

# 加班费应算入经济补偿金基数吗？

以案说法

## ★案情简介

王某于2013年入职某工程设计公司担任木工。双方于2016年签订无固定期限劳动合同，合同约定王某每月基本工资6000元，周末固定加班工资2000元。2018年起，公司因环评不达标等原因，决定关闭上海生产工厂。此后向王某出具了《解除劳动合同通知书》，并根据员工工龄按上一年平均工资支付了经济补偿。

公司在计算员工经济补偿金时，将员工劳动合同中约定的周末固定加班费剔除。王某及其工友对公司这一做法表达了不满。经与公司交涉无果后，王某提起劳动仲裁，要求公司支付经济补偿金差额。劳动仲裁委并未获准王某的仲裁请求，王某起诉至法院。

## ★争议焦点

加班费是否应当计入经济补偿金基数？

王某认为：根据《劳动合同法》第四十七条规定：“经济补偿按劳动者在本单位工作的年限，每满一年支付一个月工资的标准向劳动者支付。六个月以上不满一年的，按一年计算；不满六个月的，



向劳动者支付半个月工资的经济补偿。劳动者月工资高于用人单位所在直辖市、设区的市级人民政府公

布的本地区上年度职工月平均工资三倍的，向其支付经济补偿的标准按职工月平均工资三倍的数额支

付，向其支付经济补偿的年限最高不超过十二年。本条所称月工资是指劳动者在劳动合同解除或者终止前十二个月的平均工资。《劳动合同法》并未规定计算经济补偿金时需要将加班费剔除。”

公司则认为，根据上海市高级人民法院的意见，在上海地区计算经济补偿金时，加班费不应计入经济补偿金基数。

## ★裁判结果

法院认为，王某每月签收工资单，对工资构成认可。且该构成与劳动合同约定相吻合。加班工资系额外提供劳动所获报酬，不属于正常工作时间的劳动报酬，故不应纳入经济补偿金的计算。故驳回王某请求。

## ★唐毅律师点评

本案是一起经济补偿金案件，关于加班费是否应当计入经济补偿金基数这一问题，上海规定明确，沿用至今。

上海高级人民法院曾于2013年发布《民事法律适用问答（2013年第1期）》，关于劳动争议案件中确定经济补偿金计算基数时是否需要将加班工资包括在内的问题，上海高院认为“第一，经济补偿从性质上看系用人单位与劳动者解除或终止劳动关系后，为弥补

劳动者损失或基于用人单位所承担的社会责任而给予劳动者的补偿，故经济补偿金应以劳动者的正常工作时间的工资为计算基数。第二，加班工资系劳动者提供额外劳动所获得的报酬，不属于正常工作时间的劳动报酬。第三，从原劳动部《关于贯彻〈中华人民共和国劳动法〉若干问题的意见》第55条和《劳动合同法实施条例》第27条规定来看，也应认为经济补偿金不包含加班费。综上，我们认为在计算经济补偿金计算基数时不应将加班工资包括在内。”

由此可见，上海高院对此问题的意见导向明确，即经济补偿的计算基数不包括加班工资。当然，该问题也并非一概而论，上海高院也指出，如有证据证明用人单位存在恶意将本应计入正常工作时间的工资计入加班工资，已达到减少正常工作时间的工资标准的情况，该部分“加班工资”应计入经济补偿的计算基数。

需要提醒的是，上述规定仅适用于上海地区。

文 唐律 摄 朱擎

**上海唐毅律师事务所**  
专业的劳动法律服务机构  
领先的人力资源合作伙伴  
资深的劳动争议处理专家  
地址：延安西路2201号 上海国贸中心1301-1303室  
电话：021-62836533 62835862  
网址：www.tonytanglawfirm.com

## ★给你提个醒

# 职工遗属(子女)享受待遇一般以中学为限

小涂的父亲早年因病过世，他也自同年起享受非因工死亡职工遗属生活困难补助。2014年5月，小涂通过父亲生前所在单位成功申办非因工死亡职工遗属生活困难补助费的延长申领至2016年7月。2016年，当他再次通过父亲生前所在单位向市社保中心申请办理非因工死亡职工遗属生活困难补助费延期手续时，却被告知不符合条件不予办理。原来，经市社保中心审核发现，小涂已经于2016年9月入读上海某高等专科学校，现为中高贯通的某专业2016年级全日制专科生。故社保部门作出认定，他的情形不符合非因工死亡职工遗属生活困难补助费继续申领的条件。鉴于社保部门不能为他办理这项业务，小涂将社保部门诉诸法院。那么，像小涂这样的情况，是否能将其职工遗属生活困难补助的申领期限延长到高职就读阶段呢？笔者借本文做个简单的介绍。

一、符合法定条件的，可以申领职工遗属生活困难补助费。

根据《关于将本市非因工死亡职工的遗属生活困难补助费纳入养老保险统筹基金支付问题处理意见的通知》（沪劳保福〔2006〕24号），自2006年7月1日起，上述的非因工死亡职工的遗属生活困难补助费由养老保险统筹基金支付。另根据《关于本市因病或非因工死亡职工遗属生活困难补助费有关问题的通知》（沪人社发〔2013〕29号）之

规定：“自2013年4月1日起，本市因病或非因工死亡职工遗属生活困难补助费标准暂不调整，继续按每人每月570元（孤寡老人或者孤儿的，增加30%）执行。”

但是，根据相关文件精神，供养直系亲属享受生活困难补助费是基于其生活主要来源依靠职工供给。因此已享受各类基本养老保险待遇的职工遗属原则上不重复享受职工遗属生活困难补助费。已领取城居保、新农养老待遇的人员，符合享受本市职工遗属生活困难补助条件，且领取的养老金低于生活困难补助标准的，可在按规定办理生活困难补助申领手续后给予补足。

二、遗属（职工子女）申领补助费至多以同届高中毕业为限。

根据我国《民法总则》第十八条规定：“十六周岁以上的未成年人，以自己的劳动收入为主要生活来源的，视为完全民事行为能力人。”结合我国于1953年颁布的《中华人民共和国劳动保险条例实施细则修正草案》第四十五条规定：“工人职员直系亲属。其主要生活来源，系依靠工人职员供给，并合于下列各款规定之一者，均得列为该工人职员的供养直系亲属，享受劳动保险待遇：一、祖父、父、夫年满60岁或完全丧失劳动力者；二、祖母、母、妻未从事有报酬的工作者；三、子女（包括养子女，前妻或前夫所生子女，非婚生子

女）、弟妹（包括同父母或同母异父的弟妹）年未满16岁；四、孙子女年未满16岁，其父死亡或完全丧失劳动力，母未从事有报酬的工作者。”根据现行规定，这些法规仍然是有效的。从中也可以看出，遗属中的职工子女领取相关待遇一般以十六周岁为限。十六周岁以上已经参加社会工作的劳动者，能够以自己的劳动收入为主要生活来源的，则不再享受供养直系亲属或遗属相关待遇。

如果对于年满十六周岁但仍读书的情况，应当如何处理呢？《关于职工子女年满十六岁后，在中学学习期间，列为供养直系亲属，享受有关劳动保险待遇问题的通知》（沪劳草〔76〕字第6553号）中指出：“…实行劳动保险条例的单位，凡符合《劳动保险条例实施细则（草案）》所列的，由职工供养的子女、弟妹等，在年满十六岁以后继续在中学学习的，可列为职工的供养直系亲属，享受有关劳动保险待遇。”因此，我们可以了解到，遗属（职工子女）申领生活困难补助费至多可以在“中学阶段”（即初级中学+高级中学），即领取待遇以同届高中毕业时间为限。

据此，前述案例中的小涂就读的高职教育，虽然属于职业教育，但已经不属于“中学”的范围，所以不符合享受遗属生活困难补助费发放的范围了。

文 张岳

## ★劳动监察之窗

# 介绍不成功，是否要退还中介费？

## 【案情简介】

2019年5月，浦东新区劳动保障监察大队（以下简称：浦东大队）接到12345市民举报，反映B职业介绍所存在证照不齐，职业介绍不成功不退还中介费的情况。接报后，浦东大队立即对B职业介绍所实施监察。

经查，B职业介绍所证照齐全，并不存在非法中介的情况。其负责人表示，之前有陈某等3名劳动者来我们职业介绍所让我们介绍工作，每人交了200元中介费，我们也已介绍他们前去企业面试，但由于种种原因没有成功，他们要求退还中介费。此事经过镇调解中心调解，双方签订了调解协议，已退还他们一半中介费（每人100元）。监察员遂联系陈某核实相关情况，陈某承认双方已签订了调解协议，每人拿回了100元中介费，但费用不应只退回一半，应当全数退回。

## 【争议焦点】

本案争议的焦点在于职业介绍不成，中介费是否应当全数退还？

B职业介绍所在接受调查询问时认为：为劳动者介绍工作的

收费标准是每人200元，其中100元是给人单位的管理费，另外100元是B职业介绍所收取的中介费。接到陈某3人的求职申请后，前后为他们介绍了3份工作，但他们都不愿意做。虽然陈某3人没有就职，但管理费还是要给用人单位，所以只能退还100元中介费。在经过镇调解中心调解后，双方已达成协议，理应按协议执行。

陈某3人则认为：劳动者到B职业介绍所求职，但职业介绍所没有按照劳动者要求提供让其满意的岗位，就是职业介绍不成功，应当退还全额中介费。

## 【处理结果】

《就业服务与就业管理规定》第五十五条规定，职业中介机构提供职业中介服务不成功的，应当退还向劳动者收取的中介服务费用。

本案中，B职业介绍所虽然已经3次为劳动者提供了岗位，但劳动者均不满意所提供的岗位而未接受。因此，根据该规定，B职业介绍所应当退还全额中介服务费用。但是，双方已经就该事项经过调解中心调解，并达成一致意见，应当遵从调解协议约定执行。

文 孙华婷