市祁东县金桥镇云丰村段家组; 法定代表人: 周才广。

2020 年 8 月, 湖南省衡阳市祁东县人力资源和社会保障局接到投诉, 反映该公司存在拖欠劳动者报酬问题。

经查, 该公司拖欠 46 名劳动者 2020 年 6 月至 8 月报酬共计 54.3 万元。9 月 1 日, 祁东县人力资源和社会保障局向该公司下达《劳动保障监察限期整改指令书》, 该公司逾期未履行。

9 月 5 日, 祁东县人力资源和社会保障局以涉嫌拒不支付劳动报酬罪依法将该案件移送公安机关查处。该公司已将所拖欠劳动报酬全部支付完毕。

四、甘肃省查处临泽县顺康工程劳务有限公司拖欠劳动报酬案

临泽县顺康工程劳务有限公司, 统一社会信用代码:
91620723MA74A3FE6L; 地址: 甘肃省张掖市临泽县沙河镇沙河村 13 社; 法定代表人: 尹怀顺。

2020 年 1 月, 甘肃省张掖市临泽县人力资源和社会保障局接到投诉, 反映临泽县顺康工程劳务有限公司存在拖欠劳动报酬问题。

经查，临泽县顺康工程劳务有限公司在承建临泽县西关村居住组团 20 号商住楼项目中，拖欠 41 名劳动者报酬 49.4 万元。2020 年 1 月 22 日，临泽县人力资源和社会保障局依法向该公司作出《劳动保障监察限期整改指令书》，该公司支付了部分所拖欠劳动报酬后，对剩余 30 名劳动者共计 14.7 万元报酬逾期未履行。

6 月 11 日，临泽县人力资源和社会保障局以涉嫌拒不支付劳动报酬罪依法将该案件移送公安机关查处。该公司已将所拖欠劳动报酬全部支付完毕。

五、广东省查处南建土木工程有限公司拖欠劳动报酬案

南建土木工程有限公司，统一社会信用代码：914401017082514464；地址：广东省广州市天河区迎福路 483 号 6 层 1-12 号房；法定代表人：林锦嘉。

2019 年 12 月，广东省肇庆市封开县人力资源和社会保障局接到投诉，反映该公司存在拖欠劳动报酬问题。

经查，该公司在承建封开县江南城项目中，拖欠 395 名劳动者报酬 1333.5 万元。封开县人力资源和社会保障局分别于 2020 年 4 月 20 日、5 月 9 日依法向该公司作出《劳动保障监察限期整改指令书》《劳动保障监察行政处理决定书》，该公司均逾期未履行。

9 月 15 日，封开县人力资源和社会保障局以涉嫌拒不支付劳动报酬罪依法将该案件移送公安机关查处。案件正在侦办中。

六、湖北省查处湖北科联建设工程有限公司拖欠劳动报酬案

湖北科联建设工程有限公司，统一社会信用代码：91420117055716938X；地址：湖北省武汉市新洲区潘塘街；法定代表人：章海兵。

2020 年 5 月，湖北省天门市人力资源和社会保障局接到投诉，反映该公司存在拖欠劳动报酬问题。

经查，该公司在承建湖北宜鲜天农产品加工物流项目中，拖欠 47 名劳动者报酬 126.7 万元。5 月 31 日，天门市人力资源社会保障局依法向该公司作出《劳动保障监察限期整改指令书》，该公司逾期未履行。

7 月 15 日，天门市人力资源社会保障局以涉嫌拒不支付劳动报酬罪依法将该案件移送公安机关查处。

七、辽宁省查处辽宁巨石建筑装饰设计有限公司拖欠劳动报酬案

辽宁巨石建筑装饰设计有限公司，统一社会信用代码：
91210281588076726J；地址：辽宁省瓦房店市新华办事处新华村；法定代表人：王丹。

2019 年 12 月，辽宁省沈阳市于洪区人力资源社会保障局接到投诉，反映该公司存在拖欠劳动报酬问题。

经查，该公司在承建于洪区宸宁时光城项目中，拖欠 64 名劳动者报酬 116 万元。2020 年 5 月 9 日，于洪区人力资源社会保障局向该公司作出《劳动保障监察限期整改指令书》，该公司逾期未履行。

6 月 12 日，于洪区人力资源社会保障局以涉嫌拒不支付劳动报酬罪依法将该案件移送公安机关查处。案件正在侦办中。

八、贵州省查处保康县永亨机械租赁有限公司拖欠劳动报酬案

保康县永亨机械租赁有限公司，统一社会信用代码：
91420626MA49192720；地址：湖北省襄阳市保康县黄堡镇花栎树垸村七组；法定代表人：韦永亨。

2020 年 5 月，贵州省黔南州荔波县人力资源社会保障局接到投诉，反映该公司存在拖欠劳动报酬问题。

经查，该公司在承建贵南高铁六标段一工区桥梁夯基工程项目中，拖欠 20 名劳动者报酬 45.9 万元。6 月 2 日，荔波县人力资源和社会保障局依法向该公司作出《劳动保障监察限期整改指令书》，该公司逾期未履行。

7 月 3 日，荔波县人力资源和社会保障局以涉嫌拒不支付劳动报酬罪依法将该案件移送公安机关查处。案件正在侦办中。

九、四川省查处平昌陆空间工程设计服务有限公司拖欠劳动报酬案

平昌陆空间工程设计服务有限公司，统一社会信用代码：
91511923MA62DN6442；地址：四川省巴中市平昌县同州街道办事处信义社区
信义大道 26 号金锣湾商业城 2 号；相关负责人：林东杰。

2020 年 7 月，四川省巴中市平昌县人力资源和社会保障局接到投诉，反映该公司存在拖欠劳动报酬问题。

经查，该公司拖欠 31 名劳动者 2020 年 3 月至 6 月报酬 25.5 万元。8 月 4 日，平昌县人力资源和社会保障局依法向该公司作出《劳动保障监察限期整改指令书》，该公司逾期未履行。

8 月 19 日，平昌县人力资源和社会保障局以涉嫌拒不支付劳动报酬罪依法将该案件移送公安机关查处。案件正在侦办中。

十、江苏省查处常州铭泽汽车部件有限公司拖欠劳动报酬案

常州铭泽汽车部件有限公司，统一社会信用代码：
91320413MA1NU68J6G；地址：江苏省常州市金坛区薛埠镇工业园区庄头路 8
号；法定代表人：苏冬根。

2020 年 5 月，江苏省常州市金坛区人力资源和社会保障局接到投诉，反映该公司存在拖欠劳动报酬问题。

经查，该公司拖欠 27 名劳动者 2019 年 11 月至 2020 年 6 月报酬 103.5 万元。7 月 6 日，金坛区人力资源社会保障局依法向该公司作出《劳动保障监察限期整改指令书》，该公司支付了部分所拖欠劳动报酬后，仍有 62.4 万元逾期未履行。

8 月 5 日，金坛区人力资源社会保障局以涉嫌拒不支付劳动报酬罪依法将该案件移送公安机关查处。案件正在侦办中。

北京市

涉新冠肺炎疫情劳动争议仲裁十大典型案例

案例 1.加强联动，通过个案发现并妥善处置集体劳动争议

案情简介

刘女士系某国际旅行社员工，于 2017 年 3 月入职，双方订立了为期 5 年的劳动合同，约定刘女士从事国际旅游业务经办工作，月工资为 15000 元。2020 年 2 月，受新冠肺炎疫情影响，该国际旅行社安排刘女士在家待岗并自该月起按最低工资的 70%支付待岗工资。2020 年 6 月，国际旅行社以受新冠肺炎疫情影响国际旅行线路暂停为由，与刘女士解除劳动合同。当月，刘女士向某区劳动人事争议仲裁委员会（以下简称仲裁委）提起劳动仲裁申请，要求国际旅行社支付提成、工资差额、解除劳动合同赔偿金等。在案件办理过程中，仲裁委得知和刘女士同部门的其他 6 名同事，也与国际旅行社有同样的矛盾纠纷。仲裁委迅速与 6 名劳动者建立联系，一一询问具体情况，进行案情研判。与此同时，仲裁委约谈单位负责人，并向单位发放《仲裁建议书》，从保障职工工资待遇权益、健全内部沟通协商机制、积极探索稳定劳动关系的途径与方法等 6 个方面予以建议，并联系、指导国际旅行社所在街道的劳动人事争议调解组织（以下简称调解组织）对其他 6 名劳动者的争议纠纷进行调解。

处理结果

经调解组织调解，其他 6 名劳动者与用人单位签订了调解协议，并通过调解组织将调解协议置换成仲裁委出具的调解书。此外，经仲裁庭主持调解，刘女士与国际旅行社达成了调解协议，仲裁委向双方出具了调解书。

案例评析

新冠肺炎疫情防控期间，仲裁委在办案过程中未满足于个案的化解，而是闻风而动，主动担当作为，注重通过个案发现并妥善处置集体劳动人事争议纠纷，实现提前介入，尽早解决，有效发挥劳动人事争议多元处理机制作用，有力维护劳动关系和谐稳定。在案件处理过程中，通过对争议纠纷产生的症结进行分析，仲裁委向用人单位发出《仲裁建议书》，有针对性地提出意见建议，有利于用人单位加强管理规范用工，预防和减少争议发生。

仲裁委提示

新冠肺炎疫情防控期间，部分用人单位受疫情影响较大，生产经营严重困难。一方面，用人单位要用足用好各项纾困惠企政策，积极开展生产自救，关心关爱员工，有效调动员工的创造力，凝心聚力共谋发展，尽可能不裁员或者少裁员。另一方面，在确需裁减人员时，用人单位应加强沟通协商，做好员工思想工作，切实履行社会责任，避免矛盾激化。在争议无法通过内部协商解决时，可主动向调解组织申请调解，尽可能以柔性方式化解矛盾纠纷。

案例 2. 延长试用，符合特定情形用人单位无需支付赔偿金

案情简介

孙某于 2020 年 1 月 20 日入职某教育培训公司，双方订立了期限为 3 年的书面劳动合同，约定孙某的岗位为销售主管，试用期为 3 个月，月工资为 8000 元，转正后月工资为 10000 元。2020 年 2 月 24 日，孙某回到家乡湖北过春节。因新冠肺炎疫情影响，孙某 4 月 6 日才返回北京，居家隔离 14 天后直至 4 月 20 日才恢复正常出勤工作，期间未向教育培训公司提供劳动。4 月 20 日，教育培训公司告知孙某，将延长试用期一个月至 5 月 19 日，月工资仍按照 8000 元标准支付。2020 年 6 月 5 日，孙某以未足额支付劳动报酬为由，向教育培训公司寄出《解除劳动合同通知书》，并于当日离职。随后，孙某向仲裁委提出仲裁申请，要求教育培训公司支付：1. 延长试用期 1 个月的工资差额 2000

元；2.延长试用期 1 个月的赔偿金 10000 元；3.解除劳动合同经济补偿 4000 元。

处理结果

仲裁委裁决驳回孙某的全部仲裁请求。

案例评析

试用期是用人单位和劳动者为相互了解、选择而约定的不超过六个月的考察期。受新冠肺炎疫情影响，部分劳动者可能在较长时间内无法正常向用人单位提供劳动，用人单位无法在试用期内考察劳动者的知识水平、业务素养、履职能力、职业道德等，违背了法律设置试用期的初衷。故在此情形下，应当允许用人单位扣除因疫情影响无法考察劳动者的期间，即适当延长试用期，但延长的试用期不应超过受新冠肺炎疫情影响劳动者无法提供劳动的期间。对此，《北京市高级人民法院 北京市劳动人事争议仲裁委员会关于审理新型冠状病毒感染肺炎疫情防控期间劳动争议案件适用法律问题的解答》（京高法发〔2020〕187 号，以下简称《解答》）第 5 条进行了明确规定。

仲裁委提示

关于试用期延长的规定，仅适用于受新冠肺炎疫情等原因影响客观上导致劳动者无法提供劳动、用人单位无法对其进行考察的特殊情形，延长的试用期不得超过受疫情影响劳动者无法提供劳动的期间。否则，劳动者有权就超过的期间要求用人单位支付试用期工资差额及以试用期满月工资为标准支付该期间的赔偿金。在正常情况下，用人单位不得延长劳动者的试用期或与劳动者两次约定试用期。试用期内，用人单位应当依法与劳动者订立书面劳动合同并缴纳社会保险费等。

案例 3.居家办公，劳动者的劳动报酬不得无正当理由降低

案情简介

刘某系某科技发展公司员工，从事网络销售工作，双方在劳动合同中约定，刘某的月工资由基本工资 5200 元及业绩提成构成（按销售金额计提）。其中，业绩提成每月为 2000 多元至 5000 多元不等。由于受新冠肺炎疫情影响，科技发展公司通知刘某自 2020 年 2 月 3 日起居家办公。2020 年 2 月 24 日，科技发展公司发出通知，称受市场影响公司业务不饱和、居家办公无法记录考勤，决定自当月起将网络销售部门居家办公员工的月基本工资调整为北京市最低工资即 2200 元，业绩提成比例不变。刘某不认可公司的降薪行为，认为自己居家办公工作反而更忙了，甚至休息日都需要在家忙工作。刘某虽多次向科技发展公司人力资源部提出异议，但未能得到解决。2020 年 5 月 6 日，刘某向仲裁委提出仲裁申请，要求支付 2020 年 2 月至 4 月份的工资差额 9000 元。

处理结果

仲裁委裁决支持了刘某的仲裁请求。

案例评析

劳动报酬权是劳动权利的核心，它既是劳动者及其家属基本的生活保障，也是社会对其劳动的承认和评价。劳动报酬是劳动合同中最为重要的内容，也最为用人单位和劳动者所关注，同时也是最容易出现劳动争议的事由。《中华人民共和国劳动合同法》第三十五条第一款规定：“用人单位与劳动者协商一致，可以变更劳动合同约定的内容。变更劳动合同，应当采用书面形式。”本案中，科技发展公司受新冠肺炎疫情影响安排刘某通过电话、网络等灵活的工作方式在家上班，应当视为其正常出勤上班。虽然受疫情影响刘某个人的工作业绩（销售金额）可能出现下降，但因此受影响的应是其工资中的业绩提成部分，在未经协商一致的情况下，科技发展公司单方将刘某的基本工资降低为最低工资缺乏依据，故应予补发。

仲裁委提示

员工的薪资构成中含有绩效工资、提成等非固定部分，在居家办公期间，有可能效率降低，一些出外勤等工作无法完成，用人单位根据绩效考核核算绩效工资、提成等导致出现上述工资降低情形合理合法。因为新冠肺炎疫情影响，部分用人单位可能会面临困境，应向员工说明情况，得到员工的理解和支持，通过协商一致降薪，用人单位强制通知决定员工集体降薪并不合法。员工也应立足长远，积极与用人单位通过调整薪酬、轮岗轮休、缩短工时等方式稳定工作岗位，与用人单位同舟共济、共克时艰。

案例 4.未订合同，用人单位事先通知可免责支付双倍工资

案情简介

陈某于 2017 年 2 月 5 日入职某教育咨询公司，双方订立了为期 3 年的书面劳动合同，约定陈某的岗位为客户服务，月工资为 6000 元。2020 年 2 月 3 日，教育咨询公司发电子邮件告知滞留在河北家乡的陈某将与其续订劳动合同，陈某回复称，由于新冠肺炎疫情影响，现阶段无法回到公司续订劳动合同，也无法通过快递接收劳动合同文本，其将在返回公司后第一时间与公司续订劳动合同。2020 年 4 月 8 日，陈某从河北家乡返回北京，由于双方未能就工资调整达成一致，陈某未与教育咨询公司续订劳动合同，并于次日离职。2020 年 5 月 6 日，陈某提出仲裁申请，要求教育咨询公司支付 2020 年 2 月 5 日至 4 月 8 日期间未订立书面劳动合同双倍工资差额 12828 元。

处理结果

经仲裁委释明，陈某撤回其仲裁申请。

案例评析

《中华人民共和国劳动合同法》第八十二条第一款规定：“用人单位自用工之日起超过一个月不满一年未与劳动者订立书面劳动合同的，应当向劳动者每月支付二倍的工资。”本案中，在劳动合同到期前，教育咨询公司履行了通知陈某续订劳动合同的义务，但由于新冠肺炎疫情影响客观上无法与其续订书面劳动合同，在此情形下，如果继续让教育咨询公司承担支付未订立劳动合同双倍工资差额的责任，显然有失公允。对此，《解答》第三条中规定：“用人单位能够举证证明已提出订立或续订书面劳动合同，但因受新冠肺炎疫情影响客观上无法与劳动者订立或续订劳动合同，劳动者要求支付该期间未订立或续订书面劳动合同二倍工资差额的，不予支持。”

仲裁委提示

在新冠肺炎疫情防控期间，用人单位仍须尽到通知劳动者订立或续订劳动合同的义务，只有在履行该义务后客观上无法实现订立或续订劳动合同的，用人单位才可免除支付未订立或续订书面劳动合同双倍工资差额的责任。用人单位特别是中小企业应避免只注重入职时劳动合同的订立，而忽略了劳动合同到期时的续订。此外，根据人力资源社会保障部办公厅《关于订立电子劳动合同有关问题的函》（人社厅函〔2020〕33号）精神，用人单位与劳动者协商一致，可以采用电子形式订立或续订书面劳动合同。

案例 5.协商未果，用人单位仍可统筹安排劳动者休年休假

案情简介

张某系某科技公司员工，于 2016 年 9 月入职，担任品控部主管，月工资为 15000 元。自 2018 年 1 月开始，张某每年享有 10 天带薪年休假。该公司主要业务为二手车在线交易，受新冠肺炎疫情影响，自 2020 年春节以来，公司业务几乎处于停滞状态。在安排张某休完此前积攒的调休后，科技公司通知张某自 2020 年 2 月 17 日至 28 日休 2019 年剩余 5 天带薪年休假及 2020 年 5 天带薪年休假。2020 年 4 月 24 日，科技公司与张某解除劳动合同。2020 年 5 月 7 日，

张某提出仲裁申请，以科技公司强制安排休带薪年假违法应属无效为由，要求支付 2019 年、2020 年共计 10 天未休带薪年假工资报酬 13793 元（ $15000 \text{元} \div 21.75 \text{天} \times 10 \text{天} \times 200\%$ ）。

处理结果

仲裁委裁决驳回张某的仲裁请求。

案例评析

《职工带薪年休假条例》第五条第一款规定：“单位根据生产、工作的具体情况，并考虑职工本人意愿，统筹安排职工年休假。”《企业职工带薪年休假实施办法》第九条中规定：“用人单位根据生产、工作的具体情况，并考虑职工本人意愿，统筹安排年休假。”从上述条文可知，对当年（或跨 1 个年度）具体休带薪年假的方案，由用人单位根据生产、工作的具体情况，并考虑劳动者本人意愿统筹安排，未要求用人单位必须与劳动者协商一致才可决定如何安排休带薪年假。科技公司在生产经营困难时期统筹安排张某休带薪年假并无不妥，且足额支付了休假期间的工资，故仲裁委依法驳回张某的仲裁请求。

仲裁委提示

人力资源社会保障部等四部门《关于做好新型冠状病毒感染肺炎疫情防控期间稳定劳动关系支持企业复工复产的意见》（人社部发〔2020〕8号）中规定：“对不具备远程办公条件的企业，与职工协商优先使用带薪年假、企业自设福利假等各类假。”用人单位统筹安排劳动者休带薪年假，可将新冠肺炎疫情对用人单位和劳动者造成的损失降到最低。用人单位在统筹安排劳动者休带薪年假时，应依法履行协商程序，加强对劳动者的人文关怀，尽可能考虑、照顾到劳动者的实际情况，并及时足额支付劳动者休带薪年假期间的工资报酬。劳动者应准确理解法律和政策规定，积极接受用人单位的休假安排。

案例 6.轮岗轮休，用人单位应当支付轮休期间基本生活费

案情简介

龚某系某餐饮公司厨师，双方订立了无固定期限劳动合同，约定月工资为9000元。2020年2月3日，龚某休完春节假期回到餐饮公司工作。由于受新冠肺炎疫情影响，餐饮公司的客流量大幅下降，餐饮公司通知全体员工轮岗轮休，每天在岗人员不超过员工总数的40%，龚某被安排上一周休一周。2020年2月3日至5月2日期间，餐饮公司均按照龚某的出勤天数向其支付了工资，未出勤期间则未支付工资。期间，龚某多次要求餐饮公司按照最低工资标准向其支付未出勤期间的工资差额，餐饮公司则认为新冠肺炎疫情属于不可抗力，龚某轮休期间属于劳动合同中止履行故无须支付工资，双方因此发生争议。2020年5月11日，龚某向仲裁委提出仲裁申请，要求支付2020年2月3日至5月2日期间工资差额3300元（ $2200\text{元}\times 1/2\times 3\text{个月}$ ）。

处理结果

经仲裁委主持调解，餐饮公司向龚某支付了上述期间的基本生活费2310元（ $2200\text{元}\times 70\%\times 1/2\times 3\text{个月}$ ），龚某撤回仲裁申请。

案例评析

新冠肺炎疫情是突发公共卫生事件，系不能预见、不能避免且不能克服的客观情况，属于法律规定的不可抗力。在《民法总则》《中华人民共和国合同法》中，均有因不可抗力不能履行义务或合同时，可不承担或免除民事责任的相关规定。但劳动法、劳动合同法并未引入不可抗力条款，主要原因在于劳动关系是一种从属性的不对等关系，不同于民事合同是两个平等主体之间的关系。劳动法具有不同于民法的社会法属性，如果用人单位因不可抗力而免责，则会直接影响劳动者生存权。本案中，如果餐饮公司安排劳动者轮休无须支付基本生活费，实则是轮休期间劳动合同中止履行，与劳动法的立法精神不符。

《国有企业富余职工安置规定》（国务院令第111号）第八条第一款规定：“经企业职工代表大会讨论同意并报企业行政主管部门备案，企业可以对职工实行

有限期的放假。职工放假期间，由企业发给生活费。”参照上述规定，餐饮公司在龚某轮休期间向其发放基本生活费，既促进了企业的健康发展，也维护了劳动者的合法权益。

仲裁委提示

新冠肺炎疫情以来，不少用人单位遭受较大损失或者面临较大经济困境。但众所周知，劳动法、劳动合同法作为社会法，其中涉及的劳动标准、劳动保障和劳动安全等属于法律强制性规定，用人单位必须遵守。用人单位和劳动者作为利益共同体，在特殊时期，应加强沟通协商，互谅互让，从同理心的角度思考和处理问题，尽可能减少争议的发生。用人单位与劳动者应通过共同战“疫”，凝聚人心，携手努力，为全面复工复产达产奠定基础。

案例 7.预告解除，劳动者要求撤回离职申请未获仲裁支持

案情简介

孔某系某物业公司员工，于 2018 年 9 月 10 日入职，双方订立了为期 3 年的劳动合同，约定孔某的岗位为物业维修，月工资为 6000 元。2020 年 1 月 10 日，孔某向物业公司提交辞职信，表示因个人原因将于 2020 年 2 月 10 日离职。2020 年 1 月 23 日，孔某回到家乡吉林过春节。回到家乡后，孔某觉得自己辞职过于鲁莽，于 2 月 13 日向物业公司人力资源部发出电子邮件，表示收回此前提交的辞职信，其将继续履行劳动合同至合同期限终止。物业公司人力资源部回复称，公司已招聘新员工将于近期到岗并将与孔某办理工作交接手续，故不同意孔某撤销辞职信。孔某则认为其尚未离职，也未办理工作交接，劳动合同尚在有效期内，其有权要求物业公司继续履行劳动合同。双方因此发生争议。2020 年 5 月，孔某从家乡返回物业公司。因双方未能就继续履行劳动合同达成一致，孔某于当月向仲裁委提出仲裁申请：1.要求物业公司继续履行劳动合同；2.要求物业公司支付 2020 年 2 月 10 日至 5 月 9 日期间的基本生活费 4620 元（1540 元×3 个月）。

处理结果

仲裁委裁决驳回孔某的仲裁请求。

案例评析

《中华人民共和国劳动合同法》第三十七条规定：“劳动者提前三十日以书面形式通知用人单位，可以解除劳动合同。劳动者在试用期内提前三日通知用人单位，可以解除劳动合同。”从上述规定可知，劳动者只要提前 30 日以书面形式通知用人单位就可以解除劳动合同，劳动者的辞职信并不需要经过用人单位的批准或者同意。劳动者递交辞职信单方解除劳动合同行为所指向的权利内容，属于解除劳动合同的形成权。劳动者在递交辞职信时，便已完成单方作出的于某日解除劳动合同的意思表示。除劳动者撤回辞职信的声明同时或早于辞职信到达用人单位可撤回辞职信，或是用人单位同意劳动者撤销辞职信外，劳动者本身并不享有单方撤销辞职信的权利。本案中，孔某虽因疫情影响未办理离职工作交接，但并不影响其辞职行为发生法律效力，故仲裁委裁决驳回其仲裁请求。

仲裁委提示

除非有确切的证据证明自身受到欺诈、胁迫等，辞职信一经送达用人单位，即产生法律效力，劳动者无权单方撤销辞职信。当然，若劳动者与用人单位重新协商，用人单位同意留用则另当别论。由此可见，劳动者应准确理解辞职行为的法律后果，结合自身情况谨慎行使辞职权，以避免权益丧失。

案例 8.经营困难，以客观情况发生重大变化解除应予补偿

案情简介

邓某于 2017 年 1 月 9 日入职某销售公司，双方订立了期限为 5 年的书面劳动合同，约定邓某的工作内容为销售，月工资由基本工资 6000 元、外勤补助

1000 元及销售提成构成。该销售公司主要经营智能货柜业务，主要在办公楼宇内进行铺设销售。新冠肺炎疫情对智能货柜的销售产生极大影响，根据销售数据统计，销售公司 2020 年 2 月份货柜内商品销售仅为日常销量的 10%，新增智能货柜销售业绩几近停摆。由于生产经营发生严重困难，销售公司决定对劳动合同岗位、工作内容及工资标准等情况进行协商变更，但未能与邓某达成一致。2020 年 4 月 10 日，销售公司向邓某发出《解除劳动关系通知书》，以客观情况发生重大变化致使劳动合同无法履行，双方未能就变更劳动合同内容达成一致为由，决定当日与其解除劳动合同。邓某对销售公司生产经营出现严重困难不持异议，但不认可销售公司的解除理由。当月，邓某向仲裁委提出仲裁申请，要求销售公司支付违法解除劳动合同赔偿金 77000 元（离职前 12 个月平均工资 11000 元×3.5 个月×2 倍）。

处理结果

经仲裁委释明，邓某同意将违法解除劳动合同赔偿金变更为解除劳动合同经济补偿和未提前三十日书面通知解除劳动合同的额外一个月工资，仲裁委裁决予以支持。

案例评析

《中华人民共和国劳动合同法》第四十条第三项规定：“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：……（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。”原劳动部《关于〈中华人民共和国劳动法〉若干条文的说明》第二十六条中规定：“本条中的‘客观情况’指：发生不可抗力或出现致使劳动合同全部或部分条款无法履行的其他情况，如企业迁移、被兼并、企业资产转移等，并且排除本法第二十七条所列的客观情况。”新冠肺炎疫情属于不可抗力，用人单位虽不能以不可抗力为由逃避社会责任、中止劳动合同的

履行，但受疫情影响导致生产经营严重困难，虽经采取各种措施稳定工作岗位但仍需裁减人员的，用人单位可依据《中华人民共和国劳动合同法》第四十条第三项规定，依法与劳动者解除劳动合同。

仲裁委提示

用人单位因受疫情影响导致生产经营严重困难的，应当高度重视与劳动者协商，尽可能采取调整薪酬、轮岗轮休、缩短工时、调剂休息日等方式变更劳动合同，稳定工作岗位。如双方未能协商一致，用人单位根据《中华人民共和国劳动合同法》第四十条第三项的规定解除劳动合同，应当依照该法第四十六条、第四十七条规定，及时足额向劳动者支付经济补偿。同时，用人单位应当对受疫情影响导致生产经营严重困难承担证明责任，不得滥用第四十条第三项赋予的解除权。

案例 9. 计薪有误，劳动者据此解除要求支付经济补偿未果

案情简介

孙某系某影业公司员工，于 2017 年 7 月 3 日入职，双方订立了期限为 5 年的书面劳动合同，约定孙某的岗位为票务管理，月工资为 12000 元。影业公司每月 10 日前后向孙某发放上月自然月工资。受新冠肺炎疫情影响，影业公司一直未安排员工正常出勤上班。2020 年 2 月 3 日至 7 日，影业公司安排孙某休完 2020 年 5 天带薪年假。2020 年 2 月 10 日，影业公司向全体员工发出通告称，受新冠肺炎疫情影响，公司暂时无法复工复产，除少数留守值班人员外，绝大部分员工（包括孙某）将安排待岗，恢复上班时间另行通知。2020 年 3 月 10 日，影业公司向孙某正常发放了 2 月份工资 12000 元。2020 年 4 月 10 日，影业公司向孙某发放了 3 月份基本生活费 1540 元（2200 元×70%）。孙某当日提出异议，认为影业公司应向其支付 3 月份工资及基本生活费共计 4443 元（12000 元÷21.75 天×6 天+1540 元÷21.75 天×16 天）。影业公司则认为，其在 2 月 10 日通知孙某待岗，只需按原工资标准支付 2 月工资即可，3 月份未安排孙

某提供劳动，按照基本生活费支付工资待遇合情合理。双方因此发生争议。

2020年4月27日，孙某向影业公司寄出《被迫解除劳动合同通知书》，以影业公司未及时足额支付劳动报酬为由提出解除劳动合同，并要求影业公司支付解除劳动合同经济补偿。4月30日，孙某向仲裁委提出如下仲裁请求：1.要求某影业公司支付2020年3月份工资（基本生活费）差额2903元（4443元-1540元）；2.要求某影业公司支付解除劳动合同经济补偿36000元（12000元×3个月）。

处理结果

仲裁委裁决支持孙某的第1项仲裁请求，驳回孙某的第2项仲裁请求。

案例评析

本案争议的焦点在于，如何理解“一个工资支付周期内”及孙某的解除理由是否成立。《工资支付暂行规定》（劳部发〔1994〕489号）第十二条规定：“非因劳动者原因造成单位停工、停产在一个工资支付周期内的，用人单位应按劳动合同规定的标准支付劳动者工资。超过一个工资支付周期的，若劳动者提供了正常劳动，则支付给劳动者的劳动报酬不得低于当地的最低工资标准；若劳动者没有提供正常劳动，应按国家有关规定办理。”《北京市工资支付规定》第二十七条规定：“非因劳动者本人原因造成用人单位停工、停业的，在一个工资支付周期内，用人单位应当按照提供正常劳动支付劳动者工资；超过一个工资支付周期的，可以根据劳动者提供的劳动，按照双方新约定的标准支付工资，但不得低于本市最低工资标准；用人单位没有安排劳动者工作的，应当按照不低于本市最低工资标准的70%支付劳动者基本生活费。国家或者本市另有规定的从其规定。”实践中，对于上述条文中规定的“一个工资支付周期内”，用人单位及实务界存在如本案中影业公司和孙某两种不同的理解。从制度设立的本意上看，该周期应为缓冲期，目的在于体现用人单位与劳动者风险共担并保护劳动者的基本权益，故“一个工资支付周期内”应理解为完整的一个月工资支

付周期，这样也可避免因用人单位停工停产日的不同而造成不同劳动者享受非同等的待遇。综上，基于从立法本意上对上述条文的解读，仲裁委裁决支持了孙某的第 1 项仲裁请求。但影业公司是基于对法律及政策有不同理解而导致对工资计算存在偏差，而非主观故意克扣或无故拖欠孙某的劳动报酬，如果据此支持孙某解除劳动合同的经济补偿，显然违背一般的公平正义观念，也与劳动合同法的立法精神不符，故仲裁委裁决驳回了孙某的第 2 项仲裁请求。对此，《解答》第 18 条中规定：“疫情防控期间客观存在劳动报酬计算标准不明确等情形，因用人单位和劳动者对疫情防控期间工资待遇的计算标准存在合理认识偏差，需要经过仲裁或者审判机关审理等才能确定是否构成拖欠的，此种情形下用人单位不存在恶意或重大过失，故对劳动者要求用人单位支付解除劳动合同经济补偿的请求一般不予支持。”

仲裁委提示

自新冠肺炎疫情发生以来，国家和地方出台了一系列纾困惠企、保障民生的政策。准确理解和适用上述政策有利于促使用人单位承担必要的社会责任，保障劳动者在疫情期间的的基本权益，实现劳动关系双方共担责任共渡难关。在对相关法律政策不了解熟悉的情况下，可通过 12333 人力社保热线或 12348 法律咨询热线进行咨询，避免仓促、率性作出决定。用人单位应完善企业内部协商民主机制，畅通与劳动者对话渠道，通过多种方式稳定劳动关系和工作岗位。劳动者要关心企业的生存与发展，依法理性表达诉求。双方始终要坚持协商和调解优先的原则，尽可能将矛盾纠纷化解在用人单位内部。

案例 10.临时借用，劳动者与借用单位不构成双重劳动关系

案情简介

周某于 2018 年 5 月 7 日入职某餐饮公司，双方订立了期限为 3 年的劳动合同，约定周某的岗位为餐厅服务员，月工资为 4000 元。2020 年 2 月 10 日，因餐饮公司尚未复工复产，周某被借调至某大型超市从事理货员工作。借调期

间，超市对周某进行管理安排工作，并直接向其发放工资。2020年4月20日，周某向仲裁委提出仲裁申请：1.要求确认2020年2月10日至4月20日期间与超市存在劳动关系；2.要求超市支付2020年3月10日至4月20日期间未订立书面劳动合同双倍工资差额5287元。

处理结果

经仲裁委释明，周某撤回其仲裁申请。

案例评析

在新冠肺炎疫情防控期间，“共享用工”应运而生，它有利于缓解“部分行业严重缺员”与“部分行业严重赋闲”的矛盾，精准有序扎实推动复工复产。《关于贯彻执行〈中华人民共和国劳动法〉若干问题的意见》（劳部发〔1995〕309号）第七条规定：“用人单位应与其长期被外单位借用的人员、带薪上学人员、以及其他非在岗但仍保持劳动关系的人员签订劳动合同，但在外借和上学期间，劳动合同中的某些相关条款经双方协商可以变更。”从上述规定来看，劳动者在被借用期间，劳动关系主体并不发生变更，劳动者与借用单位之间不构成建立新的劳动关系，原则上劳动者的工资、福利、保险、工伤申报等仍由原用人单位负责，原用人单位与借用单位如何分担责任则由双方协商确定。由于周某与超市不存在劳动关系，故经仲裁委释明后，周某撤回仲裁申请。

仲裁委提示

在疫情防控期间，“共享用工”有利于劳动者与原用人单位共享利益、共担风险，降低疫情给原用人单位造成的经济损失，“共享用工”亦有利于劳动者享有更多的薪资待遇、职业体验与能力拓展等。由于不具有经营劳动派遣业务资质，原用人单位绝不能向借用单位收费，否则会被认定属于违法劳务派遣而遭受处罚。原用人单位和借用单位不得以“共享用工”之名，进行违法劳务派遣，或诱导劳动者注册为个体工商户以规避用工责任。在借用期间，用人单位应关

心关爱被借用员工，维护好被借用员工的合法权益，并在结束借用后及时召回被借用员工。

上海市

无过失性辞退中情势变更的司法认定

我是上海市第一中级人民法院的王剑平。今天和大家分享的是无过失性辞退中情势变更的司法认定。这个话题涉及到的是用人单位解除劳动合同过程中情势变更原则的适用。

无过失性辞退是指劳动者没有主观过失，但是基于某些客观情形，用人单位可以依法解除劳动合同的行为。

我国劳动合同法第四十条规定了无过失性辞退中的三种情形，分别是医疗期、不能胜任工作、客观情况发生重大变化。

情势变更原则是指合同履行过程中，当事人订立合同的基础因不可归责于双方当事人的事由发生变更，致使合同不能履行，或者如果履行会显失公平，当事人依据诚实信用原则请求变更或者解除合同时适用的原则。我国民法典第五百三十三条对此作出了明确规定。

有人说，只有劳动合同法第四十条第三项规定的情形才是按照情势变更原则设计的。其实，尽管劳动合同法第四十条的三种情形分别来源于不同的规定，但是在归入劳动法体系当中，都是按照类似情势变更的思路进行制度整合的。

下面我们以劳动合同法第四十条第三项为例，来讨论无过失性辞退中情势变更的认定。

劳动合同法第四十条第三项规定的无过失性辞退有三个构成要件：客观情况发生重大变化、劳动合同无法继续履行、未能就变更劳动合同内容达成协议的。我们今天的讨论主要围绕这三个方面展开。

一、客观情况发生重大变化

我们先来讲述第一部分内容：如何认定“客观情况发生重大变化”。

对此，劳动合同法并没有作出明确的界定。1994年劳动部《关于〈劳动法〉若干条文的说明》第二十六条的规定：客观情况是指发生不可抗力或者出现致使合同全部或者部分条款不能履行的其他情形，如企业迁移、被兼并、企业资产转移等等。该规定采用列举、概括的方式对客观情况发生重大变化进行了规定，但是并未涵盖客观情况发生重大变化的全部情形。

随着我国经济社会变化的发展，尤其是近年来我国经济进入了新常态，产业结构和产业政策不断调整变化，导致企业经营环境受到较大的影响。

因此，在对于客观情况发生变化认定时，不能机械拘泥于劳动部1994年的解释，应当根据个案的具体情况作出更为准确客观的解释，以适应社会经济的发展。

下面我们来看一个案例：

薛某是甲公司员工，主要负责上海学校校务运营部助教及招生工作。甲公司向薛某发出邮件称，因公司组织机构调整，校务运营部业务移转至杭州及北京地区，希望薛某随业务转移，岗位薪资不变，或者与薛某协商解除劳动合同。薛某未予同意，并提出了自己的协商解除方案，但没有获得公司的同意。甲公司以客观情况发生重大变化为由，解除了与薛某的劳动关系。

薛某认为公司移转职能部门是公司自主的管理行为，并非客观情况（变化）所致。

公司则认为自己是符合客观情况发生重大变化的情形的。双方对于客观情况发生重大变化的理解不一。

那么，从双方当事人的陈述以及提供的证据可以得知，由于教育培训市场的整体性变化，甲公司基于整合全国业务资源的需要，将薛某所在部门的业务

移转至杭州及北京地区，因此法院从情势变更的原因力来源出发将此确定为客观情况并无不当。

上述案例表明，对于客观情况的判断，不应仅仅局限于劳动者所在的部门，而应当将用人单位作为整体的意思表示（表意主体）来看待，着重审查客观情况发生重大变化的原因力来源。

只有用人单位之外的事由，并且该事由对于劳动力交换条件的变动产生主要影响的，方可构成客观情况。

二、劳动合同无法继续履行

客观情况的判断标准有了，那么如何判断客观情况是否构成重大变化呢？对于这个问题的解读就涉及到我们今天的第二部分内容，“劳动合同无法继续履行”的把握。

我们认为，对于重大变化的判断，应当结合劳动合同无法履行加以综合考量。

下面我们来看第二个案例：

李某与乙公司签有劳动合同，李某的工作岗位是财会部会计经理，乙公司将李某派往宁波项目工作。后乙公司向李某发出解除通知书，以公司内部机构调整，宁波项目被取消，发生重大变化为由，解除了与李某的劳动关系。

李某认为自己离职后公司还在继续招聘会计经理，双方合同的履行基础存在。

乙公司则认为宁波项目已经取消，李某原来的岗位已不复存在，所以双方之间的劳动合同无法继续履行。

经查实，乙公司确实在李某离职后还在继续招聘会计经理，上述事实表明，双方之间的劳动合同客观上是可以继续履行的。

上述案例表明，即使出现了客观情况发生重大变化的情形，用人单位也并非一定要解除与劳动者的劳动关系。用人单位完全可以通过更换工作地点、调整工作岗位（等）来避免解除劳动关系。

因此，在对重大变化、劳动合同无法继续履行这两项要素进行审查时，还应当引入另一个概念：解雇的最后手段原则。该原则是指解雇应当是雇主终极的、无法回避的、不得已的手段。早在 1978 年，德国联邦劳动法院就已经确立了这一原则。劳动合同法第四十条第三项规定的无法履行与解雇的最后手段原则有异曲同工之妙。

我们判断解除行为的合法性，应当注重判断解除劳动合同的必要性，具体判断解除行为是否终极的、无法回避的、不得已的。上述案例当中，乙公司在解除与李某劳动关系的同时，还在继续招聘会计经理，就很难说尽到了最后手段。

三、未能就变更劳动合同内容达成协议

下面我们就进入今天的第三部分内容：“未能就变更劳动合同内容达成协议”的审查。这里的审查主要是对用人单位协商方案的综合考量。

下面我们来看第三个案例：

丙公司因政府动迁从市区搬到郊区。丙公司表示劳动者岗位薪资不变，并提供班车、郊区津贴、宿舍等条件，希望劳动者到郊区上班，并承诺上班车即算上班。

劳动者徐某表示郊区太远，不太方便，不愿意去。

丙公司在与徐某的协商过程当中，提供了班车、郊区津贴、宿舍等条件，希望继续履行劳动合同，尽可能减少了变更因素对劳动合同履行的影响，应当说该方案具有较高的合理性。

在此情况下，如果丙公司解除与徐某的劳动关系的话，也是符合劳动合同法第四十条第三项的规定的。

上述案例表明，我们在审查协商方案合理性的时候，要综合考量劳动者的薪资、岗位、工作内容、工作地点以及未能达成一致的原因，看用人单位是否已经尽到诚实磋商义务。如果用人单位未能就协商方案的合理性进行举证的话，那么解除行为就会被认定为违法。

- 以上就是我们对无过失性辞退中情势变更的司法认定进行的解读。

下面我们对今天的课程作一小结：对于客观情况发生重大变化的认定，应当注重审查变更原因力来源，只有用人单位之外的事由，并且该事由对于劳动力交换条件的变动产生主要影响的，方能构成；

对于劳动合同无法履行的认定，可以引入解雇的“最后手段”原则，解雇应当是用人单位终极的、无法回避的、不得已的手段；

对于未能就变更劳动合同内容达成协议的审查，应当注重审查协商方案的合理性以及未能达成一致的原因，以便使我们更加充分全面地理解贯彻情势变更原则在劳动法中的适用，进一步促进劳动关系的和谐稳定。

来源：上海一中法院

考勤记录=加班事实，这种说法成立吗？

【案情简介】

2017年9月1日，胡先生进入本市某网络公司工作，岗位为人事经理，月工资8000元。双方签订有一份三年期劳动合同，约定合同期限至2020年8月31日。合同期满后，网络公司决定不再与胡先生续订劳动合同，且已支付经济补偿金。但胡先生主张公司还应另行结算加班工资。双方协商未果，胡先生遂于2020年10月向劳动人事争议仲裁委员会申请仲裁，请求网络公司向其支付2017年9月至2020年8月延时加班工资15000元。仲裁委员会立案后，依法予以受理。

【庭审答辩】

审理中，胡先生表示，公司制度虽规定每周做五休二，每天工作时间为9时至18时（含用餐时间1小时），但其每月至少存在两至三天加班，下班打卡时间均晚于18时，且有考勤记录佐证。因此，网络公司应按其实际考勤打卡时间支付延时加班工资。

网络公司则主张，胡先生明知公司已执行加班审批制度，且胡先生具有审批权限，但其从未提出过加班申请。而考勤记录不能证明加班事实，故不同意支付加班工资。

对此，网络公司提供员工手册、其他员工的加班申请记录（经胡先生审批）等证据，旨在证明其主张。胡先生对于上述证据均不持异议，但辩称称网络公司拒绝审批其提出的加班申请。

【争议焦点】

依据考勤记录可否认定劳动者主张的加班事实成立？

【裁决结果】

仲裁委员会依法作出裁决：对胡先生要求网络公司支付 2017 年 9 月至 2020 年 8 月延时加班工资 15000 元的请求，未予支持。

【案件评析】

《最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释(三)》第九条规定，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。由此可见，劳动者对于加班事实承担举证责任，即适用“谁主张，谁举证”的基本原则。但是，考虑到劳动者举证不易的实际情况，对其举证能力不能过于苛求。一般而言，只要劳动者提供的初步证据可以证明加班事实的存在，即可视为其已完成举证义务。而用人单位在用工的管理过程中，比劳动者掌握着更多的证据材料，所以在初步证据的基础上，用人单位应当提供与加班争议有关的证据，比如考勤记录、工资表等，以便裁判者查明具体加班事实。那么，依据考勤记录可否认定劳动者主张的加班事实成立？

裁审实践中，我们可以从以下几个方面综合判定是否存在加班事实。首先，执行标准工时制度的劳动者，其每天实际工作时间是否超过 8 小时，平均每周工作时间是否超过 40 小时。但用人单位如已向劳动行政部门申请，且被审批同意部分岗位执行“综合计算工时工作制”或“不定时工作制”，则所在岗位劳动者的加班应按特殊工时制度执行。其次，超出法定工作时间需为用人单位提供劳动，且由用人单位安排或者经用人单位批准。一方面，人事部门发布的加班通知，或主管安排的临时性工作任务，都可被认定为用人单位安排的“指令性”加班。另一方面，在工作时间确实无法完成工作任务，经劳动者提出，且用人单位审批同意，亦可构成经用人单位批准的“非指令性”加班。为此，不少用人单位为了倡导劳动者在标准工作时间内完成工作，不鼓励劳动者自行加班，以规章制度形式规定了具体的加班申请或审批制度。

回到本案中，网络公司安排胡先生的工作时间为每周做五休二，每天工作时间 8 时，因此，胡先生不存在制度性加班。网络公司员工手册规定执行加班审批制度。从其他员工的加班申请记录来看，胡先生对于公司实际执行审批制度是明知的。考勤记录仅显示胡先生进出公司打卡考勤的时间，不能证明公司安排其加班的事实。胡先生也未能就加班的工作内容，且经公司审批同意或公司拒绝审批的主张举证，故应承担不利后果。基于此，胡先生要求网络公司支付 2017 年 9 月至 2020 年 8 月延时加班工资 15000 元，未能得到仲裁庭的支持。

当然，对于制度性加班而言，考勤记录可直接推定加班事实成立。例如，部分餐饮企业执行每周做六休一，每天工作 8 小时的作息制度（无特殊工时制度），则劳动者每周的第六天出勤可被认定构成休息日加班。餐饮企业应当按考勤记录及时安排劳动者调休，或足额支付加班工资。

总而言之，是否构成加班不能仅依据考勤记录来判断，还应综合考虑用人单位的工时及作息制度、加班审批制度的执行、加班的内容及必要性等具体情况。唯有如此，我们方能更为客观全面地作出加班事实的认定。

来源：上海人力资源和社会保障