



广东省劳动争议纠纷处理 指导意见汇编

广东省律师协会劳动法律专业委员会

二〇一三年十一月

编制说明

众所周知，劳动立法琐碎、繁杂，且地域性和政策性均非常强，法律规定与司法实践往往存在较大差异，劳动争议案件“同案不同判”的现象时有发生。近年来，为了统一劳动争议案件的裁判标准，加强裁审程序衔接问题，广东部分地市的法院和劳动仲裁委联合发布了一些劳动争议案件的司法裁判指导意见。

虽然这些指导意见在法律位阶上连地方政府规章都谈不上，但却是法官和仲裁员审理劳动争议案件的重要参考，在律师办理劳动争议案件的过程中也发挥着重要的作用。因此，有人将之戏称为办理劳动争议案件的“地方粮票”。

为了增强省内律师同行办理劳动争议案件的实务水平，降低案件承办风险，提高律师的法律服务质量，我们将广东省劳动争议纠纷处理指导意见汇编成册，供大家办案参考。

需要特别说明的是：

1、由于这些指导意见并非规范性法律文件，很多也并未对社会公开，在正式的司法裁判文书中一般也不会被引用和提及，因此这些指导意见仅供内部参考使用，敬请注意。

2、由于司法裁判实践随时可能变化，相应的指导意见也随时可能变化，请随时关注最新立法动态和最新司法实践。

3、相同的案件在不同的地区或时期裁判结果可能差异较大，甚至截然相反，请充分关注并审慎对待。

因时间仓促，难免有不尽之处，如有错漏，敬请及时向我们反馈，以便修改完善。特此说明。

联系人：江点序秘书长 电邮：jiangdianxu@126.com

广东省律师协会劳动法律专业委员会

二〇一三年十一月

目 录

广东省

- 1、广东省高级人民法院关于审理劳动争议案件若干问题的指导意见（2002年09月15日） 4
- 2、广东省高级人民法院关于进一步加强劳动争议案件审判工作的若干意见（2005年6月19日） 9
- 3、广东省高级人民法院、广东省劳动争议仲裁委员会关于适用《劳动争议调解仲裁法》、《劳动合同法》若干问题的指导意见（2008年6月23日） 13
- 4、广东省高级人民法院、广东省劳动人事争议仲裁委员会《关于审理劳动人事争议案件若干问题的座谈会纪要》（2012年6月21日） 19

广州市

- 5、广州市中级人民法院关于审理劳动争议案件若干问题的意见综述（2001年12月25日） 27
- 6、广州市中级人民法院关于审理劳动争议案件的参考意见（2009年） 30
- 7、广州市劳动争议仲裁委员会、广州市中级人民法院关于劳动争议案件研讨会会议纪要（2011年10月25日） 35

深圳市

- 8、深圳市中级人民法院关于审理劳动争议案件 相关法律适用问题的座谈纪要（2006年9月2日） 42
- 9、深圳市中级人民法院关于审理工伤保险待遇纠纷案件相关法律适用问题的指导意见（2009年4月试行） 50
- 10、深圳市中级人民法院关于审理劳动争议案件若干问题的指导意见（试行）（2009年4月印发） 57
- 11、深圳市中级人民法院关于审理劳动争议案件程序性问题指导意见（2009年） 61
- 12、深圳市劳动争议仲裁、诉讼实务座谈会纪要（2010年3月9日） 80
- 13、2011年深圳市劳动人事争议疑难问题研讨会纪要 82

东莞市

- 14、东莞市两级法院民一庭及各法庭民事审判业务沟通会摘要(第一次)..... 84
- 15、东莞市两级法院民一庭及各法庭民事审判业务沟通会摘要(第二次)..... 88
- 16、东莞市关于适用法律若干问题的统一意见(2010年12月16日)..... 90
- 17、东莞市关于劳动争议案件统一法律适用问题的意见(2011年10月)..... 93

佛山市

- 18、佛山市中级人民法院关于审理劳动争议案件的若干意见(2005年9月22日) 97
- 19、佛山市中级人民法院、佛山市劳动争议仲裁委员会关于审理劳动争议案件若干问题的指导意见(2011年2月25日)..... 104

中山市

- 20、中山市中级法院审理劳动争议案件若干问题的意见(2011年)..... 115

惠州市

- 21、惠州市中院、惠州市劳动人事争议仲裁委员会 关于审理劳动争议案件若干问题的会议纪要(试行)(2012年6月20日)..... 134

广东省高级人民法院关于审理劳动争议案件若干问题的指导意见

(2002年9月15日 粤高法发〔2002〕21号)

为保障劳动者的合法权益，维护社会稳定，促进社会主义市场经济的发展，依据《中华人民共和国劳动法》（下称《劳动法》）和《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》等规定，结合审判实践，提出如下指导意见：

第一条 政府有关部门主导的国有企业改制，因企业职工下岗、整体拖欠职工工资引发的纠纷，应由政府有关部门按照企业改制的政策规定统筹解决，人民法院不予受理。

第二条 劳动者与用人单位因住房公积金发生的纠纷，不属于《劳动法》第二条规定的劳动争议，但双方当事人在劳动合同中有约定的除外。

第三条 当事人已签收劳动争议仲裁委员会对劳动争议作出的调解书，事后反悔向人民法院起诉的，人民法院应裁定不予受理；已受理的，应裁定驳回起诉。但裁定书应说明调解书已生效。

第四条 当事人为减少劳动争议的处理环节，将具有给付内容的劳动争议案件改变案由向人民法院直接起诉，如劳动报酬纠纷改成债务纠纷，工伤事故纠纷改成损害赔偿纠纷，人民法院应依据《劳动法》第七十九条的规定不予受理，告知当事人先向劳动争议仲裁委员会申请仲裁。

劳动者与用人单位对双方的劳动争议达成了明确的赔偿或补偿协议，后因款项的支付发生纠纷的，劳动者以债务纠纷向人民法院起诉的，人民法院可以受理。

第五条 社会保险部门已对劳动者的工伤待遇作出处理，当事人又向人民法院提起民事诉讼的，人民法院应裁定不予受理。

第六条 未经工商登记的企业与其所雇用的人员因用工关系发生纠纷，出资人属于《劳动法》第二条规定的用人单位的，该纠纷应作为劳动争议案件处理。

第七条 劳动者未履行劳动合同中约定的保守商业秘密的义务，造成用人单位商业秘密被侵害而发生的纠纷，可以按劳动争议案件处理。

第八条 当事人不服劳动争议仲裁委员会以当事人的仲裁申请超过60日期限、申请仲裁事项不属于劳动争议或申请仲裁主体不合格为由作出不予受理的书面裁决、决定或通知，向人民法院提起诉讼的，人民法院应当受理。对确因不可抗力或者其他

正当理由延误申请仲裁、申请仲裁事项确属劳动争议、申请仲裁主体适格的，人民法院应当对案件进行实体处理。

劳动争议仲裁委员会以其他理由作出不予受理的书面裁决、决定或通知，当事人不服向人民法院提起诉讼的，人民法院不予受理。

第九条 当事人不服劳动争议仲裁委员会以当事人申请仲裁超过 60 日期限、申请事项不属于劳动争议或申请仲裁主体不合格为由作出的不予受理的决定或通知，应当自收到通知或决定书之日起 15 日内向人民法院起诉。当事人逾期向人民法院起诉的，可比照《劳动法》第八十三条的规定，裁定不予受理。

第十条 《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》第三条中的“其他正当理由”包括下列情形：

- (一) 发生劳动者生病住院治疗等意外情况的；
- (二) 劳动者与用人单位对劳动争议进行协商或曾达成和解的；
- (三) 人民法院认为可以认定的其他合理情形。

第十一条 《劳动法》第八十二条规定的“劳动争议发生之日起”，应作如下理解：

劳动者请求用人单位补缴社会保险费的，应从劳动者知道或应当知道用人单位没有为其缴纳社会保险费之日起算。

劳动者请求用人单位承担工伤待遇的，应从其治疗终结之日或伤残等级评定之日起算。

劳动者请求用人单位支付拖欠的工资的，应从劳动争议纠纷发生之日起算。

劳动者请求用人单位返还订立劳动合同时收取的定金、保证金或抵押金（物）的，应从劳动关系终止之日起算。

第十二条 当事人双方不服劳动争议仲裁委员会作出的同一裁决，均向同一人民法院起诉的，先起诉一方当事人为原告，但双方均应按规定预缴诉讼费；原告申请撤诉，人民法院裁定予以准许的，应直接更换双方的诉讼地位，通知双方继续进行诉讼。

第十三条 劳动争议仲裁委员会在紧急情况下，依法在劳动争议案件终结裁决作出之前，裁决用人单位预先支付劳动者工资、医疗费，用人单位不得单独就该部分裁决向人民法院起诉。用人单位拒不执行的，劳动者可以向人民法院申请执行。

第十四条 人民法院在审理劳动争议案件期间，有证据证明用人单位持续、大量拖欠劳动者工资，且准备或正在对资产进行藏匿、转移或变卖的，人民法院可依职权及时对用人单位的相应财产采取保全措施。

第十五条 用人单位挂靠在其他单位名下或借用其他单位的营业执照进行生产经营，劳动者与用人单位发生劳动争议的，应当将用人单位和被挂靠人或出借人作为共同诉讼人。

第十六条 当事人对劳动能力鉴定委员会的伤残等级鉴定结论不服的，可依法申请复查。当事人仅请求工伤赔偿，或对上述鉴定结论有异议又不申请复查而请求工伤赔偿的，人民法院经审查认为劳动能力鉴定委员会所作出的鉴定结论确有不妥，可不予采信，以人民法院审理认定的案件事实作为处理的依据。

第十七条 劳动争议当事人不服劳动争议仲裁委员会作出的有给付内容的裁决而向人民法院起诉，人民法院不支持当事人的诉讼请求的，不得直接驳回当事人的诉讼请求，应依据认定的案件事实重新作出处理。

第十八条 劳动者严重违反劳动纪律或用人单位规章制度，用人单位依《劳动法》第二十五条规定提出解除劳动合同的，不适用《企业职工奖惩条例》第十三条、第二十条关于开除的程序规定。

劳动者对用人单位的规章制度提出异议的，用人单位应举证证明规章制度不违反国家法律、行政法规以及政策的规定，并已向劳动者公示。

第十九条 劳动者提前 30 天以书面形式通知用人单位，可以解除劳动合同，用人单位不得以特别约定排除或限制劳动者的解除权。但由于劳动者行使解除权而违反劳动合同有关约定，给用人单位造成经济损失的，劳动者应当赔偿用人单位的直接损失。

用人单位违反诚信原则，在劳动合同中设定高额违约金条款来限制劳动者解除劳动合同的权利的，可确认违约金条款无效。

第二十条 用人单位不按约定的工资标准向劳动者支付工资 劳动者按《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》第十五条的规定行使解除权，并要求用人单位支付经济补偿金的，人民法院应予支持。

劳动者明知工资调低而在 60 日内未提出异议的，视为劳动者同意工资调整，劳动者以此为由提出解除劳动合同并请求经济补偿金的，不予支持。

第二十一条 用人单位依照《劳动法》第四十四条的规定应向劳动者支付延长工作时间工资报酬的，人民法院可以参照劳动部《关于贯彻执行〈劳动法〉若干问题的意见》第 53 条的规定计算延长工作时间工资报酬的基准工资，但应减去其中的延长工作时间的劳动报酬。

第二十二条 用人单位未给劳动者缴纳社会保险费，劳动者遭受工伤的，由于用人单位违反保护劳动者的法定义务，用人单位应参照相关社会工伤保险法规的标准承担劳动者的全部工伤待遇。

第二十三条 劳动合同中有关限制或免除用人单位对劳动者工伤应承担的法律责任的约定无效。

第二十四条 受雇人因履行雇用合同遭受伤害的，不属于工伤事故，但雇主应承担人身损害赔偿赔偿责任。受雇人存在故意或重大过失的，适用《民法通则》第一百三十一条的规定。

第二十五条 劳动者的工伤系第三人侵权所致，劳动者先获得侵权赔偿的，用人单位承担的工伤补偿应扣除已支付的医疗费和丧葬费。

劳动者的工伤待遇由用人单位承担的，劳动者依人身保险合同获得的赔偿，用人单位不得主张在工伤待遇中扣除。

第二十六条 在工伤赔偿中，实际发生的费用、更换假肢的费用和劳动者急需的其他费用全部由用人单位支付的，用人单位应一次性支付。一次性支付的假肢费的数额可参照交通事故损害赔偿的标准。一次性支付确有困难的，人民法院可判决分期支付，并可责令用人单位提供相应的担保。

第二十七条 建设工程的分包人挂靠承包人，并以承包人名义承接工程的，人民法院可以责令分包人和承包人共同承担劳动者的工伤待遇。

承包人违反《建筑法》第二十四条、第二十八条和第二十九条的规定，对建设工程进行转包或分包的，劳动者的工伤待遇可由转包人、分包人和承包人共同承担。

第二十八条 劳动者被诊断患有职业病的，除依法享有工伤社会保险外，还可依照《民法通则》第一百一十九条的规定向用人单位请求损害赔偿，但该损害赔偿应扣

除劳动者因职业病享有的工伤社会保险利益。

人民法院受理劳动争议案件后，劳动者根据上述规定向用人单位请求损害赔偿的，人民法院可一并审理。

第二十九条 派出到合资、参股单位工作的劳动者与原用人单位仍保持劳动关系，原用人单位与合资、参股单位对劳动者的工资、社会保险、福利等有明确约定，且劳动者没有提出异议的，按该约定处理；无约定或无明确约定的，劳动者的相关待遇可由原用人单位和合资、参股单位共同负担。

第三十条 劳动者冒用他人名义与用人单位订立劳动合同的，应按实际劳动关系确定主体。用人单位以劳动者假冒身份证明为其投保而遭受社会保险损失的，用人单位和劳动者应按各自的过错承担相应的民事责任。

不满 16 岁的未成年人冒用他人名义与用人单位订立劳动合同或形成事实劳动关系的，劳动合同无效，但用人单位仍应按合同的约定支付报酬。该未成年人因工作遭致伤害的，应由用人单位负人身损害赔偿赔偿责任。

第三十一条 劳动者在《广东省社会工伤保险条例》实施前发生工伤，已由用人单位安置，后要求辞职的，其工伤辞退费应参照《广东省社会工伤保险条例实施细则》的规定支付。

因工伤而解除劳动合同后，劳动者同时请求用人单位支付工伤辞退费和经济补偿金的，人民法院应按《劳动法》第二十八条的规定处理。

第三十二条 人民法院审理劳动争议案件，应依法保护劳动者的合法权益。地方性规定确定的福利、待遇等标准较高的可适用地方性规定；地方性规定确定的福利、待遇等标准低于法律、行政法规或部门规章规定的标准的，应适用法律、行政法规或部门规章的规定。

广东省高级人民法院关于进一步加强劳动争议案件审判工作的若干意见

(2005年6月16日 粤高法[2005]16号)

为依法保护劳动者合法权益，促进社会和经济的和谐发展，正确审理劳动争议案件，依据《中华人民共和国劳动法》（以下简称《劳动法》）、《中华人民共和国民事诉讼法》（以下简称《民事诉讼法》）等规定，结合我省审判实践，提出如下意见：

1. 劳动争议审判工作应当坚持依法、公正、高效的原则。

人民法院应当采取有力措施充分保障作为弱势群体的劳动者的合法权益。

劳动争议案件的处理应当有利于维护社会稳定，促进社会与经济的和谐发展。 2. 受理劳动争议案件数量特别多、审判任务特别重的中级法院和基层法院可设立专门的民事审判庭集中审理劳动争议案件。

受理劳动争议案件数量较多、审判任务较重的中级法院和基层法院可指定专门的合议庭集中审理劳动争议案件。

其他中级法院和基层法院应当指定专门的民事法官集中审理劳动争议案件。

3. 人民法院收到劳动者起诉材料，经审查认为符合起诉条件的，应予当天立案并优先于其他案件单独排定开庭时间、开庭地点及审判人员。

人民法院对劳动争议案件采用特别标志的卷宗袋，以方便劳动争议案件的快立、快审和快执。

人民法院应当为有需要的劳动者提供节假日立案、预约立案等便民服务。

4. 劳动者起诉或上诉的劳动争议案件，劳动者不预交案件受理费；案件审结时，由败诉方负担。劳动者败诉的，人民法院依劳动者申请可依法对应由劳动者承担的诉讼费用予以减免。

5. 劳动者与用人单位就双方的劳动争议达成了明确的协议，后因款项的支付发生纠纷的，劳动者以债务纠纷直接向人民法院起诉的，人民法院可以受理。

6. 在劳动争议调解委员会主持下，双方当事人达成的调解协议，具有民事合同的效力。一方当事人不履行调解协议确定的给付义务的，对方当事人可直接向法院起诉。

7. 人民法院对于事实清楚、权利义务关系明确的劳动争议案件应当于一个月内审结。

8. 人民法院对于举证能力较弱的劳动者应当加强诉讼指导，并可对劳动者的举证期限酌定从宽。人民法院在必要时应当依职权调查收集证据，不得轻易以劳动者证据不足或举证期限届满而驳回其诉讼请求。

9. 劳动者未出庭参加诉讼的，人民法院必须核实劳动者是否存在不能到庭的正当理由，不得简单作出按撤诉处理的裁定或仅因劳动者不到庭而作出不利于劳动者的缺席判决。

10. 对于确实无法在正常工作时间出庭参加诉讼的劳动者，经其提出申请，人民法院可在夜间及节假日的合理时间安排开庭。

11. 劳动争议仲裁过程中，劳动者可以向用人单位所在地人民法院提出财产保全的申请，但是应当提供担保。劳动者的申请符合《民事诉讼法》第九十三条规定的，应当依法作出财产保全的裁定。劳动者在仲裁裁决生效或者人民法院判决生效后三个月内未申请人民法院强制执行的，人民法院应当解除保全措施。

劳动者确因经济困难不能提供财产担保的，劳动者也可提供保证人担保。

12. 人民法院在审理劳动争议案件期间，有证据证明用人单位持续、大量拖欠劳动者工资，且准备或正在对资产进行藏匿、转移或变卖的，人民法院可根据劳动者的申请或依职权及时对用人单位的相应财产采取保全措施。

对于申请财产保全的劳动者，如确因经济困难无法提供财产担保的，人民法院可减轻或免除劳动者的担保义务，确有必要的可由劳动者提供保证人担保。

13. 《劳动法》第八十二条规定的“劳动争议发生之日”，是指：

- (一) 用人单位明确拒绝支付工资之日或者承诺支付工资的期限届满之日；
- (二) 双方未明确工资支付期限的，劳动者主张权利之日；
- (三) 涉及劳动关系解除，用人单位不能举证证明解除时间的，劳动者主张权利之日；
- (四) 劳动者请求用人单位承担工伤待遇的，劳动者治疗终结之日或伤残等级评定之日。

14. 在申请仲裁期间内，劳动者因不可抗力等其他客观原因无法申请仲裁的，申请仲裁期间中止；从中止的原因消灭之日起，申请仲裁期间继续计算。

申请仲裁期间因劳动者向有关部门请求权利救济或者用人单位同意履行义务而

中断，从有关部门作出处理决定、明确表示不予处理，或者用人单位明确拒绝履行义务时起，申请仲裁期间重新计算。

15. 对于劳动者申请强制执行的劳动争议案件，人民法院可以不受执行立案顺序的限制，优先予以执行。

16. 劳动者申请人民法院强制执行生效劳动争议仲裁裁决或民事判决的，人民法院免收申请执行费；申请执行标的额较大的，可以减收申请执行费。

17. 劳动者申请强制执行生效劳动争议仲裁裁决或民事判决的，人民法院应当自执行立案之日起三个月内执行完结。

18. 劳动争议仲裁委员会在劳动争议案件终结裁决作出之前，裁决用人单位预先支付劳动者工资、医疗费，用人单位不得就该裁决向人民法院起诉。用人单位拒不执行的，劳动者可以向人民法院申请执行。

19. 劳动者申请人民法院强制执行的劳动争议案件，申请人无法提供被执行人的财产状况或线索的，由人民法院依职权对被执行人的财产状况进行调查取证。

20. 用人单位财产不足以清偿所有债务的，应优先以用人单位财产清偿劳动者的工资债权。为保护劳动者的基本生存权和维护社会稳定，劳动者工资债权还可优先于担保物权和其他优先受偿权得到清偿。

21. 企业持续、大量拖欠劳动者工资，但企业有可供执行的土地使用权、厂房、机器设备等实物资产的，人民法院在执行拍卖过程中可要求拍卖人垫付该企业所拖欠的劳动者的工资后，再从拍卖企业财产所得款项中抵扣垫付的数额。

22. 人民法院对欠薪单位执行到的每笔款项，均应当自该款项进入执行款专户之日起三日内支付给被欠薪的劳动者。

23. 对劳动者申请执行的劳动争议案件，人民法院应当严格适用本院《关于对适用中止执行的若干问题的意见》，未经穷尽一切执行措施，不得裁定中止执行。 24. 用人单位有能力履行已经发生法律效力劳动争议案件仲裁裁决或民事判决而拒不履行的，人民法院可根据情节轻重对用人单位负责人予以罚款、拘留；情节严重的，依据《中华人民共和国刑法》第三百一十三条追究刑事责任。

25. 人民法院对在劳动争议案件审理中发现的具有普遍意义的新型、疑难问题及辖区内发生的可能产生重大社会影响的群体性劳动争议案件的审理情况，应逐级向上

级法院报告并及时总结经验。

人民法院审理劳动争议案件的民事审判庭应在法律适用上加强与当地劳动争议仲裁委员会的协调与沟通，充分发挥劳动争议仲裁委员会对劳动争议纠纷的疏导作用。

26. 人民法院对在审理劳动争议案件中发现的劳动监管问题，应及时向劳动行政主管部门提出有关司法建议。

广东省律师协会劳动法律专业委员会

广东省高级人民法院、广东省劳动争议仲裁委员会关于适用
《劳动争议调解仲裁法》、《劳动合同法》若干问题的指导意见
(2008年6月23日 粤高法发[2008]13号)

为了及时公正处理劳动争议案件,依据《中华人民共和国劳动争议调解仲裁法》(以下简称《劳动争议调解仲裁法》)、《中华人民共和国劳动合同法》(以下简称《劳动合同法》)等有关规定,结合我省实际情况,提出如下指导意见:

第一条人民法院、劳动争议仲裁委员会处理劳动争议案件应遵循平等保护劳动者和用人单位合法权益、充分利用劳动仲裁资源和合理配置审判资源、合法公正及时、法不溯及既往、法律效果与社会效果相统一等原则。

第二条下列争议,应作为劳动争议处理:

- (一)劳动者与用人单位因养老保险缴费年限发生的争议;
- (二)劳动者以用人单位未为其缴纳社会保险费导致其损失为由,要求用人单位支付工伤、失业、生育、医疗待遇和赔偿金的;
- (三)劳动者以用人单位降低其缴纳社会保险费的工资标准导致其损失为由,要求用人单位承担工伤待遇损失的。

第三条劳动者与用人单位因住房公积金产生的争议,不作劳动争议处理。

第四条人民法院受理破产申请后,劳动者对管理人列出的工资、经济补偿金、医疗费用等劳动债权清单提出异议,管理人不予更正,劳动者可以直接向受理破产申请的人民法院起诉。受理破产申请的法院是中级法院的,中级法院可以指定基层人民法院审理上述案件。

第五条劳动者与不具备合法经营资格的用人单位因用工关系产生争议,应当将该单位或出资人列为当事人。不具备合法经营资格的用人单位借用他人营业执照经营的,还应当将被借用营业执照的一方列为当事人。在建设工程施工过程中,作为实际施工人的自然人与其非法招用的劳动者产生纠纷,劳动者申请仲裁或起诉的,应将具备用工主体资格的发包方列为被上诉人或被告,并可视案情需要将施工的自然人的自然人、转包人、违法分包人列为被上诉人或被告、第三人。

第六条当事人以劳动争议仲裁委员会逾期未作出受理决定而直接向人民法院提

起诉讼的，劳动者应向人民法院提交劳动争议仲裁委员会出具的已接受其申请材料的凭证及尚未受理的证明。当事人以劳动争议仲裁委员会逾期未作出仲裁裁决而直接向人民法院提起诉讼的，人民法院经审查确实不存在鉴定、延误送达、移送管辖、案件排期及等待工伤复议、诉讼、评残结论等中止事由的，应予以受理。人民法院在审查时可以要求劳动者提供劳动争议仲裁委员会出具的《受理通知书》及尚未裁决的证明。人民法院决定受理劳动者申请的，应在受理之日起五日内书面通知劳动争议仲裁委员会终结有关案件的仲裁。

第七条《劳动争议调解仲裁法》中规定的“三日”、“五日”，均指工作日。

第八条劳动者依据《劳动合同法》第三十条第二款和《劳动争议调解仲裁法》第十六条的规定向人民法院申请支付令的，应符合《民事诉讼法》第十七章的规定。

人民法院裁定终结督促程序后，劳动者应先就劳动争议事项向劳动争议仲裁委员会申请仲裁。

第九条《劳动争议调解仲裁法》第四十七条应作如下理解：

（一）劳动者追索劳动报酬、工伤医疗费、经济补偿金或赔偿金，其仲裁请求涉及数项，分项计算数额不超过当地最低工资标准十二个月金额的，仲裁裁决为终局裁决；

（二）劳动者要求按国家法定标准执行工作时间、享受休息休假的争议，以及劳动者与用人单位发生本意见第二条规定的社会保险争议，仲裁裁决为终局裁决。

申请人的仲裁请求同时涉及仲裁终局裁决和非终局裁决事项的，劳动争议仲裁委员会应分别就仲裁终局裁决与非终局裁决事项作出裁决。

第十条劳动者就终局裁决向基层人民法院起诉，而用人单位依据《劳动争议调解仲裁法》第四十九条的规定向中级人民法院申请撤销仲裁裁决的，中级人民法院应不予受理。已经受理的，应裁定终结诉讼。但基层人民法院审理案件时，对用人单位的抗辩应一并处理。

劳动者起诉后撤诉或因超过起诉期间被驳回起诉的，用人单位自收到裁定书之日起三十日内可以向劳动争议仲裁委员会所在地的中级人民法院申请撤销仲裁裁决。

中级人民法院在受理用人单位撤销仲裁裁决的申请后，或基层人民法院在受理劳动者对于终局裁决不服的案件后，均应在开庭审理前审查是否同时存在撤销仲裁之诉

和劳动者不服终局裁决的起诉，以便两级法院就有关案件进行协调和沟通。

第十一条 劳动争议仲裁过程中，用人单位可能出现逃匿、转移财产等情形的，劳动者可以凭劳动争议仲裁委员会《受理通知书》向用人单位住所地人民法院提出财产保全申请。

劳动者的申请符合《民事诉讼法》第九十三条规定的，人民法院依法作出财产保全的裁定。劳动者在仲裁裁决生效或者人民法院判决生效后三个月内未申请人民法院强制执行，用人单位要求解除保全的，人民法院应当解除保全措施。劳动者确因经济困难不能提供财产担保的，也可提供保证人担保。

第十二条 劳动争议仲裁委员会依据《劳动争议调解仲裁法》第四十四条的规定将先予执行裁决移送被执行人住所地或财产所在地的基层人民法院执行时，应向人民法院提供以下材料：

- (一) 移送执行函（函中注明案件双方当事人的联系电话及住所）；
- (二) 先予执行的裁决书；
- (三) 裁决书的送达证明。

第十三条 在人民法院审查用人单位撤销仲裁裁决的申请是否符合法定条件的期间，人民法院可不停止生效仲裁裁决的执行。

用人单位向人民法院申请撤销仲裁裁决被驳回的，又在执行程序中以相同理由提出不予执行申请的，人民法院不予支持。

第十四条 根据审理撤销仲裁裁决、执行仲裁裁决案件的实际需要，人民法院可以向作出原裁决的劳动争议仲裁委员会调阅案卷。在收到人民法院的函件后，劳动争议仲裁委员会应于五日内提供案卷。

人民法院在办理上述案件过程中作出的裁定，应当送作出原裁决的劳动争议仲裁委员会。

第十五条 用人单位没有为劳动者缴纳工伤保险费，劳动者请求用人单位承担其工伤待遇，却不能提供劳动行政部门作出的工伤认定书的，劳动争议仲裁委员会应裁决不予支持，人民法院应裁定驳回其起诉。但下列情形除外：

- (一) 用人单位对构成工伤并无异议的；
- (二) 非法用工单位与非法用工中的伤亡人员就赔偿问题发生争议的。

第十六条 2008年5月1日后受理的劳动争议案件适用《劳动争议调解仲裁法》，但对于2008年5月1日前发生的劳动争议案件，有关仲裁时效和起诉权的规定仍适用《劳动法》。

第十七条 用人单位招用已达法定退休年龄但未享受养老保险待遇或退休金的人员，双方形成的用工关系可按劳动关系处理。

用人单位招用已享受养老保险待遇或退休金的人员，双方形成的用工关系应按雇佣关系处理。

第十八条 外国人、港澳台地区居民在中国内地就业产生的用工关系应按劳动关系处理。外国人、港澳台居民未依法办理《外国人就业证》、《台港澳人员就业证》的，应认定有关劳动合同为无效劳动合同。外国人、港澳台地区居民已经付出劳动的，由用人单位参照合同约定支付劳动报酬。

第十九条 外国企业常驻代表机构、港澳台地区企业未通过涉外就业服务单位直接招用中国雇员的，应认定有关用工关系为雇佣关系。

第二十条 用人单位在《劳动合同法》实施前制定的规章制度，虽未经过《劳动合同法》第四条第二款规定的民主程序，但内容未违反法律、行政法规及政策规定，并已向劳动者公示或告知的，可以作为用人单位用工管理的依据。

《劳动合同法》实施后，用人单位制定、修改直接涉及劳动者切身利益的规章制度或者重大事项时，未经过《劳动合同法》第四条第二款规定的民主程序的，原则上不能作为用人单位用工管理的依据。但规章制度或者重大事项的内容未违反法律、行政法规及政策规定，不存在明显不合理的情形，并已向劳动者公示或告知，劳动者没有异议的，可以作为劳动仲裁和人民法院裁判的依据。

第二十一条 自用工之日起一个月内，劳动者与用人单位就签订劳动合同事项协商不一致，用人单位提出终止劳动关系的，无须支付经济补偿金。

自用工之日起超过一个月不足一年，用人单位有足够证据证明其与劳动者未能签订书面劳动合同的原因完全在劳动者，且用人单位无过错的，用人单位无须支付两倍工资。但用人单位提出终止劳动关系的，须支付经济补偿金。

第二十二条 用人单位恶意规避《劳动合同法》第十四条的下列行为，应认定为无效行为，劳动者的工作年限和订立固定期限劳动合同的次数仍应连续计算：

- (一) 为使劳动者“工龄归零”，迫使劳动者辞职后重新与其签订劳动合同的；
- (二) 通过设立关联企业，在与劳动者签订合同时交替变换用人单位名称的；
- (三) 通过非法劳务派遣的；
- (四) 其他明显违反诚信和公平原则的规避行为。

《劳动合同法》实施前，用人单位已按国家和省有关主辅分离辅业改制、劣势企业关闭退出和富余人员安置等规定，办理了解除劳动合同手续并依法支付经济补偿金的，工作年限不连续计算。

第二十三条 用人单位变更名称、法定代表人、主要负责人或者投资人，不影响劳动合同的履行，劳动者的工作年限应连续计算。劳动者要求解除劳动关系并由用人单位（投资人）支付经济补偿金的，不予支持。

第二十四条 劳动者以用人单位在《劳动合同法》实施前未按当地规定的险种缴纳社会保险费为由，请求解除劳动合同并要求用人单位支付经济补偿金的，不予支持。

《劳动合同法》实施后，用人单位未按当地规定的险种为其建立社会保险关系，劳动者请求解除劳动合同并要求用人单位支付经济补偿金的，应予支持，但经济补偿金支付年限应从2008年1月1日起开始计算。劳动者以用人单位未足额缴纳或欠缴社会保险费为由请求解除劳动合同并要求用人单位支付经济补偿金的，不予支持。

第二十五条 劳动者以用人单位在《劳动合同法》实施前未及时足额支付劳动报酬为由，请求解除劳动合同并要求用人单位支付经济补偿金的，除符合最高人民法院《关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释》第十五条规定的情形外，不予支持。

《劳动合同法》实施后，用人单位未及时足额支付劳动报酬，劳动者请求解除劳动合同并要求用人单位支付经济补偿金的，应予支持。

第二十六条 用人单位与劳动者约定竞业限制的，应当在竞业限制期限内依法给予劳动者经济补偿，用人单位未按约定支付经济补偿的，劳动者可要求用人单位履行竞业限制协议。至工作交接完成时，用人单位尚未承诺给予劳动者经济补偿的，竞业限制条款对劳动者不具有约束力。

用人单位在竞业限制条款中约定的违约金过分高于实际损失的，人民法院、劳动争议仲裁委员会可以依据劳动者的请求对违约金数额予以适当调整。

第二十七条 用人单位与劳动者虽然未书面约定实际支付的工资是否包含加班工

资，但用人单位有证据证明已支付的工资包含正常工作时间工资和加班工资的，可以认定用人单位已支付的工资包含加班工资。但折算后的正常工作时间工资低于当地最低工资标准的除外。

第二十八条劳动者加班工资计算基数为正常工作时间工资。用人单位与劳动者约定奖金、津贴、补贴等项目不属于正常工作时间工资的，从其约定。但约定的正常工作时间工资低于当地最低工资标准的除外。

第二十九条 劳动者主张加班工资，用人单位否认有加班的，用人单位应对劳动者未加班的事实负举证责任。用人单位以已经劳动者确认的电子考勤记录证明劳动者未加班的，对用人单位的电子考勤记录应予采信。劳动者追索两年前的加班工资，原则上由劳动者负举证责任，如超过两年部分的加班工资数额确实无法查证的，对超过两年部分的加班工资一般不予保护。

第三十条 《劳动合同法》实施后，用人单位违法解除或终止劳动合同，劳动者不要求继续履行劳动合同或劳动合同已经不能继续履行的，用人单位应按《劳动合同法》的规定向劳动者支付赔偿金，但无需另行支付经济补偿金。该赔偿金的计算年限自2008年1月1日起计算，以前的工作年限按《劳动法》的规定计算赔偿金。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，应当向劳动者每月支付二倍的工资，其中加付的一倍工资不纳入经济补偿金或赔偿金的计算基数。

第三十一条本意见自下发之日起，供全省各级人民法院、劳动争议仲裁委员会参照执行。本意见施行前下发的有关指导意见与本意见规定不一致的，以本意见的规定为准。法律法规、司法解释有新规定的，按法律法规、司法解释的规定执行。

广东省高级人民法院、广东省劳动人事争议仲裁委员会

《关于审理劳动人事争议案件若干问题的座谈会纪要》

(2012年6月21日 粤高法〔2012〕284号)

为公正、高效处理劳动人事争议纠纷，统一劳动人事争议案件的裁判标准，广东省高级人民法院与广东省劳动人事争议仲裁委员会于2012年6月21日在佛山召开了关于审理劳动人事争议案件若干问题的座谈会，对《中华人民共和国社会保险法》（以下简称《社会保险法》）、《中华人民共和国劳动法》（以下简称《劳动法》）、《中华人民共和国劳动合同法》（以下简称《劳动合同法》）、《中华人民共和国劳动争议调解仲裁法》（以下简称《劳动争议调解仲裁法》）的适用以及进一步加强庭审程序衔接问题进行了讨论，形成如下会议纪要：

一、适用《社会保险法》的若干意见

1. 用人单位为劳动者建立了社会保险关系，劳动者垫付用人单位未依法缴纳的社会保险费用后，请求用人单位返还的，作为劳动争议处理。

劳动者请求用人单位为其建立社会保险关系或缴纳社会保险费的，不作为劳动争议处理，劳动人事仲裁机构或人民法院应告知劳动者向社会保险行政部门或社会保险费征收机构寻求解决。

2. 劳动者以基本养老保险费的缴纳年限、缴纳数额不足为由，请求用人单位赔偿基本养老保险待遇损失的，不作为劳动争议处理。

按照省人力资源和社会保障厅、省地方税务局《关于妥善解决企业未参保人员纳入企业职工基本养老保险问题的通知》（粤人社发〔2011〕237号）的规定，可纳入我省城镇企业职工基本养老保险统筹的劳动者请求用人单位赔偿基本养老保险待遇损失的，不作为劳动争议处理，劳动人事仲裁机构或人民法院应告知劳动者向相关社会保险经办机构寻求解决。

劳动者以用人单位未为其办理基本养老保险手续，且社会保险经办机构不能补办导致其无法享受基本养老保险待遇为由，请求用人单位赔偿损失的，应同时符合以下条件：

（一）用人单位未为劳动者参加基本养老保险；

(二) 社会保险经办机构明确答复不能补办;

(三) 劳动者达到法定退休年龄。

3. 用人单位未依法为劳动者参加基本医疗保险或者缴纳基本医疗保险费，但劳动者符合享受基本医疗保险待遇的条件，劳动者请求用人单位参照基本医疗保险待遇标准报销医疗费用的，应予支持。

4. 用人单位未为劳动者建立工伤保险关系，且用人单位以及受到事故伤害或者被诊断、鉴定为职业病的劳动者或者其近亲属、工会组织均未在法定期间申请工伤认定，以致社会保险行政部门不受理工伤认定申请，劳动者或者其近亲属请求用人单位支付工伤保险待遇的，劳动人事仲裁机构或人民法院应驳回劳动者或者其近亲属的申请或起诉，并告知其可另行主张人身损害赔偿，但用人单位对构成工伤无异议的除外。

5. 劳动者因生产安全事故发生工伤或被诊断患有职业病，劳动者或者其近亲属已享受工伤保险待遇，又依据《最高人民法院关于确定民事侵权精神损害赔偿责任若干问题的解释》的规定向人民法院请求用人单位承担精神损害赔偿责任的，应予支持。

6. 劳动者工伤由第三人侵权所致，第三人已承担侵权赔偿责任，劳动者或者其近亲属又请求用人单位支付工伤保险待遇的，用人单位所承担的工伤保险责任应扣除医疗费、辅助器具费和丧葬费。

7. 用人单位未依法为劳动者缴纳工伤保险费，在劳动者发生工伤事故且与用人单位解除或终止劳动关系后，经劳动能力鉴定委员会确认需安装辅助器具，工伤职工请求一次性支付辅助器具更换费用的，应予支持。辅助器具更换费用的确定应以《广东省工伤康复服务项目及支付标准（试行）》规定的标准为依据，辅助器具更换周期的确定应以与统筹地区社会保险经办机构签订服务协议的辅助器具配制机构出具的意见为依据，计至工伤职工 70 周岁止。

8. 无营业执照或者未经依法登记、备案的单位和被依法吊销营业执照或者撤销登记、备案的单位的职工以及用人单位使用的童工发生工伤事故，确需安装辅助器具，除《非法用工单位伤亡人员一次性赔偿办法》规定的一次性赔偿金外，职工及童工请求一次性支付辅助器具安装和更换费用的，应予支持。辅助器具安装和更换费用的确定应以与统筹地区社会保险经办机构签订服务协议的辅助器具配制机构出具的关于

辅助器具安装费用及更换周期的意见为依据，计至 70 周岁止。配制机构出具的标准超过社会保险经办机构参考标准的，以社会保险经办机构参考标准确定。

9. 用人单位未依法缴纳工伤保险费，劳动者或者其近亲属依法获得工伤保险基金先行支付的工伤保险待遇后，又请求用人单位支付其他工伤保险待遇的，作为劳动争议处理。

10. 用人单位未依法为劳动者参加失业保险或者擅自停止缴纳失业保险费，劳动者依法向用人单位主张一次性赔偿的，应予支持。

二、适用《劳动合同法》的若干意见

11. 用人单位招用已达到法定退休年龄但尚未享受基本养老保险待遇或领取退休金的劳动者，双方形成的用工关系按劳务关系处理。

12. 下列争议，作为劳动争议处理：

- （一）劳动者与用人单位因应休未休年休假额外支付的工资产生的争议；
- （二）劳动者与用人单位因发放高温津贴产生的争议；
- （三）劳动者与不具备合法经营资格的用人单位因用工关系产生的争议。

13. 发包单位将建设工程非法发包给不具有用工主体资格的实际施工人或者承包单位将承包的建设工程非法转包、分包给不具有用工主体资格的实际施工人，实际施工人招用的劳动者请求确认其与具有用工主体资格的发包单位或者承包单位存在劳动关系的，不予支持，但社会保险行政部门已认定工伤的除外。劳动者依照《广东省工资支付条例》第三十二条、第三十三条或《广东省工伤保险条例》第四十二条与《非法用工单位伤亡人员一次性赔偿办法》直接主张由发包单位或者承包单位与实际施工人连带承担相应法律责任的，应予支持。

14. 用人单位自用工之日起超过一个月不满一年未与劳动者签订书面劳动合同，或者虽通知劳动者签订书面劳动合同但劳动者无正当理由拒不签订，用人单位未书面通知劳动者终止劳动关系的，应当按照《劳动合同法》第八十二条的规定向劳动者每月支付二倍工资。二倍工资差额的计算基数为劳动者当月应得工资，但不包括以下两项：

（一）支付周期超过一个月的劳动报酬，如季度奖、半年奖、年终奖、年底双薪以及按照季度、半年、年结算的业务提成等；

(二) 未确定支付周期的劳动报酬，如一次性的奖金，特殊情况下支付的津贴、补贴等。

劳动合同期满后，劳动者仍在原用人单位工作，超过一个月双方仍未续订劳动合同，劳动者根据《劳动合同法》第八十二条第一款规定要求支付二倍工资的，应予支持。

用人单位自用工之日起满一年不与劳动者订立书面劳动合同，视为已订立无固定期限劳动合同，用人单位无需再支付用工之日起满一年后未订立书面劳动合同的二倍工资。

15. 劳动者请求用人单位支付未订立书面劳动合同二倍工资差额的仲裁时效，依照《劳动争议调解仲裁法》第二十七条第一款、第二款和第三款的规定确定。用人单位应支付的二倍工资差额，从劳动者主张权利之日起往前倒推一年，按月计算，对超过一年的二倍工资差额不予支持。

16. 劳动者依法请求用人单位与其订立无固定期限劳动合同的，劳动人事仲裁机构或人民法院应告知其将诉讼请求变更为确认双方已存在无固定期限劳动合同。劳动者拒不变更的，劳动人事仲裁机构或人民法院不得直接判令双方当事人签订无固定期限劳动合同，但可以依法确认双方当事人已存在事实上的无固定期限劳动关系，并参照原劳动合同确定双方的权利义务内容。

17. 劳动者虽然符合《劳动合同法》第十四条第二款规定的可签订无固定期限劳动合同的条件，但与用人单位签订了固定期限劳动合同，在该固定期限劳动合同履行过程中又请求与用人单位重新签订无固定期限劳动合同的，不予支持。

18. 劳动合同期限届满后，因符合《劳动合同法》第四十二条第（一）、（三）、（四）项规定情形而续延，致使劳动者在同一用人单位连续工作满十年，劳动者提出签订无固定期限劳动合同的，应予支持。

19. 用人单位与劳动者已连续订立二次固定期限劳动合同，第二次固定期限劳动合同期满后，劳动者提出续订劳动合同并要求订立无固定期限劳动合同的，用人单位应当与劳动者订立无固定期限劳动合同。

20. 劳动关系符合《劳动合同法》第十四条第二款第（一）、（二）、（三）项规定的情形，用人单位在与劳动者协商订立无固定期限劳动合同时提出的劳动报酬、

劳动条件、福利待遇等事项不低于订立无固定期限劳动合同前的标准，劳动者拒不接受的，用人单位可以终止合同，且无须向劳动者支付经济补偿。

21. 劳动合同解除或者终止后，劳动者请求用人单位支付竞业限制经济补偿或以用人单位未按约定支付竞业限制经济补偿为由要求不履行竞业限制义务，用人单位以其在劳动关系存续期间向劳动者支付的劳动报酬已包含竞业限制经济补偿进行抗辩的，不予支持。

22. 用人单位调整劳动者工作岗位，同时符合以下情形的，视为用人单位合法行使用工自主权，劳动者以用人单位擅自调整其工作岗位为由要求解除劳动合同并请求用人单位支付经济补偿的，不予支持：

- (一) 调整劳动者工作岗位是用人单位生产经营的需要；
- (二) 调整工作岗位后劳动者的工资水平与原岗位基本相当；
- (三) 不具有侮辱性和惩罚性；
- (四) 无其他违反法律法规的情形。

用人单位调整劳动者的工作岗位且不具有上款规定的情形，劳动者超过一年未明确提出异议，后又以《劳动合同法》第三十八条第一款第（一）项规定要求解除劳动合同并请求用人单位支付经济补偿的，不予支持。

23. 劳动者依据《劳动合同法》第八十五条的规定请求用人单位支付赔偿金的，应提供劳动行政部门责令用人单位限期支付劳动报酬、加班费、经济补偿或低于最低工资标准的差额部分的限期整改指令书和用人单位逾期未履行该指令书的证据。

24. 劳动者依照原劳动部《违反和解除劳动合同的经济补偿办法》第三条、第四条和第十条的规定，请求用人单位支付经济补偿金或额外经济补偿金的，不予支持。

25. 用人单位与劳动者约定无须办理社会保险手续或将社会保险费直接支付给劳动者，劳动者事后反悔并要求用人单位为其办理社会保险手续及缴纳社会保险费的，如用人单位在合理期限内拒不办理，劳动者以此为由解除劳动合同并请求用人单位支付经济补偿，应予支持。

26. 用人单位违法解除劳动合同，劳动者以用人单位未提前三十日以书面形式通知劳动者本人或额外支付劳动者一个月工资为由，向用人单位主张一个月工资赔偿的，不予支持。

27. 用人单位未按照法律规定或劳动合同的约定及时足额向劳动者发放年休假工资或高温津贴，劳动者以用人单位未及时足额支付劳动报酬为由主张解除劳动合同的，不予支持。

28. 劳动者以其他理由提出辞职，后又以用人单位存在《劳动合同法》第三十八条规定情形迫使其辞职为由，请求用人单位支付经济补偿的，不予支持。

29. 劳动者与用人单位均无法证明劳动者的离职原因，可视为用人单位提出且经双方协商一致解除劳动合同，用人单位应向劳动者支付经济补偿。

30. 用人单位经营者欠薪逃匿，劳动者依照《劳动合同法》第四十六条请求用人单位支付经济补偿的，应予支持，经济补偿的支付年限从用工之日起算。

31. 用人单位支付劳动者解除或终止劳动合同经济补偿或赔偿金时，经济补偿或赔偿金的基数为劳动者在劳动合同解除或者终止前十二个月的平均工资，不再以《劳动合同法》施行之日为界分段计算。劳动者月工资高于用人单位所在地上年度职工月平均工资三倍的，经济补偿或赔偿金的基数按用人单位所在地上年度职工月平均工资的三倍计算。

32. 劳动关系建立于《劳动合同法》实施以前，但在《劳动合同法》实施后解除或终止的，经济补偿按以下方式计算：

（一）按《劳动合同法》实施以前的有关规定，用人单位无需支付经济补偿的，劳动者工作年限自《劳动合同法》实施之日起计算。

（二）按《劳动合同法》实施前后的有关规定，用人单位均需支付经济补偿的，劳动者的工作年限自用工之日起计算。用人单位与劳动者协商一致解除劳动合同或因劳动者不能胜任工作、经培训及调整岗位仍不能胜任工作为由解除劳动合同的，劳动者在《劳动合同法》实施以前计发经济补偿的工作年限最多不超过 12 年。劳动者月工资高于用人单位所在地上年度职工月平均工资的三倍，非因协商一致或劳动者不能胜任工作为由解除劳动合同的，劳动者在《劳动合同法》实施以前计发经济补偿的工作年限自用工之日起计算，不受最多不超过 12 年的限制。

33. 《劳动合同法》实施后，用人单位违法解除或终止劳动合同，劳动者不要求继续履行劳动合同或劳动合同已经不能继续履行的，用人单位应按《劳动合同法》的

规定向劳动者支付赔偿金，但无须另行支付经济补偿。赔偿金的计算年限自实际用工之日起计算，应包括劳动者在《劳动合同法》实施前的工作年限。

34. 不具备合法经营资格的用人单位或者其出资人承担责任的范围应以《劳动合同法》第九十三条规定的内容为限，即劳动报酬、经济补偿、赔偿金和损害赔偿责任，但不包括未签订书面劳动合同的二倍工资差额。劳动者因不具备合法经营资格的用人单位未为其参加社会保险导致的医疗费、失业待遇及生育待遇损失属于损害赔偿责任范围。

三、适用《劳动争议调解仲裁法》的若干意见

35. 因申请人无正当理由拒不到庭或者未经仲裁庭许可中途退庭，劳动人事仲裁机构按自动撤回申请处理后，申请人又提起仲裁申请，劳动人事仲裁机构作出不予受理的决定或通知，申请人不服该决定而向人民法院起诉的，人民法院应予受理。人民法院经审查认为确属无正当理由拒不到庭或者未经仲裁庭许可中途退庭的，应裁定驳回起诉。

36. 当事人不服劳动人事仲裁机构以不符合《劳动争议调解仲裁法》第二十一条第二款有关地域管辖的规定为由作出不予受理的决定或通知，向人民法院提起诉讼的，人民法院不予受理。

37. 劳动者依据《劳动合同法》第四十条或第八十二条的规定请求用人单位支付代通知金或二倍工资的，作为《劳动争议调解仲裁法》第四十七条第一项规定的追索赔偿金争议处理。

劳动者请求用人单位支付工伤保险待遇，属于《劳动争议调解仲裁法》第四十七条第二项规定的因执行国家的劳动标准在社会保险方面发生的争议，劳动人事仲裁机构对此作出的仲裁裁决为终局裁决。

38. 劳动人事仲裁机构作出的裁决书应当载明该裁决是否属于终局裁决。

劳动人事仲裁机构作出的裁决书已载明该裁决是否属于终局裁决，当事人在诉讼中又对有关终局裁决、非终局裁决的认定提出异议的，人民法院不予审查。

39. 除《劳动争议调解仲裁法》第四十九条第一款第（四）、（五）项规定的情形外，用人单位以认定事实错误为由申请撤销终局裁决的，人民法院不予支持。

劳动人事仲裁机构违反法定程序足以影响裁决结果的，用人单位可以依据《劳动争议调解仲裁法》第四十九条第一款第（三）项规定申请撤销仲裁裁决。

40. 劳动人事仲裁机构以当事人的仲裁申请超过法定时效期间为由作出不予受理的决定，当事人不服该决定而向人民法院起诉的，人民法院应当对当事人的仲裁申请是否超过法定时效期间进行审查。

当事人在仲裁阶段未提出超过仲裁申请期间的抗辩，劳动人事仲裁机构对此进行了实体性裁决，应视为当事人在仲裁阶段放弃了申请仲裁期限的程序性抗辩权利。当事人在诉讼阶段以此为由进行抗辩的，人民法院不予支持。

41. 劳动人事争议仲裁机构、人民法院审理人事争议案件适用《劳动争议调解仲裁法》、《劳动人事争议调解仲裁办案规则》的规定，《劳动争议调解仲裁法》、《劳动人事争议调解仲裁办案规则》未作规定的，依照《人事争议处理规定》有关规定执行。

劳动人事争议仲裁机构、人民法院审理人事争议案件，应当以国家有关人事法律、行政法规和国家有关人事政策为依据，国家法律、行政法规没有规定或者规定不明确的，可以参照部门规章、地方性法规、政府规章及人事管理规范性文件处理。规章及规范性文件没有规定或者规定不明确的，且纠纷性质与劳动争议类似的，可参照《劳动法》、《劳动合同法》等规定处理。

42. 工作人员对事业单位主管部门作出的辞退、除名、辞聘、提前解除聘用合同、按自动离职处理、不批准辞职（离职）等人事处理决定不服而申请仲裁或提起诉讼的，应当将事业单位及其主管部门作为共同当事人。

43. 当事人申请人事争议仲裁的时效期间为一年，法律、行政法规或者国务院另有规定的，依照其规定。

44. 本纪要自下发之日起，供全省各级人民法院、劳动人事争议仲裁机构参照执行。本纪要下发前的有关指导意见与本纪要规定不一致的，以本纪要为准。法律法规、司法解释有新规定的，按法律法规、司法解释的规定执行。

广州市中级人民法院关于审理劳动争议案件若干问题的意见综述

(2001年12月25日 穗中法发[2001]67号)

为了正确审理劳动争议案件，依法调整劳动关系，本院在劳动争议案件审理中的有关问题进行了调研，并根据《中华人民共和国劳动法》的有关规定，提出了一些具体处理意见，在征求了广州市劳动和社会保障局意见的基础上，经本院审判委员会第44次会议讨论通过，现将意见综述如下：

一、当事人对劳动仲裁不服，在向人民法院起诉时，新增诉讼请求的，如果该请求与仲裁申请中的请求是基于同一劳动关系产生的，且该请求与仲裁争议具有不可分性，人民法院可一并审理。

二、社会保险费纠纷属于《劳动法》调整范围。劳动者因用人单位不缴或少缴社会保险费不服仲裁，提起诉讼的，人民法院应予受理。

三、住房公积金不属于《劳动法》强制缴交及《中华人民共和国企业劳动争议处理条例》的调处范围，故不属于劳动争议案件的调整范围。但是，如果双方当事人在劳动合同中对住房公积金有约定，且该争议经过劳动仲裁的，人民法院可一并审理。

四、起字号的个体工商户（例如某饭店、酒楼），以该字号名义对外招聘工人，进行经营活动，而产生的劳动争议，应以营业执照登记的户主（业主）为诉讼当事人，在诉讼文书中注明系某字号的户主。

五、对劳动者已按与用人单位签订的协议领取经济补偿金，但事后反悔，要求用人单位依法支付未足额给付的经济补偿金的，应区别情况作出处理。

(1)劳动者与用人单位一劳动合同的解除达成协议，但对经济补偿有异议，劳动者按协议领取经济补偿金后，在法定期限内申请仲裁、提起诉讼，要求用人单位依法支付未足额给付的经济补偿金的，人民法院应予支持。不得以双方已达成协议，且实际履行为由，驳回劳动者的诉讼请求。但如果协议中已明确告知政策规定的补偿标准及本协议的补偿数额，并且是劳动者本人自愿签订的，即使补偿的标准及数额低于法律或法规规定，也应视为其放弃权利，驳回诉讼请求。

(2)劳动者领取经济补偿金后，对用人单位未依法足额给付的经济补偿金，超过法定期限申请仲裁后提起诉讼的，应驳回劳动者的诉讼请求。

六、劳动合同终止时，劳动者的生活补助费计算基数高于上年度本市（或县级市，下同）职工月平均工资 3 倍的，应以上年度本市职工月平均工资 3 倍为基数计发；解除劳动合同时，经济补偿金的计算基数则不过去封顶。

七、劳动者与用人单位存在事实劳动关系，并已达到法定退休年龄，但未达到缴纳养老保险费年限而仍在用人单位继续工作的，用人单位终止劳动关系时，支付给劳动者的生活补助费只能计算到劳动者的法定退休年龄时止。劳动者超过退休年龄继续工作（包括返聘）所产生的纠纷，不属于劳动争议案件调整范围，可按一般民事法律关系处理。

八、用人单位的规章制度不违反法律禁止性规定，且已告知劳动者的（或者劳动者应当知道的），可以作为调处劳动争议案件的相关依据。（告知是指将规章制度在用人单位的公共场所张贴、让劳动者签收等形式。）

九、关于缴交社会保险费的纠纷仲裁期限问题。

(1)劳动者有正当理由不知道权利被侵害的，仲裁期限为从解除、终止劳动合同（或劳动关系）的手续办理完毕之日起 60 天内。

(2)在劳动合同存续期间，劳动者知道自己的权利被侵害，向用人单位提出异议后，用人单位借故拖延，或以解雇、辞退相威胁而未予解决，劳动者提供了相关证据的，仲裁期限应按上列第(1)种情况计算。

十、关于用有单位缴交社会保险费起始时间的计算问题。

(1)用人单位缴交社会保险费的起点原则 上应从用人单位被地级市人民政府按国家有关法律、行政法规或规章纳入社会保险范围之时起开始计算。

(2)鉴于广州市在参加社会保险、社会保险费缴纳方面的改革试点起步较早，全国各地做法不一致，没有统一的法律加以规范，在 1998 年 7 月 1 日国务院明确规定建立统一的养老金储蓄个人账户前，用人单位没有足额缴交社会保险费的现象很普遍，且当时并未实行强制缴交，从个人账户设立后才开始强制缴交，而 1998 年 7 月 1 日前，是否足额缴交社会保险费对劳动者个人领取养老金影响不大。据此，以 1998 年 7 月 1 日作为强制用人单位足额缴交社保费的起始时间。1998 年 7 月 1 日前，用人单位仅是未足额缴交社会保险费的，不再判决补缴未足额部分。

(3)1998 年 7 月 1 日前，用人单位已参加社会保险，但未给个别劳动者（包括具有

劳动合同或事实劳动关系) 缴交社会保险费的, 劳动者在法定期限内申请仲裁, 提起诉讼的, 应判决用人单位按当时政策规定补缴社会保险费。

十一、工伤赔偿案件中, 赔偿的主体是政府劳动保险部门在确认工伤时确定的用人单位, 而不论该单位是否与劳动者存在直接的劳动关系; 劳动者所享受的工伤保险待遇, 按现行法律、法规或规章执行。

十二、工伤赔偿的仲裁期限, 应从伤残等级鉴定送达当事人之日起计算。

工伤事故发生后, 用人单位没有向社会保险部门申报工作, 亦无对劳动者的伤残程度进行鉴定, 而是与劳动者或其亲属私下订阅工伤补偿协议, 劳动者或其亲属已签收补偿费。事后, 劳动者又申请工伤确认及伤残等级评定, 并在法定期限内申请仲裁、提起诉讼, 要求用人单位依法支付未足额给付的工伤补偿费的, 人民法院不予支持。不得以超过法定期限驳回劳动者的诉讼请求。

十三、关于工伤赔偿案件中, 劳动者有明显过错可否减轻用人单位赔偿责任的问题。

(1) 审理工伤赔偿案件, 适用雇主责任原则和无条件赔偿原则(又称无责任赔偿原则) 归责。只要劳动者被劳动保险部门确认为工伤, 一无条件享受工伤保险待遇, 不论劳动者是否有过错, 都不得减轻用人单位的赔偿责任。

(2) 根据《劳动法》规定, 用人单位必须对劳动者进行必要的岗位培训和劳动安全卫生教育, 如果用人单位没有履行上述义务, 导致劳动者违章操作造成工伤事故的, 应由用人单位承担过错责任, 而不应追究劳动者的责任。

(3) 对劳动者违反劳动规章或操作规程的处罚与工伤赔偿是两种不同的法律关系, 不属于工伤赔偿案件的调整范围, 不得在工伤赔偿案件中一并处理。

广州市中级人民法院关于审理劳动争议案件的参考意见 (2009 年)

第一条 人民法院审理劳动争议案件，应当适用劳动法关于仲裁时效特别规定和民事诉讼时效之规定。对于劳动者追索两年内的劳动报酬和加班工资，人民法院应当予以保护。

第二条 对于发生在 2008 年 5 月 1 日以前涉及劳动报酬和加班工资的劳动争议，应当按照《劳动法》关于提起仲裁期限为劳动争议发生之日起六十日的规定执行。

第三条 在审理加班工资争议案件中，对于用人单位实行不同于标准工时制的固定工时制度（如固定每月工作五天，每天 9 小时或每周工作六天，每天 8 小时等）且劳动报酬固定的双固定（固定时间，固定报酬）用工模式，劳动者要求用人单位支付加班工资的，用人单位主张劳动者入职时已明确的工资已包含全部工作时间（标准工作时间和加班工作时间）内的标准工资和加班工资并提供证据予以证实，且该工资收入不低于以当地最低工资数额作为标准工时工资折算的工资总额，人民法院对该抗辩理由可予以采信，不再另行计算加班工资。

第四条 对于在岗时间较长、劳动强度不大、工作时间灵活或间断性、具有提成性工资性质的特殊行业岗位，人民法院应当充分考虑上述岗位的工作性质和当地劳动力价格水平，且尊重该行业和岗位工资支付的行规惯例，对于劳动者主张在标准工作时间以外的加班工资，从严掌握。

第五条 用人单位应发工资高于劳动合同约定的标准工资，如果应发工资列明工资构成的，但工资构成无加班工资项目且用人单位亦不能证实其他收入项目具有加班工资性质的，应当认定用人单位未支付加班工资；如果应发工资未明确工资构成的，用人单位主张劳动者实发工资中包含加班费并提供证据予以证实，且符合当地行业正常收入水平的，人民法院可以结合案情予以确认。

第六条 双方当事人约定加班工资基数的，按照约定处理；劳动合同没有约定加班工资计算基数但约定标准工资的，按劳动合同约定的标准工资作为加班工资计算基数；

劳动合同没有约定标准工资但实发工资列明工资构成的，可按实发工资中标准（基本）工资作为加班工资的计算基数，其中不得将加班工资重复算入加班工资计算基数内，且加班工资的计算基数不得低于当地最低工资标准。

劳动合同既没有约定标准工资且实发工资中未明确具体工资构成的，如双方当事人对此长期未提出异议，可以参照当地同行业工资收入水平和双方当事人劳动惯例确定加班工资计算基数，但该加班工资计算基数不得低于当地最低工资标准。

第七条 实行劳动计件工资的，但根据现在证据无法查明正常工作时间工作定额的，且按照劳动者的月工资数额、工作时间和法定加班倍数折算出的月标准工时工资数额不低于当地最低工资标准的，则视为劳动者在延长工作时间、休息日和法定节假日工作的劳动报酬具有加班工资性质，认定用人单位支付的工资中已包含了加班工资。

第八条 劳动者追索两年内的加班工资，对此用人单位否认加班事实的，劳动者应当负有合理的事实说明和表面证据证明的举证责任。

第九条 在加班工资劳动争议中，用人单位提供的电子考勤记录虽未经劳动者签名确认且劳动者否认的，人民法院可以结合其它证据和具体案件情况，酌情确认该证据的证明效力。

第十条 劳动者每月加班时间超过三十六小时部分的，用人单位应当向劳动者支付加班工资，加班工资按照正常加班工资标准计算。

第十一条 对于需要连续工作的岗位，用人单位主张加班时间应当扣除劳动者中间必要的休息和用餐时间且符合日常生活常理的，可以予以支持。

第十二条 发包方将建筑工程发包给没有用工主体资格承包人的，劳动者与承包人之间形成雇佣法律关系，发包方和劳动者之间不存在劳动法律关系。但依据《广东省工资支付条例》和《广东省工伤保险条例》规定，发包人负在支付劳动者工资报酬和承担工伤保险责任的法定义务。

第十三条 对于劳动者依照《违反和解除劳动合同的经济补偿办法》主张的未支付解除劳动合同经济补偿金的 50%额外经济补偿金和克扣或无故拖欠劳动工资的 25%额外经济补偿金，一般不予支持；

对于劳动者依照《劳动合同法》第八十五条之规定主张用人单位未按劳动行政部门要求支付劳动报酬、加班工资和经济补偿金而加付的 50%~100%赔偿金，不属于劳动争议的处理范围。

第十四条 劳动者达到退休年龄劳动合同终止的，用人单位无需支付经济补偿金；对于超过退休年龄的劳动者继续提供服务的，或者用人单位雇用超过退休年龄劳动者的，双方之间的用工关系按照雇佣关系对待。

第十五条 劳动合同期满终止的，用人单位向劳动者支付经济补偿的年限，从 2008 年 1 月 1 日起计算。

第十六条 用人单位依照《劳动合同法》第八十七条的规定已经向劳动者支付赔偿金的，无需另行支付经济补偿金和未提前一个月通知解除劳动合同的额外工资。

第十七条 劳动合同履行期跨越 2008 年 1 月 1 日《劳动合同法》实施前后阶段的，用人单位因违法解除或终止劳动合同向劳动者支付赔偿金的，赔偿金年限应当从 2008 年 1 月 1 日起计算，对劳动合同法实施以前劳动者工作年限的经济补偿按照劳动法的规定处理；但用人单位支付的赔偿金总额不得高于按照《劳动合同法》规定以全部工作年限计算的赔偿金额。

第十八条 用人单位未按法规规定签订书面劳动合同而每月支付双倍工资的，以标准工资作为计算基数。

第十九条 用人单位自用工之日起满一年未与劳动者订立书面劳动合同的，视为自用工之日起满一年的当日已经与劳动者订立无固定期限劳动合同，应当与劳动者补订书面劳动合同。如果双方仍然没有签订劳动合同的，劳动权利义务按照无固定期限劳动合同对待，用人单位无需依照劳动合同法第八十二条第二款的规定再行每月支付二倍的工资。

第二十条 劳动者请求用人单位补缴社会保险，不属于劳动争议案件，对此不予受理。

第二十一条 女职工产假期间享受生育津贴。生育津贴以所属统筹地区上年度在岗职工月平均工资为基数，按规定的产假期计发。生育津贴低于本人工资标准的，由用人单位补足。

第二十二条 因用人单位的原因造成劳动合同终止或解除，劳动者不能享受哺乳期待遇提出赔偿损失的，可以以劳动者上年度本人月平均工资 20%为基数，按哺乳假至婴儿一周岁期限计发。

第二十三条 双方在当事人在申请撤销劳动仲裁终局裁决案件中自愿达成和解协议的，人民法院可以按照调解内容出具民事调解书，但在民事调解书中应当写明双方当事人不再执行原仲裁裁决的内容。

第二十四条 劳动仲裁的诉讼保全和申请执行

在劳动争议仲裁过程中，用人单位可能出现逃匿、转移财产等情形的，劳动者可以凭劳动争议仲裁委员会《受理通知书》向用人单位住所地的基层人民法院提出财产保全申请。

劳动仲裁裁决书、调解书发生法律效力后，一方当事人可以依照民事诉讼法第二百零一条第二款的有关规定向被执行人住所地或者被执行的财产所在地人民法院申请执行。

第二十五条 对于《劳动争议调解仲裁法》第四十七条规定的依法属于劳动仲裁终局裁决的争议事项，劳动争议仲裁委以非终局裁决书形式作出裁决而用人单位向人民法院起诉的，人民法院应当不予受理或驳回起诉，并在裁判文书中释明有关申请撤销劳动仲裁终局裁决的法律救济途径。

当事人仲裁申请事项同时包含终局裁决事项和非终局裁决事项的，而劳动争议仲裁委以非终局裁决书形式作出裁决，当事人不服仲裁裁决的，可以依照调解仲裁法第五十条规定向人民法院提起诉讼，对此人民法院应当受理。

第二十六条 在诉讼过程中双方当事人劳动合同届满又未续订新劳动合同，且劳动者要求继续履行劳动合同的，可在判决论述部分写明：双方劳动合同期满，双方权利义务确定至劳动合同期满之日；并判令：双方应继续履行劳动合同至合同期满（具体时间）止。

在一审诉讼期间劳动合同期满的，人民法院应当向劳动者释明是否变更诉讼请求。

第二十七条 依照《劳动合同法》第四十八条的规定，用人单位解除或者终止劳动合同不符合法律规定而劳动者坚持要求继续履行劳动合同，但劳动合同已经不能继

续履行的，人民法院应当向劳动者行使释明权。如果劳动者主张相应的经济补偿的，可判令双方劳动关系解除或终止，并由用人单位支付劳动者赔偿金；如果劳动者放弃相应经济补偿的，对涉及的赔偿金问题不予处理。

第二十八条 2008年1月1日前双方已经建立事实劳动关系的，《劳动合同法》第八十二条和《劳动合同法实施条例》第五条、第六条、第七条规定中的“用工之日”应当理解适用为2008年1月1日。

第二十九条 本意见仅供全市两级人民法院审理劳动争议案件内部参考。

广州市劳动争议仲裁委员会、广州市中级人民法院

关于劳动争议案件研讨会会议纪要

(2011年10月25日 穗劳仲会纪〔2011〕2号)

为及时公正处理劳动争议案件，进一步统一我市劳动争议案件裁审标准，广州市劳动争议仲裁委员会与广州市中级人民法院于2011年5月26日至27日联合召开了劳动争议案件研讨会，市劳动争议仲裁委员会负责人、市中级人民法院分管院长、两级劳动争议仲裁委员会办公室负责人、两级人民法院民一庭负责人等参加了会议。与会人员就劳动争议案件处理中遇到的热点、难点问题进行了讨论，就部分疑难问题的处理达成了共识，现纪要如下：

一、程序问题

1、劳动争议仲裁委员会作出的仲裁裁决应明确为终局裁决或非终局裁决。

劳动争议仲裁委员会将属于终局裁决的事项认定为非终局裁决的，用人单位不服仲裁裁决，应按照仲裁裁决的指引向基层人民法院提起诉讼。用人单位以仲裁裁决应为终局裁决为由，向中级人民法院申请撤销的，中级人民法院不予受理。

2、劳动者不服终局裁决向人民法院起诉，用人单位向中级人民法院申请撤销仲裁裁决被驳回后，人民法院对用人单位的抗辩进行审查时，不限于《劳动争议调解仲裁法》第四十九条规定的情形。

3、根据《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）》第十三条的规定，确定仲裁裁决是否属于终局裁决，应以仲裁裁决的金额为依据，而不是以劳动者申请的数额为依据。

如果仲裁裁决涉及数项，按照裁决项分项确定，而不是按照仲裁总额确定。未超过当地最低工资标准十二个月金额的事项为终局裁决事项。

同一仲裁裁决同时包含终局裁决事项和非终局裁决事项，按照非终局裁决处理。

4、具有劳动报酬性质的佣金，属于《劳动争议调解仲裁法》第四十七条第一项规定的终局裁决事项。

未签订劳动合同的双倍工资，性质上属于具有惩罚功能的赔偿金，属于《劳动争议调解仲裁法》第四十七条第一项规定的终局裁决事项。

5、不具备合法经营资格的用人单位，以挂靠等方式借用他人营业执照经营，与劳动者发生劳动争议的，应依当事人申请或依职权，将营业执照出借方追加作为当事人。

6、用人单位与劳动者就退休后移交社会化管理达成协议，因涉及案外人的权利义务，当事人向人民法院申请司法确认的，人民法院不予受理。

7、用人单位营业期限届满，未经年审仍继续经营的，不宜在裁判文书中直接认定为违法经营。劳动者申请仲裁符合受理条件的，应予受理。

二、工伤问题

8、经工伤认定但未被认定为工伤的，劳动者起诉主张工伤赔偿，法院应主动释明诉讼风险，告知劳动者应变更诉讼请求，按一般人身损害赔偿案件起诉。劳动者坚持以工伤赔偿为由起诉的，应判决驳回其诉讼请求，并可告知另案主张人身损害赔偿

9、达到退休年龄的劳动者在工作过程受伤，经劳动行政部门认定为工伤，人民法院可参照《工伤保险条例》处理。

10、承包人借用发包人的营业执照，并以发包人的名义进行经营，经营期间未参加工伤保险，劳动者发生工伤的，发包人与承包人承担连带赔偿责任。

11、劳动者以用人单位未以其实际工资总额为标准缴纳工伤保险费用造成损失为由，要求用人单位赔偿以实际工资总额为基数和以缴费工资为基数计算的工伤赔偿待遇差额，属于劳动争议，应予受理并支持。

12、用人单位已经为劳动者参加工伤保险，劳动者经工伤认定后，用人单位未向社会保险经办机构申报应由工伤保险基金支付的工伤保险待遇，劳动者要求用人单位为其申报工伤保险待遇的，应予支持。如劳动者不要求用人单位申报，而是坚持要求用人单位直接支付应由工伤保险基金支付的工伤保险待遇的，不予支持。

13、劳动者被用人单位的车辆撞伤，发生工伤和侵权请求权竞合时，在工伤认定前，劳动者以侵权为由起诉用人单位要求赔偿，人民法院应根据《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》第十二条 的规定向劳动者行使释明权，告知其按《工伤保险条例》的规定处理。

14、对《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）》第八条所列人员，如原用人单位继续为其缴纳社保，新用人单位无法为其参保，此类人员发生工伤争议，按照劳动行政部门作出的工伤认定书认定责任。

发生非因工死亡待遇争议，作为被申请人的用人单位能举证证实劳动者存在多重劳动关系的，由多个用人单位共同承担非因工死亡待遇责任。不能举证证实的，由作为被申请人的用人单位依法承担责任。

三、劳动合同的订立及效力问题

15、连续订立二次固定期限劳动合同，且双方当事人同意续订劳动合同，劳动者提出订立无固定期限劳动合同的，应当订立无固定期限劳动合同。

16、用人单位与劳动者签订内退协议，该协议不存在无效或可撤销情形的，应当认定其效力。内退劳动者请求按照在职劳动者相同待遇补发有关费用的，不予支持。

17、用人单位与劳动者签订的劳动合同，如未明确约定劳动合同终止时间，除以完成一定工作任务为期限的劳动合同外，应认定为无固定期限劳动合同。

18、劳动者与用人单位之间达成的协议的效力，应按照《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）》第十条的规定进行审查。

劳动者仅以用人单位在协议中未明确告知劳动者法定补偿标准为由，请求确认协议无效或请求撤销该协议的，不予支持。

19、依照《中华人民共和国村民委员会组织法》和《中华人民共和国居民委员会组织法》的规定，村民委员会和居民委员会成员（主任、副主任和委员）依法由选举产生，其与该组织之间不构成劳动法律关系或人事法律关系。

20、超过退休年龄的劳动者继续提供劳务的，或者用人单位雇用超过退休年龄劳动者的，双方之间的用工关系可按照劳务（雇佣）关系处理。

四、经济补偿金、赔偿金、双倍工资及劳动合同解除问题

21、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双倍工资，具体计算方式为：1、对于双固定用工模式的，满一个月的双倍工资差额，可按照每月固定薪酬计算；不足一个月的，可按月固定工资数额÷月固定工作天数×未签订书面劳动合同天数中的实际工作天数计算；2、对于一般用工模式的，满一个月的双倍工资差额，按劳动者标准工时下的正常工资（即

标准工资)作为计算基数;不足一个月的,可按上述月标准工资 \div 21.75天 \times 未签订书面劳动合同天数中的实际工作天数计算。

22、依照《劳动合同法》第九十三条规定,不具备合法经营资格的用人单位违法犯罪,劳动者已经付出劳动的,该单位或其出资人应当向劳动者支付劳动报酬、经济补偿和赔偿金,其中“劳动报酬、经济补偿、赔偿金”作狭义解释,不包括未签订书面劳动合同的双倍工资差额等其它项目。

23、对于劳动者提出辞职的,应以劳动者当时实际辞职理由作为认定案件事实的依据。劳动合同履行期间,劳动者以不属于《劳动合同法》第三十八条规定的情形为由提出辞职,至仲裁或诉讼阶段又主张是用人单位存在前述法定情形迫使其辞职,请求用人单位支付经济补偿金的,不予支持。

24、在工伤停工留薪期,用人单位安排劳动者工作且劳动者实际上班的,应视为劳动者对劳动权利的自行处分,劳动者再行要求支付双倍工资的,不予支持。

25、依照《劳动合同法》规定应当签订无固定期限劳动合同,但劳动者与用人单位签订了固定期限劳动合同,且无证据证实存在欺诈、胁迫、乘人之危等情形的,可认定为《劳动合同法实施条例》第十一条规定的“劳动者与用人单位协商一致的情形”。

26、劳动合同期满后未续签的双倍工资问题,应分四种情形处理:(1)劳动合同期满后双方一直未续签合同、且原合同未约定到期自动延续的,除用人单位能够证明未续签合同的责任在于劳动者外,用人单位应当支付双倍工资。(2)劳动合同约定期满自动延续的,可视为合同已经续签,用人单位无需支付双倍工资。(3)到期后未及时续签,经过一段时间后才续签了劳动合同,对于该“空档期”,可分具体情况:如果“空档期”不超过一个月,可视为合理协商期,用人单位无需支付双倍工资;如果“空档期”过长、超过一个月的,除用人单位能够证明未续签合同的责任在于劳动者外,用人单位应当支付双倍工资。(4)用人单位与劳动者“倒签”劳动合同的,可视为劳动者确认劳动合同期限已经涵盖未签合同期间,属于劳动者的追认,用人单位无需支付“倒签”期间的双倍工资。

27、用人单位自用工之日起满一年不与劳动者订立书面劳动合同,视为已订立无固定期限劳动合同,用人单位无需再支付双倍工资。

28、劳动者发生工伤后，请求用人单位支付停工留薪期间未签订书面劳动合同的双倍工资的，应分不同情况处理：

劳动者发生工伤，入职超过一个月未签订劳动合同，且过错在用人单位的，用人单位应当支付包括停工留薪期在内的双倍工资；

劳动者入职不满一个月发生工伤，尚未签订劳动合同，因劳动合同的主要内容尚不能确定，导致客观上无法签订，签订劳动合同的期限应顺延至停工留薪期结束，对于劳动者主张停工留薪期间未签订书面劳动合同的双倍工资差额的，不予支持。

29、用人单位与劳动者约定的试用期违反法律规定，且已经实际履行的，用人单位应当依照《劳动合同法》第八十三条 规定向劳动者支付赔偿金，无需再行支付超过法定试用期间的工资差额。

30、劳动合同试用期间，用人单位已在招聘员工时明确告知录用条件，且有证据证实劳动者确不符合相关条件的情况下，可依照《劳动合同法》第三十九条 第（一）项的规定解除劳动合同。

31、用人单位在劳动合同期满后一个月内，以劳动合同届满为由终止或解除劳动合同，可视为劳动关系终止。

32、用人单位决定提前解散导致劳动合同终止的，依照《劳动合同法》第九十七条 第三款和参照《违反和解除劳动合同的经济补偿办法》第八条 规定，用人单位支付经济补偿金的计算年限应从劳动者入职之日起算。

33、用人单位解除劳动合同时，未对从事职业危害岗位的劳动者进行离岗前检查的，不足以认定用人单位违法解除劳动合同。如后经证实劳动者确实患有职业病的，可按职业病的相关法律规定处理。

34、劳动者依照《劳动合同法》第三十八条规定解除劳动合同后发现已怀孕，又再行请求继续履行劳动合同的，不予支持。

35、在劳务派遣中，劳动者不存在《劳动合同法》第六十五条 第二款规定之情形，用工单位将劳动者退回劳务派遣单位的，劳务派遣单位应当按劳动合同约定支付相关劳动待遇。劳务派遣单位单方解除劳动关系的，应当承担违法解除劳动合同的法律责任，用工单位承担连带责任。

五、社会保险待遇损失问题

36、劳动者以用人单位没有为其办理社会保险手续、且社会保险经办机构不能补办导致其损失为由，要求用人单位赔偿的，应予受理。

劳动者无法享受社会保险待遇的具体损失数额不明确的，可由当事人向社会保险经办机构及相关单位申请核定；劳动争议仲裁委员会和人民法院如认为有需要，也可以委托社会保险经办机构及相关单位对有关费用进行核定。

37、用人单位未依法为劳动者参加失业保险或者擅自停止缴纳失业保险费，且经审查劳动者确实符合享受失业保险待遇条件的，依照《广东省失业保险条例》第四十一条的规定，用人单位应按劳动者应当享受但未能享受的失业保险金或者一次性生活补助总额的二倍给予一次性赔偿。

六、工资问题

38、劳动者离职时主张带薪年休假工资的，对于年休假天数可参照原广东省劳动和社会保障厅《关于广东省企业贯彻实施职工带薪年休假制度的若干意见》（粤劳社发[2009]7号）第五条“用人单位按照累计工作时间的规定计算职工年休假天数时，应以职工休年休假的前一日为截止日”之规定处理，而无需考虑对劳动者的累计工作时间进行分段计算。具体计算方法为： $(\text{当年度在本单位已过日历天数} \div 365 \text{天}) \times \text{职工离职前一日的累计工作时间所对应的法定带薪年休假天数} - \text{当年度已安排年休假天数}$ 。

39、依照《最低工资规定》第三条、第五条的规定，用人单位当月应当支付劳动者的工资不得低于法定最低工资标准。在认定劳动者月工资是否达到最低工资标准时，不应将用人单位一次性发放的年终奖等款项平均计入劳动者每月应发工资数额之内。

七、涉及外国人、港澳台地区居民的相关问题

40、外国人、港澳台地区居民在中国内地就业，但未依法办理《外国人就业证》或《台港澳人员就业证》的，与用人单位形成劳务（雇佣）关系；已经付出劳务的，用人单位应根据双方约定支付相应劳务报酬，但不包含加班工资、解除劳动合同的经济补偿金及赔偿金、未签订书面劳动合同的双倍工资等劳动法律法规所规定的项目。

41、外国人、港澳台地区居民作为个人承包者，违反法律规定招用劳动者，给劳动者造成损害的，发包的组织与个人承包经营者按照《劳动合同法》第九十四条的规定依法承担连带责任。

八、其他问题

42、用人单位注销后，劳动者起诉股东（投资者）承担相应法律责任的，应分不同情况处理：

对于个人合伙、个人独资企业等无限责任性质的用人单位，投资者应承担相应的法律责任。

对于有限责任性质的用人单位，如已经破产清算程序注销的，劳动者再行起诉用人单位及股东承担法律责任，一般不予受理；如用人单位以非破产清算程序注销的，可结合具体情况根据公司法相关规定处理。

深圳市中级人民法院关于审理劳动争议案件 相关法律适用问题的座谈纪要

[2006年9月2日 深中法2006(88)号]

为了统一对劳动争议案件相关法律适用问题的认识,深圳市中级人民法院于2006年3月8日、9日召开了深圳市劳动争议案件法律适用问题讨论会,市中院民六庭、立案庭、审监庭、执行局、各区人民法院民一庭、各人民法庭负责人及部分法官以及深圳市、区劳动争议仲裁机构的负责同志参加了会议。与会同志围绕我市劳动争议案件的相关法律适用问题进行了座谈,现将座谈会的意见纪要如下:

第一条 政府部门主导的国有企业改制,因企业职工下岗、整体拖欠职工工资引发的纠纷问题

根据广东省高级人民法院《关于审理劳动争议案件若干问题的指导意见》第一条的规定,政府部门主导的国有企业改制,因企业职工下岗、整体拖欠职工工资引发的纠纷,应由政府有关部门按照企业改制的政策规定统筹解决,人民法院不予受理。

第二条 未订立书面劳动合同的劳动者与用人单位劳动关系的认定问题

用人单位招用劳动者未订立书面劳动合同,但同时具备下列情形的,劳动关系成立。

(一)、用人单位和劳动者符合法律、法规规定的主体资格;

(二)、用人单位依法制定的各项劳动规章制度适用于劳动者,劳动者受用人单位的劳动管理,从事用人单位安排的有报酬的劳动;

(三)、劳动者提供的劳动是用人单位业务的组成部分。

第三条 几种特殊用工关系的界定问题

用人单位招用已达法定退休年龄的人员或者已办理退休手续人员的,双方之间所形成的是雇佣关系。

外国人在中国就业与港澳台居民在内地就业,应办理相应用工手续,如未按规定办理相应用工手续的,应认定为非法就业,发生争议的应按雇佣关系处理。

中国雇员未经涉外就业服务单位派遣而直接受聘于外国企业常驻代表机构,外国企业常驻代表机构与中国雇员之间的关系属雇佣关系。

第四条 解除事实劳动关系的经济补偿问题

用人单位与劳动者自始未签订书面劳动合同，用人单位解除劳动关系的，应按解除劳动合同关系进行审查，如符合支付解除劳动合同经济补偿金条件的，用人单位应当支付经济补偿金。如用人单位提出终止劳动关系的，应按劳动者工作年限支付劳动者经济补偿金。

第五条 用人单位经营地址变更，劳动者据此提出解除劳动合同的经济补偿金问题

用人单位在深圳市行政区域内搬迁的，劳动者因此提出解除劳动合同并要求用人单位支付解除劳动合同经济补偿金没有法律依据，不予支持。

用人单位由深圳市行政区域内向深圳市行政区域外搬迁的，可以依据《劳动法》第二十六条第（三）项的规定，对劳动者要求支付解除劳动合同经济补偿金，予以支持。

第六条 用人单位经营者弃厂逃逸、下落不明、停止生产后有关解除劳动合同经济补偿金问题

用人单位经营者弃厂逃逸、下落不明、停止生产的，劳动者提出解除劳动合同经济补偿金请求的，不予支持。

第七条 劳动者解除劳动合同的经济补偿金问题

劳动者依最高人民法院《关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释》第十五条或《深圳经济特区劳动合同条例》第二十五条第（二）、（三）、（四）项、《深圳经济特区劳务工条例》第二十二条第（二）、（三）、（四）项规定解除劳动合同时，用人单位应当支付劳动者解除劳动合同经济补偿金。但劳动者同时依《违反和解除劳动合同地经济补偿办法》第十条规定请求 50%额外经济补偿金的，不予支持。

用人单位实际存在前款所列情形（如拖欠、克扣劳动者工资等），但劳动者系以“待遇低、压力大；家中有事；身体不适”等原因为由提出辞职，后又以用人单位存在上列情形迫使其辞职为由而要求用人单位支付经济补偿金，不予支持。

劳动者以用人单位未为其办理社会保险为由提出解除劳动合同，并要求用人单位支付其经济补偿金的，不予支持。

第八条 延期发放工资的经济补偿金问题

对于用人单位有延期发放工资的情况，但在劳动者离职前已经发放，劳动者以用人单位曾拖欠工资为由提出辞职，并要求用人单位支付拖欠工资 25%经济补偿金及解除劳动合同经济补偿金，不予支持。

第九条 当事人对经济补偿金约定的效力认定问题

经济补偿金的数额及发放应按法定标准计付。如用人单位与劳动者之间对于经济补偿金的约定不符合法定标准，该约定应认定为无效。

对于用人单位与劳动者之间在劳动合同中有约定，每一合同履行期满由用人单位予以发放“解约补偿金”，或用人单位与劳动者在合同期满终止发放补偿金，后双方依然延续劳动关系的，如用人单位不当解除与劳动者的劳动合同，在计算劳动者经济补偿金时应以其连续工作年限计发，已领取的上述款项应予以扣除。

第十条 用人单位不当解除与“三期”内女职工的劳动合同的处理问题

如女职工要求继续履行劳动合同，则应撤销用人单位解除劳动合同的决定，双方继续履行劳动合同。造成劳动者工资收入损失的，用人单位还要支付工资。如在案件处理过程中劳动合同期限届满的，则应在撤销用人单位解除劳动合同决定的同时，认定双方劳动合同终止，并判令用人单位支付至劳动合同终止之日的工资待遇。

如女职工未要求继续履行劳动合同，可视为用人单位提出，双方协商一致解除劳动合同的，解除合同时间应确定至女职工“三期”期满之日。如女职工“三期”期满之日劳动合同期限尚未届满或双方仅存在事实劳动关系的，用人单位应支付女职工工资至“三期”期满之日，并支付解除劳动合同经济补偿金。如女职工“三期”期满之日劳动合同已届满，则认定双方劳动合同期满终止，用人单位无须支付女职工解除劳动合同经济补偿金。

前述孕期工资可参照《深圳经济特区企业工资管理暂行规定》第五十四条规定的停工津贴确定，产假期间的工资，按原工资待遇；哺乳期工资依《广东省女职工劳动保护实施办法》规定不低于本人标准工资的百分之七十五发给工资。

第十一条 工伤事故损害赔偿的法律适用问题

《工伤保险条例》第六十四条规定：“本条例自 2004 年 1 月 1 日起施行。本条例施行前已受到事故伤害或者患职业病的职工尚未完成工伤认定的，按照本条例的规定执行。”上述规定中的“完成”是指工伤认定作出之日。工伤认定完成在 2004 年 1

月 1 日之前的，应按旧规范确定工伤职工的工伤待遇，劳动者根据新规范主张一次性伤残就业补助金、一次性工伤医疗补助金的，仲裁机构及一审法院应行使释明权，建议劳动者按旧规范主张一次性工伤辞退费（即使劳动者在仲裁时也是按新规范主张），劳动者拒不变更的，驳回其请求。

劳动者请求工伤待遇的申诉期限的起算时间应以医疗终结之日、伤残等级鉴定之日或工伤认定完成之次日起算。劳动者以工伤认定需经过 60 日以待用人单位是否提起行政复议，而在工伤认定作出之日起 60 日之后 120 日之前提起仲裁申请，应认定劳动者超过仲裁申请期限，但应认定其有其他正当理由而支持其工伤待遇请求。

第十二条 职业病有关问题

对于疑似职业病的劳动者，用人单位应当及时安排其进行诊断，在疑似职业病的劳动者诊断或者医学观察期间，不得解除或终止与其订立的劳动合同。

劳动者被诊断患有职业病，但用人单位没有依法参加工伤保险的，其医疗和生活保障由最后的用人单位承担；最后的用人单位有证据证明该职业病是先前用人单位的职业病危害造成的，由先前的用人单位承担。

职业病患者要求工伤待遇的，应要求其提供工伤认定。

第十三条 未经工伤认定的工伤事故损害赔偿的处理问题

工伤认定属劳动保障行政部门职权，当事人对认定不服可以申请行政复议、提起行政诉讼，人民法院在审理劳动争议案件中不直接作工伤认定。劳动者请求工伤待遇，但未提供劳动保障行政部门作出的工伤认定的，人民法院应裁定驳回其起诉。

第十四条 一次性伤残就业补助金、一次性工伤医疗补助金中的“本人工资”的确定问题

依据《广东省工伤保险条例》第五十七条的规定，《广东省工伤保险条例》第二十九条中计算一次性伤残就业补助金、一次性工伤医疗补助金的基数“本人工资”是指工伤职工因工作遭受事故伤害或者患职业病前十二个月平均月缴费工资。本人工资高于统筹地区职工平均 300%的，按统筹地区职工平均工资的 300%计算；本人工资低于统筹地区职工平均 60%的，按统筹地区职工平均工资的 60%计算。

上述“统筹地区职工平均工资”系指工伤职工发生工伤时的上年度统筹工资。

第十五条 工伤职工“停工留薪期”的确定以及工伤职工停工留薪期满后仍需治

疗的待遇问题

根据《广东省工伤保险条例》第二十三条的规定，职工因工伤需要暂停工作接受工伤医疗的，在停工留薪期内，原工资福利待遇不变，由所在单位按月支付。停工留薪期按照医疗终结期规定，由劳动能力鉴定委员会确认，最长不超过二十四个月。工伤职工评定伤残等级后，停发原待遇，按照本章的有关规定享受伤残待遇。

工伤职工在评定伤残等级后仍需治疗（含旧伤复发）的，经劳动能力鉴定委员会批准，五至十级的，继续享受工伤医疗和停工留薪期待遇；一至四级的，享受伤残津贴和工伤医疗待遇，住院伙食补贴按本条例第二十二条第二款规定标准由工伤保险基金支付。

停工留薪期内的“原工资福利待遇”按劳动者工伤前三个月应发工资的平均数确定。

第十六条 民事赔偿与工伤待遇关系问题

劳动者因他人的民事侵权行为导致工伤的，如其就民事侵权已获得相应赔偿，不影响其享受工伤待遇，但对于医疗费、辅助器具更换费、丧葬费等不得重复享有。

第十七条 企业未依法办理工伤保险的工伤职工辅助器具更换费用的支付问题

企业未依法为职工办理工伤保险，在职工发生工伤事故后，经劳动鉴定委员会确认需安装辅助器具的，工伤职工请求一次性支付辅助器具更换费，应予支持。辅助器具更换费用的确定，应以与统筹地区社会保险经办机构签订服务协议的辅助器具配制机构出具的关于辅助器具安装费用及更换周期的意见为依据，计至工伤职工 70 周岁止。配制机构出具的标准超出社会保险经办机构参考标准的，以社会保险经办机构参考标准确定。

第十八条 原劳动部《企业职工患病或非因工负伤医疗期规定》的医疗期计算有关问题

原劳动部《企业职工患病或非因工负伤医疗期规定》规定用人单位应给予 3 个月到 24 个月（3 个月、6 个月、9 个月、12 个月、18 个月、24 个月）的医疗期，上述医疗期分别按 6 个月、12 个月、15 个月、18 个月、24 个月、30 个月内累计病休时间计算。上述医疗期的计算，可以参照最高人民法院《关于贯彻执行〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见（试行）》第 198 条的规定，当事人约定期间不是以月的

第一天起算的，一个月为三十日。即如果是间断休的病假，一个月按三十日计算，则3个月病假为90日。如果职工不间断休病假，则应分为以月的第一天开始和非以月的第一天开始起休病假两种情况。如从5月1日开始不间断休3个月病假，医疗期应计至7月31日。如从5月11日开始不间断休3个月病假，则应按90日确定，即医疗期至8月8日，而不是8月10日。

第十九条 医疗补助费的有关问题

根据劳动部办公厅《关于对劳部发[1996]354号文件有关问题解释的通知》（劳办发[1997]18号）规定，“劳动者患病或非因工负伤，合同期满终止劳动合同的，用人单位应当支付不低于六个月工资的医疗补助费”是指合同期满的劳动者终止劳动合同时，医疗期满或者医疗终结被劳动鉴定委员会鉴定为5-10级的，用人单位应当支付不低于六月工资的医疗补助费。鉴定为1-4级的，应当办理退休、退职手续，享受退休、退职待遇。

第二十条 非法用工单位与伤亡人员劳动争议案件有关问题

非法用工单位伤亡人员伤亡赔偿纠纷属劳动争议案件，应按仲裁前置程序处理，赔偿标准按劳动和社会保障部《非法用工单位伤亡人员一次性赔偿办法》的规定执行。对于非法有用工单位伤亡人员，有关行政主管部门出具了非法用工处理意见的，劳动仲裁机构的人民法院在审理时应当作为界定非法用工的依据。对于行政主管部门未做出处理意见的，劳动仲裁机构和人民法院应当依据《非法用工单位伤亡人员一次性赔偿办法》第二条的规定，根据查明的事实界定非法用工关系是否成立。

第二十一条 员工退休前非因工死亡或退休后死亡的，其供养的直系亲属享受丧葬补助费和一次性抚恤金问题

丧葬补助费和一次性抚恤金的标准：

（一） 丧葬补助费：支付标准为其死亡时本市上年度城镇职工月平均工资的3倍；

（二） 一次性抚恤金：抚恤金以其死亡时本市上年度城镇职工月平均工资为基数。

供养直系亲属为1人的，支付上述基数的6倍；供养直系亲属为2人的，支付上述基数的9倍；供养直系亲属为3人及以上的，支付上述基数的12倍。

丧葬补助费、一次性抚恤金从基本养老保险基金中支付。用人单位未为员工办理社会养老保险的，上述费用由用人单位向员工支付。

第二十二条 计发加班工资的有关问题

计算劳动者的加班工资应以《深圳市员工工资支付条例》第四条规定的标准工资为基数。

劳动者与用人单位在签订劳动合同时约定的工资中注明“已包含加班工资”或实行“月薪”制的，该约定一般应视为有效。此时，劳动者的基本时薪按下列方法确定：

1、约定工作时间超过法定工作时间在 36 小时以内的，时薪=约定工资÷（21.75 天×8 小时 +约定超过法定工作时间小时数×150%或 200%）；

2、约定工作时间超过法定工作时间在 36 小时以内的，时薪=约定工资÷（21.75 天×8 小时+36 小时×150%或 200%）；

3、如超过法定工作时间中包含了正常工作日及休息日延长工作时间且无法区分的，则劳动者的超过法定工作时间中可一半按正常工作日延长工作时间标准计算，一半按休息日工作时间的标准计算。

劳动者每月约定超过法定工作时间超出 36 小时部分应当按其基本时薪以法律规定的标准计算加班工资。

如按上述方法计算出劳动者的基本工资低于法定最低工资标准，则该约定为无效。劳动者的工资应以最低工资标准为基本工资，超过法定工作时间为加班时间，加班工资以最低工资标准按法律规定标准计算。

第二十三条 业务提成发放问题

如劳动者与用人单位约定业务提成在货款收回后才支付的，该约定应认定为有效。员工请求业务提成，须在约定条件成就才能得到支持。

如劳动者离职的，业务提成支付周期在一个月内的，用人单位应立即支付；业务提成约定在货款收回后才支付的，则用人单位可在条件成就后支付。

第二十四条 劳动争议仲裁机构就申诉人的请求作出某一具体裁决项后，对未就该具体裁决项依法提起诉讼当事人的法律效力问题

劳动争议仲裁机构就申诉人的请求作出某一具体裁决项后，当事人未就该具体裁

决项依法提起诉讼，视为其对该具体裁决项的认可。

第二十五条 有关举证责任问题

1、劳动者称系被用人单位提出解除劳动合同或劳动关系，用人单位辩称系劳动者提出解除劳动合同或劳动关系，但双方均未提交证据证明其主张，则应根据谁主张谁举证的原则处理。

2、劳动者主张加班工资，有关劳动者考勤情况的举证责任由用人单位负担；用人单位不能就加班具体时间举证的，应采信劳动者主张的时间，但劳动者主张明显超出合理范围的应作相应调整。

3、劳动者与用人单位约定业务提成在货款收回后才支付的，对货款回收的举证责任，应由劳动者负担；如劳动者不能证明货款已收回而请求用人单位支付提成的，不予支持。

4、用人单位未与劳动者签订劳动合同，认定双方存在劳动关系时可参考下列凭证：

（一）工资支付凭证或记录（职工工资发放花名册），缴纳各项社会保险费的记录；

（二）用人单位向劳动者发放的“工作证”、“服务证”等能够证明身份的证件；

（三）劳动者填写的用人单位招聘“登记表”、“报名表”等招用记录；

（四）考勤记录；

（五）其他劳动者的证言等。

其中（一）、（三）、（四）项的有关凭证由用人单位负举证责任。

深圳市中级人民法院关于审理工伤保险待遇纠纷案件

相关法律适用问题的指导意见

(2009年4月试行)

为妥善、及时、正确处理工伤损害赔偿纠纷案件，统一司法裁判尺度，依法保护当事人合法权益，维护社会稳定。根据《工伤保险条例》、《广东省工伤保险条例》等法律法规、司法解释和上级法院的指导意见结合我市司法审判实践，在对2000年以来我院规范性文件中有关工伤保险待遇纠纷案件的规定进行整理、修订的基础上，制定本指导意见。

1、劳动者以用人单位降低其缴纳社会保险费的工资标准导致其损失为由，要求用人单位承担工伤待遇损失的，应先向劳动争议仲裁部门申请仲裁，且劳动仲裁就此争议的裁决为终局裁决。

2、当事人因工伤保险待遇发生争议，举证责任如下分配：

(1)劳动者应就存在工伤伤害的事实及工伤认定、伤残等级鉴定时间、工伤住院治疗起止时间及费用、同意转院治疗的证明及所需交通费和住宿费、应安装康复器具的证明及费用等事实举证；

(2)用人单位应就各种实际已发生的工伤损害赔偿费用支付事实举证。

3、用人单位以劳动者假冒身份证明为其投保而遭受社会保险损失的，对法律法规规定由工伤保险基金负担的工伤保险待遇部分，如冒用人发生工伤时已满16周岁，由冒用人承担主要责任，用人单位承担次要责任；如冒用人发生工伤时不满16岁，由用人单位承担主要责任，由冒用人承担次要责任。

法律法规规定由用人单位负担的工伤保险待遇部分，劳动者无须进行分担，仍由用人单位全额支付。

在本院02年研讨会综述第二十条规定的基础上进一步明确双方分担责任仅限于用人单位已为劳动者缴纳了工伤保险费后因劳动者冒用身份证明而工伤保险基金拒绝支付部分；对于应由用人单位承担部分，因无论其是否为劳动者缴纳了工伤保险费，其均应承担相关费用的支付责任，故劳动者假冒身份入职并不对其责任的承担产生影响，故仍规定由用人单位足额支付。

4、建设工程的分包人挂靠承包人，并以承包人名义承接工程的，劳动者的工伤待遇可由分包人和承包人共同承担。

承包人违反《建筑法》第二十四条、第二十八条和第二十九条的规定对建设工程进行转包或分包的劳动者的工伤待遇可由转包人、分包人和承包人共同承担。

5、受雇人因履行雇佣合同遭受伤害的，不属于工伤事故，但雇主应承担人身损害赔偿赔偿责任。受雇人存在故意或重大过失的，适用《民法通则》第一百三十一条的规定。

6、劳动合同中有关限制或免除用人单位对劳动者工伤承担的法律责任的约定无效。

7、劳动者工伤后，被鉴定为五至十级伤残的，劳动合同期限未满，用人单位应安排力所能及的工作。用人单位以劳动者违章致伤，并给其造成严重损失为由解除劳动合同关系的，不予支持。但劳动者在被安排从事力所能及的工作后，严重违反用人单位规章制度的，用人单位依法解除劳动合同关系的，应当允许。

8、对于疑似职业病的劳动者，用人单位应当及时安排其进行诊断，在疑似职业病的劳动者诊断或者医学观察期间，不得解除或终止与其订立的劳动合同。

劳动者被诊断患有职业病，但用人单位没有依法参加工伤保险的，其医疗和生活保障由最后的用人单位承担；最后的用人单位有证据证明该职业病是先前用人单位的职业病危害造成的，由先前的用人单位承担。

职业病患者要求工伤待遇的，应要求其提供工伤认定。

9、工伤认定属劳动保障行政部门职权，当事人对认定不服可以申请行政复议、提起行政诉讼，人民法院在审理劳动争议案件中不直接作工伤认定。劳动者请求工伤待遇，未提供劳动保障部门作出的工伤认定的，人民法院应裁定驳回其起诉。但用人单位没有为劳动者缴纳工伤保险费，且具备下列情形之一的，人民法院应予受理，并就用人单位是否承担工伤赔偿责任进行审理：

(一)劳动者有证据证明其受伤属于工伤的；

(二)用人单位对构成工伤没有异议的；

(三)非法用工单位与非法用工中的伤亡人员就赔偿问题发生争议的。前两句内容为中院 06 年座谈纪要第十三条的规定，但书部分在省院 05 年指导意见第十五条规定

的基础上增加了劳动者有证据证明其受伤属于工伤的情况，扩大了人民法院在未经工伤认定时管辖的范围，目的在于保护因超过工伤认定期限而无法救济的劳动者。

10、用人单位以未收到劳动能力鉴定委员会的鉴定结论为由，在诉讼中申请进行重新鉴定或要求进行复查的，不予支持。

11、非法用工单位伤亡人员赔偿纠纷应作劳动争议处理，赔偿标准按劳动和社会保障部《非法用工单位伤亡人员一次性赔偿办法》的规定执行。

对于非法用工单位伤亡人员，有关行政主管部门出具了非法用工处理意见的，劳动仲裁机构和人民法院在审理中应当作为界定非法用工的依据。对于行政主管部门未作出处理意见的，人民法院应当依据《非法用工单位伤亡人员一次性赔偿办法》第二条的规定，根据查明的事实界定非法用工关系是否成立。

12、劳动者系第三人侵权所致，劳动者先获得侵权赔偿的，不影响其享受工伤待遇，但对于医疗费、丧葬费和辅助器具更换费不得重复享有。

13、劳动者的工伤待遇由用人单位承担的，劳动者依人身保险合同获得的赔偿，用人单位不得主张在工伤待遇中扣除。

14、劳动者工伤后提出辞职，请求解除劳动关系经济补偿金、一次性伤残就业补助金和一次性工伤医疗补助金的，除其辞职系依据《劳动合同法》第三十八条或最高人民法院《关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释》第十五条的规定提出的外，对其请求的解除劳动合同经济补偿金，不予支持。

用人单位违法解除或终止劳动合同的，劳动者要求赔偿金、一次性伤残就业补助金和一次性工伤医疗补助金的，应予支持。

第一款是关于一次性伤残就业补助金、一次性工伤医疗补助金和解除劳动关系经济补偿金是否可以兼得的问题。工伤职工辞职时，符合《广东省工伤保险条例》第二十九条规定的，可支付一次性伤残就业补助金和一次性工伤医疗补助金，但除系被迫解除外，不符合支付解除劳动合同经济补偿金的情形。故劳动者在工伤后提出辞职，除其符合被迫解除劳动关系条件外，用人单位无需支付解除劳动合同经济补偿金。

第二款是一次性伤残就业补助金、一次性工伤医疗补助金和赔偿金是否可以兼得的问题。用人单位违法解除或终止劳动合同时，依《劳动合同法》第四十八条，用人单位应文付赔偿金。同时，此情形下，根据《劳动合同法》第四十八条的规定，劳动

者对劳动关系是否继续拥有选择权，其可以要求继续履行劳动合同或不要求继续履行劳动合同而要求支付相应费用。在劳动者未要求继续履行劳动合同，并要求一次性伤残就业补助金和一次性工伤医疗补助金的情况下，劳动者对劳动合同的终止或解除具有一定的主动性，从保护工伤职工的角度出发，可参照其主动提出解除劳动合同的做法，由用人单位支付一次性伤残就业补助金、一次性工伤医疗补助金。因此在用人单位违法解除或终止劳动合同，而工伤职工未要求继续履行劳动合同时，一次性伤残就业补助金、一次性工伤医疗补助金和赔偿金可以兼得。

15、根据《广东省工伤保险条例》第五十七条的规定，《广东省工伤保险条例》第二十九条中计算一次性伤残就业补助金、一次性工伤医疗补助金的基数“本人工资”是指工伤职工因工作遭受事故伤害或患职业病前十二个月平均缴费工资，但工伤职工实际平均应得工资高于缴费工资的，本人工资为工伤职工实际平均应得工资。

本人工资高于统筹地区职工平均工资百分之三百的，按统筹地区职工平均工资的百分之三百计算；本人工资低于统筹地区职工平均工资百分之六十的，按统筹地区职工平均工资的百分之六十计算。

前款所称的统筹地区职工平均工资，系指工伤职工因工作遭受事故伤害或患职业病前十二个月平均工资。

该条第一款是关于“本人工资”的确定问题。其但书内容系根据省院 08 年指导意见第二条规定制定，其余内容为中院 06 年座谈纪要第十四条第一款的内容。第二款是在“本人工资”过高或过低时的确定问题，是我院 06 年座谈纪要第十四条第一款的规定。第三款是关于平均工资的确定问题。我院 06 年座谈纪要第十四条第二款从方便审判出发规定，统筹地区职工平均工资系指工伤职工发生工伤时的上年度统筹工资。但《广东省工伤保险条例》第五十七条明确规定，本人工资是指工伤职工因工作遭受事故伤害或患职业病前十二个月的平均工资，故在第三款中对 06 年座谈纪要第十四条第二款的内容进行了修改。

16、根据《广东省工伤保险条例》第二十三条的规定，劳动者因工伤需要暂停工作接受工伤医疗的，在停工留薪期内，原工资福利待遇不变，由所在单位按月支付。停工留薪期按照医疗终结期规定，由劳动能力鉴定委员会确认，最长不超过二十四个月。工伤职工评定伤残等级后，停发原待遇，按照有关规定享受伤残待遇。

劳动能力鉴定结论未明确注明工伤职工的停工留薪期的，除少数特殊情况(如单侧膝下缺失治疗终结评残后安装假肢需要一定的适用期和个体治疗终结后需要特别的功能锻炼的)外，医疗终结期视同停工留薪期。

停工留薪期原工资福利待遇按劳动者工伤前三个月的平均标准确定，但不含加班工资。

第一款是关于通常情况下停工留薪期的确定和待遇问题，其内容是中院 06 年座谈纪要第十五条第一款的规定。第二款是特殊情况下停工留薪期的确定问题，是根据劳动能力鉴定委员会就有关问题给我院的复函制定的。第三款是停工留薪期待遇的计算标准问题。我院 06 年座谈纪要第十五条第三款规定原工资福利待遇包括加班工资，但因加班工资的支付应以劳动者存在加班事实为前提，而劳动者工伤后停工治疗，不可能还存在加班，故在发放劳动者停工留薪期工资时将加班工资剔除在外。

17、用人单位未依法为劳动者缴纳工伤保险费，在劳动者发生工伤事故后，经劳动能力鉴定委员会确认需安装辅助器具的，工伤职工请求一次性支付辅助器具更换费，应予支持。辅助器具更换费用的确定应以统筹地区社会保险经办机构签订服务协议的辅助器具配制机构出具的关于辅助器具安装费用及更换周期的意见为依据，计至工伤职工 70 周岁止。配制机构出具的标准超过社会保险经办机构参考标准的，以社会保险经办机构参考标准确定。

18、住院期间伙食费由用人单位按深圳市因公出差伙食补助标准百分之七十支付。

《工伤保险条例》第二十九条规定的住院期间伙食费是由单位按本单位因公出差标准伙食补助标准的 70% 支付；而《广东省工伤保险条例》第二十二条规定的住院期间伙食费由单位按当地因公出差伙食补助标准的 70% 支付。两个规定存在冲突，在实际适用中也存在适用不同规定，从而造成不同的裁判标准的情况。经审判长会议讨论认为，各单位的出差补助标准各不相同，在举证上存在一定的困难，采用《广东省工伤保险条例》规定的当地标准更便于操作，也减轻了当事人的举证责任。故决定采用《广东省工伤保险条例》规定的伙食费标准。

19、用人单位为劳动者缴纳了工伤保险费，双方劳动关系解除或终止后，工伤职工请求后续治疗费的，应由劳动保障行政部门依法处理，劳动者要求用人单位承担的，不予支持。

用人单位为劳动者缴纳了工伤保险费，双方劳动关系解除或终止后，工伤职工请求后续治疗费的，应由社会保险基金支付还是由用人单位支付，曾出现不同的判决。审判长会议讨论认为此种情况应参照旧伤复发的规定，由社会保险基金支付。后经与社会保险基金管理局沟通，其也认可应由其支付。故我院审委会 2008 年 7 月 2 日第三十九次会议决定在此情况下，劳动者的后续治疗费应由劳动保障行政部门依法处理，劳动者要求用人单位承担的，不予支持。

20、一次性工亡补助金的支付标准，应为 60 个月深圳市上年度职工月平均工资。

21、原劳动部《企业职工患病或非因工负伤医疗期规定》规定用人单位应给予 3 个月到 24 个月(3 个月、6 个月、9 个月、12 个月、18 个月、24 个月)的医疗期，上述医疗期分别按 6 个月、12 个月、15 个月、18 个月、24 个月、30 个月内累计病休时间计算。上述医疗期的计算，可以参照最高人民法院《关于贯彻执行(中华人民共和国民法通则)若干问题的意见(试行)》第一百九十八条的规定，当事人约定期间不是以月的第一天起算的，一个月为三十日。即如果间断休的病假，一个月按三十日计算，则 3 个月病假为 90 日。如果劳动者不间断休病假，则应分为以月的第一天开始和非以月的第一天开始其休病假两种情况。如从 5 月 1 日开始不间断休 3 个月病假，医疗期应计至 7 月 31 日。如从 5 月 1 日开始不间断休 3 个月病假，则应按 90 日确定，即医疗期至 8 月 8 日止，而不是 8 月 10 日。

劳动者累计医疗期未届满而劳动合同期已届满，且需要停工休息治疗的，劳动合同期限自动延续至医疗期期届满为止；在医疗期内医疗终结的，医疗终结之日即可终止劳动合同；

对其中经劳动能力鉴定委员会鉴定为完全丧失劳动能力的，可办理因病或非因工负伤退休、退职手续。不需要停工休息治疗的，只要劳动合同期满，便可终止劳动合同。

22、根据劳动部办公厅《关于对劳部发[1996]354 号文件有关问题解释的通知》(劳办发[1997]18 号)规定，“劳动者患病或非因工负伤，合同期满终止劳动合同的，用

人单位应当支付不低于六个月工资的医疗补助费”是指合同期满终止劳动合同时，劳动者医疗期满或者医疗终结被劳动能力鉴定委员会鉴定为 5-10 级的，用人单位应当支付不低于六个月工资的医疗补助费。鉴定为 1-4 级的，应当办理退休、退职手续，享受退休、退职待遇。

23、劳动者退休前非因工死亡或退休后死亡的，其供养的直系亲属享受的丧葬补助费和一次性抚恤金的标准为：

(1) 丧葬补助费：支付标准为其死亡时深圳市上年度城镇职工月平均工资的 3 倍；

(2) 一次性抚恤金：抚恤金以其死亡时深圳市上年度城镇职工月平均工资为基数。供养直系亲属为 1 人的，支付上述基数的 6 倍；供养直系亲属为 2 人的，支付上述基数的 9 倍；供养直系亲属为 3 人及以上的，支付上述基数的 12 倍。

丧葬补助费、一次性抚恤金从基本养老保险基金中支付。用人单位未为劳动者缴纳社会养老保险费的，上述费用由用人单位支付。

24、本指导意见自印反之日起，本院以往相关会议纪要、综述、指导意见不再适用。法律法规、司法解释、上级人民法院或本院有新规定的，按新规定执行。

25、本指导意见由市中级人民法院审判委员会负责解释，供全市两级人民法院参考。

深圳市中级人民法院关于审理劳动争议案件若干问题的指导意见（试行） （2009年4月印发）

近年来，我市劳动争议案件迅猛上升，有关劳动法律法规及司法解释也不断出台和完善，我院原施行的一些法律适用指导意见已无法满足审判实践的需要。为妥善解决劳动争议，统一劳动争议案件裁判标准，提高劳动争议案件的审理效率，依法及时保护劳动争议双方当事人的合法权益，维护社会稳定，根据《中华人民共和国劳动法》、《中华人民共和国劳动合同法》、《中华人民共和国民事诉讼法》、《中华人民共和国劳动争议调解仲裁法》、《中华人民共和国劳动合同法实施条例》、《深圳经济特区和谐劳动关系促进条例》等法律法规以及最高人民法院的相关司法解释和上级法院的有关指导意见，结合我市劳动争议审判实践，在对原有会议纪要等规范性意见进行汇编的基础上制定了本指导意见。

一、劳动争议案件受案范围

1、下列争议，应作为劳动争议处理：

(1) 劳动者与用人单位因养老保险缴费年限发生的争议；

(2) 劳动者以用人单位未为其缴纳社会保险费导致其损失为由，要求用人单位支付工伤、失业、生育、医疗待遇和赔偿金的；

(3) 劳动者以用人单位降低其缴纳社会保险费的工资标准导致其损失为由，要求用人单位承担工伤待遇损失的。

2、政府有关部门主导的国有企业改制，因企业职工下岗、整体拖欠职工工资引发的纠纷，应由政府有关部门按照企业改制的政策规定统筹解决，人民法院不予受理。

3、劳动者与用人单位因住房公积金发生的争议，不作劳动争议处理。

4、当事人已签收劳动争议仲裁委员会对劳动争议作出的调解书，事后反悔向人民法院起诉的，人民法院应裁定不予受理；已受理的，应裁定驳回起诉。但裁定书应说明调解书已生效，双方按原调解书执行。

5、职工履行职务在单位借款挂帐发生的纠纷，一方以劳动争议或以其他理由向人民法院起诉的，裁定不予受理；已受理的，裁定驳回起诉。

6、在劳动争议调解委员会、人民调解委员会等调解组织主持下，双方当事人达

成的调解协议，具有民事合同的效力。一方当事人不履行调解协议确定的给付义务的，对方当事人可直接向法院起诉。

7、当事人为减少劳动争议的处理环节，将具有给付内容的劳动争议案件改变案由向人民法院直接起诉，如劳动报酬纠纷改为债务纠纷，工伤事故纠纷改为损害赔偿纠纷，人民法院应依据《劳动法》第七十九条的规定不予受理，告知当事人先向劳动争议仲裁委员会申请仲裁。

劳动者与用人单位对双方的劳动争议达成了明确赔偿或补偿协议，后因款项的支付发生纠纷的，劳动者以债务纠纷向人民法院起诉的；或劳动者以用人单位的工资欠条为证据直接向人民法院起诉，诉讼请求不涉及劳动关系其他争议的，可按照普通民事纠纷受理。

8、劳动者违反保守商业秘密或竞业限制协议，用人单位要求追究违约责任的，应作为劳动争议处理。

用人单位以劳动者泄露商业秘密要求承担侵权责任的，不作劳动争议处理。

9、劳动者要求对用人单位的规章制度予以纠正的，不作劳动争议处理；劳动者以用人单位的规章制度违反法律法规，给其造成损害为由，要求用人单位承担赔偿责任的，应作为劳动争议处理。

10、劳动者在行政部门寻求救济后，再向劳动仲裁部门申请劳动仲裁的，对其未在行政部门提出的要求，应作为劳动争议受理；对其在行政部门已提出过的请求不应受理。

二、主体问题

11、“三来一补”企业，因其不具备对外独立承担民事权利义务的条件，在诉讼中应将“三来一补”企业与外方投资者一并列为当事人，共同承担责任。

向外方投资者送达法律文书时，可将法律文书送达给“三来一补”企业代收。

12、个人独资企业与劳动者发生劳动争议时，列个人独资企业为当事人，但应同时注明投资人的自然情况。

13、非法人单位与劳动者产生争议的，可将其上级法人单位列为共同诉讼主体参与诉讼，上级法人单位承担补充清偿责任。

14、劳动者与起有字号的个体工商户产生的劳动争议，应当以营业执照上登记

的字号为当事人，但应同时注明该字号业主的自然情况。

按上述原则，业主与实际经营者不一致时，列字号和实际经营者为共同当事人。

15、法人单位在开办新单位过程中，以新单位名义招用劳动者发生的争议，后未开办成的，列该法人单位为一方当事人；开办成立的，列该新单位为一方当事人。

16、用人单位合并或分立后的民事诉讼主体，可按民事诉讼法中主体合并与分立的处理原则确定。用人单位合并前发生的争议，以合并后的用人单位作为一方当事人；用人单位分立前的争议，分立后分担分立前单位权利义务明确的，由承受权利义务的单位作为一方当事人；不明确的，将分立后的各单位共同列为当事人。

17、企业自动歇业、视为自动歇业、被撤销或吊销营业执照、未经清算而注销的，应列该企业为当事人。如成立清算组清理债权债务的，列清算组的负责人为诉讼代表人；没有清算组的，列清算义务人为诉讼代表人。

前款规定的清算义务人按企业的不同性质分别确定，即国有企业为其主管部门；非公司制的集体企业为其开办者或出资者；法人型联营企业、中外合资企业法人和外商独资企业法人为其投资者；有限责任公司为其股东；股份有限公司为其控股股东。

18、因招用尚未与原用人单位解除劳动合同的劳动者致原用人单位对劳动者、现用人单位提起诉讼的，应根据用人单位的请求确定被告。原用人单位只请求解决与解除劳动合同有关的问题，可只以劳动者为被告；如原用人单位向劳动者和现用人单位提出经济损失索赔请求，应将劳动者和现用人单位列为共同被告。

19、在建设工程施工过程中，作为实际施工人的自然人与其非法招用的劳动者产生纠纷，劳动者申请仲裁或起诉的，应将具备用工主体资格的发包方列为被诉人或被告，并可视案情需要将施工的自然人的自然人、转包人、违法分包人列为被诉人或被告、第三人。

三、举证责任问题

20、原告向人民法院提起劳动争议诉讼时应当提交下列证据材料：

(1)原告、被告方基本情况的证据材料，自然人的应证明姓名、出生年月日、民族、工作单位、户籍所在地、现居住地、身份证号码，企业、个体经济组织、国家机关、事业单位、社会团体的应证明其工商登记情况或法人登记情况及其组织机构代码；

(2)劳动仲裁申诉人向劳动仲裁委员会提交的“申诉书”；

(3)劳动仲裁委员会作出的仲裁裁决书或不予受理的书面裁定、决定、通知；

(4)原告收到仲裁裁决、决定或通知的时间的相关证据材料；

(5) 当事人以劳动仲裁委员会逾期未作出受理决定而直接向人民法院提起诉讼的，劳动者应提交劳动仲裁委员会出具的已接受其申请材料的凭证及尚未受理的证明。

(6) 当事人以劳动争议仲裁委员会逾期未作出仲裁裁决而直接向人民法院提起诉讼的，劳动者应提交劳动争议仲裁委员会出具的《受理通知书》及尚未裁决的证明。

为妥善解决劳动争议纠纷，提高审判效率，确保劳动争议案件的公正审理，依法及时保护劳动争议双方当事人的合法权益，维护社会稳定，统一劳动争议裁判标准，现制定深圳市中级人民法院《关于审理劳动争议案件程序性问题的指导意见》、《关于审理劳动争议案件实体性问题的指导意见》和《关于审理工伤保险待遇纠纷相关法律适用问题的指导意见》三项指导意见。

该三项指导意见是在对二 000 年至今广东省高级人民法院和我院有关劳动争议案件的法律适用意见进行汇编整理的基础上，依据新颁布的《劳动合同法》、《劳动争议调解仲裁法》，并结合我市劳动争议审判实践制订的，以往相关会议纪要、综述、指导意见未被收录部分，不再适用。

该三项指导意见自下发之日起，供全市人民法院办案时参考。法律法规、司法解释及上级人民法院有新规定的，按法律法规、司法解释及上级人民法院的规定执行。如在处理此类案件时遇到问题，请及时报告市中级人民法院民六庭。

深圳市中级人民法院关于审理劳动争议案件程序性问题的指导意见 (2009年)

一、劳动争议案件受案范围

1, 下列争议, 应作为劳动争议处理 (省院 08 年指导意见第二条)

(1) 劳动者与用人单位因养老保险缴费年限发生的争议;

(2) 劳动者以用人单位未为其缴纳社会保险费导致其损失为由, 要求用人单位支付工伤、失业、生育、医疗待遇和赔偿金的;

(3) 劳动者以用人单位降低其缴纳社会保险费的工资标准导致其损失为由, 要求用人单位承担工伤待遇损失的。

2, 政府有关部门主导的国有企业改制, 因企业职工下岗、整体拖欠职工工资引发的纠纷, 应由政府有关部门按照企业改制的政策规定统筹解决, 人民法院不予受理。(省院 02 年指导意见第一条)

3, 劳动者与用人单位因住房公积金发生的争议, 不作劳动争议处理。(省院 08 年指导意见第三条)

4, 当事人已签收劳动争议仲裁委员会对劳动争议作出的调解书, 事后反悔向人民法院起诉的, 人民法院应裁定不予受理; 已受理的, 应裁定驳回起诉。但裁定书应说明调解书已生效, 双方按原调解书执行。(省院 02 年指导意见第三条)

5, 在劳动争议调解委员会、人民调解委员会等调解组织主持下, 双方当事人达成的调解协议, 具有民事合同的效力。一方当事人不履行调解协议确定的给付义务的, 对方当事人可直接向法院起诉。

说明: 将调解组织从省院 05 年若干意见第六条规定的劳动争议调解委员会扩大为劳动争议调解委员会、人民调解委员会等调解组织, 从而与我院大调解的相关规定一致。

6, 职工履行职务在单位借款挂帐发生的纠纷, 一方以劳动争议或以其他理由向人民法院起诉的, 裁定不予受理; 已受理的, 裁定驳回起诉。(市 02 年研讨会综述第八条)

另一种意见: 职工因履行职务在单位发生财务报销纠纷, 应作劳动争议处理。否

则，该类纠纷当事人无任何寻求救济的途径。

7， 当事人为减少劳动争议的处理环节，将具有给付内容的劳动争议案件改变案由向人民法院直接起诉，如劳动报酬纠纷改为债务纠纷，工伤事故纠纷改为损害赔偿纠纷，人民法院应依据《劳动法》第七十九条的规定不予受理，告知当事人先向劳动争议仲裁委员会申请仲裁。（省院 02 年指导意见第四条第一款）

劳动者与用人单位对双方的劳动争议达成了明确赔偿或补偿协议，后因款项的支付发生纠纷的，劳动者以债务纠纷向人民法院起诉的；劳动者以用人单位的工资欠条为证据直接向人民法院起诉，诉讼请求不涉及劳动关系其他争议的，可按照普通民事纠纷受理。

说明：该款在省院 02 年指导意见第四条第二款的基础上，根据最高人民法院《关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释（二）》第三条的规定，增加了有关劳动者以用人单位的工资欠条为证据直接向人民法院起诉的内容。

8， 劳动者违反保守商业秘密或竞业限制协议，用人单位要求追究违约责任的，应作为劳动争议处理。

用人单位以劳动者泄露商业秘密要求承担侵权责任的，不作劳动争议处理。

说明：本条是对用人单位追究劳动者泄露商业秘密相关责任是否属于劳动争议案件的规定。如双方之间存在保守商业秘密或竞业限制协议，而劳动者违反该协议，用人单位由此要求追究劳动者违约责任的，因该协议属于劳动合同部分，故应作为劳动争议处理；而如用人单位仅以劳动者泄露商业秘密要求承担侵权责任，因侵权责任属于普通民事责任，因按普通民事程序处理，故不作劳动争议案件处理。

9， 劳动者要求对用人单位的规章制度予以纠正的，不作劳动争议处理；劳动者以用人单位的规章制度违反法律法规，给其造成损害为由，要求用人单位承担赔偿责任的，应作为劳动争议处理。（我院与市劳动仲裁院 08 年 2 月 27 日的座谈意见）

10， 劳动者在行政部门寻求救济后，再向劳动仲裁部门申请劳动仲裁的，对其未在行政部门提出的要求，劳动仲裁部门及人民法院应予受理；对其在行政部门已提出过的请求不应受理。（我院与市劳动仲裁院 08 年 2 月 27 日的座谈意见）

二、主体问题

11， “三来一补”企业，中方或外商代理人管理的企业，没有营业执照，不具

备对外独立承担民事权利义务的条件，且实际上也没有履行能力，应将厂方与外商投资者一并列为当事人，共同承担责任。

向外方投资者送达法律文书时，可将法律文书送达给“三来一补”企业代收。（市03年研讨会纪要第一部分第四条）

12， 个人独资企业与劳动者发生劳动争议时，列个人独资企业为当事人，但应同时注明投资人的自然情况。（我庭2006年11月24日审判长会议纪要第四条）

13， 非法人单位与劳动者产生争议的，可将其上级法人单位列为共同诉讼主体参与诉讼，上级法人单位承担补充清偿责任。（中院00年座谈纪要第一部分第四条）

14， 劳动者与起有字号的个体工商户产生的劳动争议，应当以营业执照上登记的字号为当事人，但应同时注明该字号业主的自然情况。

按上述原则，业主与实际经营者不一致时，列字号和实际经营者为共同当事人。

15， 法人单位在开办新单位过程中，以新单位名义招用劳动者发生的争议，后未开办成的，列该法人单位为一方当事人；开办成立的，列该新单位为一方当事人。

（中院00年座谈纪要第一部分第五条）

16， 用人单位合并或分立后的民事诉讼主体，可按民事诉讼法中主体合并与分立的处理原则确定。用人单位合并前发生的争议，以合并后的用人单位作为一方当事人；用人单位分立前的争议，分立后分担分立前单位权利义务明确的，由承受权利义务的各单位作为一方当事人；不明确的，将分立后的各单位共同列为当事人。（中院002年座谈纪要第一部分第一条）

17， 企业自动歇业、视为自动歇业、被撤销或吊销营业执照、未经清算而注销的，应列该企业为当事人。如成立清算组清理债权债务的，列清算组的负责人为诉讼代表人；没有清算组的，列清算义务人为诉讼代表人。

前款规定的清算义务人按企业的不同性质分别确定，即国有企业为其主管部门；非公司制的集体企业为其开办者或出资者；法人型联营企业、中外合资企业法人和外商独资企业法人为其投资者；有限责任公司为其股东；股份有限公司为其控股股东。

说明：根据省院《关于企业法人解散后诉讼主体资格及其民事责任承担问题的指导意见》第一条、第三条和第四条的规定对市02年研讨会综述第四十二条的内容进行了修改。

18, 因招用尚未与原用人单位解除劳动合同的劳动者致原用人单位对劳动者、现用人单位提起诉讼的, 应根据用人单位的请求确定被告。原用人单位只请求解决与解除劳动合同有关的问题, 可只以劳动者为被告; 如原用人单位向劳动者和现用人单位提出经济损失索赔请求, 应将劳动者和现用人单位列为共同被告。(中院 002 年座谈纪要第一部分第六条)

19, 在建设工程施工过程中, 作为实际施工人的自然人与其非法招用的劳动者产生纠纷, 劳动者申请仲裁或起诉的, 应将具备用工主体资格的发包方列为被诉人或被告, 并可视案情需要将施工的自然人、转包人、违法分包人列为被诉人或被告、第三人。(省院 008 年指导意见第五条第二款)

三、举证责任问题

20, 原告向人民法院提起劳动争议诉讼时应当提交下列证据材料:

(1)原告、被告方基本情况的证据材料, 自然人的应证明姓名、出生年月日、民族、工作单位、户籍所在地、现居住地、身份证号码, 企业、个体经济组织、国家机关、事业单位、社会团体的应证明其工商登记情况或法人登记情况及其组织机构代码;

(2)劳动仲裁申诉人向劳动仲裁委员会提交的“申诉书”;

(3)劳动仲裁委员会作出的仲裁裁决书或不予受理的书面裁定、决定、通知;

(4)原告收到仲裁裁决、决定或通知的时间的相关证据材料;

(5)当事人以劳动仲裁委员会逾期未作出受理决定而直接向人民法院提起诉讼的, 劳动者应提交劳动仲裁委员会出具的已接受其申请材料的凭证及尚未受理的证明。

(6)当事人以劳动争议仲裁委员会逾期未作出仲裁裁决而直接向人民法院提起诉讼的, 劳动者应提交劳动争议仲裁委员会出具的《受理通知书》及尚未裁决的证明。

说明: 在市 003 年研讨会纪要第二部分第一条规定的基础上, 根据省院 08 年指导意见第六条增加了当事人以劳动争议仲裁委员会逾期未受理或未作出仲裁裁决而直接向人民法院起诉时所应提交的证据材料。

21, 劳动争议中, 当事人对是否存在劳动关系发生争议时, 举证责任如下分配:

(市 003 年研讨会纪要第二部分第二条)

(1)主张劳动关系成立的一方应当提交相应的劳动合同或就工资领取、社会保险、

福利待遇及工作管理提供相关证据材料。

(2)劳动者已举证证明在用人单位劳动时，但用人单位主张劳动关系不成立的，用人单位应当提交反证。

22, 用人单位未与劳动者签订劳动合同，认定双方存在劳动关系时可参考下列凭证：（中院 006 年座谈纪要第二十五条第四款）

- (1)工资支付凭证或记录（职工工资发放花名册），缴纳各项社会保险费的记录；
- (2)用人单位向劳动者发放的“工作证”、“服务证”等能够证明身份的证件；
- (3)劳动者填写的用人单位招聘“登记表”、“报名表”等招用记录；
- (4)考勤记录；
- (5)其他劳动者的证言等。

其中(1)、(3)、(4)项的有关凭证由用人单位负举证责任。

23, 当事人因工资支付发生争议的，举证责任如下分配：

- (1)用人单位应就劳动者已领取工资的情况进行举证。
- (2)用人单位延期支付工资，劳动者主张用人单位系无故拖欠工资的，用人单位应就延期支付工资的原因进行举证。
- (3)劳动者主张工资标准高于劳动合同约定或已实际领取的工资数额的，劳动者应就其主张的工资标准举证。
- (4)因用人单位减少劳动报酬发生争议，由用人单位负举证责任。
- (5)劳动者与用人单位约定业务提成在货款收回后才支付的，对货款回收的举证责任由劳动者负担。
- (6)劳动者主张加班工资，用人单位否认有加班的，用人单位应对劳动者未加班的事实负举证责任；用人单位以已经劳动者确认的电子考勤记录证明劳动者未加班的，对用人单位的电子考勤记录应予采信；用人单位不能就加班具体时间举证的，应采信劳动者主张的时间，但劳动者主张明显超出合理范围的应作出相应的调整。

用人单位考勤记录虽无劳动者签名，但有其他证据（如工资支付资料等）相佐证的，可作为认定劳动者工作时间的证据。

(7) 劳动者主张用人单位拖欠劳动报酬的，用人单位应对劳动者申请劳动仲裁之日两年内的工资支付表承担举证责任，但劳动者有证据证明其在申请劳动仲裁前已向

用人单位主张过权利的，用人单位应对劳动者首次主张权利之日两年内的工资支付表承担举证责任。

前款所称的工资支付表应包括《深圳市员工工资支付条例》第十五条第二款所规定的相关内容。

说明：第(1)至(4)项为市 03 年研讨会纪要第二部分第三条的规定；第(5)项为中院 06 年座谈纪要第二十五条第三款的规定；第(6)项第一目为在省院 08 年指导意见第二十九条第一款规定的基础上增加了中院 06 年座谈纪要第二十五条第二款关于用人单位不能就劳动者具体加班时间举证时的处理；第(6)项第二目在第一目规定的基础上放宽了对用人单位的举证要求，如其提供的考勤记录虽未经劳动者确认，但有其他证据相佐证时，对该证据亦予确认；第(7)项是根据省院 08 年指导意见第二十九条第二款规定的两年期限制定的，因两年期限的依据是《深圳市员工工资支付条例》第十五条第三款关于用人单位应保存至少两年的工资支付表，故该两年应从劳动者申请劳动仲裁或其首次向用人单位主张权利之日计算。

24， 当事人劳动合同的订立与解除发生争议的，举证责任如下分配：（市 03 年研讨会纪要第二部分第四条）

(1)当事人主张订立无固定期限劳动合同的，应就订立无固定期限劳动合同条件成立举证；

(2)当事人主张存在解除劳动合同或存在解除事实劳动关系事实的，应就此主张举证；

(3)用人单位就解除劳动合同或事实劳动关系的原因举证；

(4)用人单位主张劳动者严重违反劳动纪律或企业规章制度的，应就劳动者存在严重违反劳动纪律或企业规章制度的事实以及企业规章制度是否经过民主程序制定并已向劳动者公示的事实举证。

25， 与争议事项有关的证据属于用人单位掌握管理的，用人单位应当提供；用人单位不提供的，应当承担不利后果。（劳动争议调解仲裁法第六条）

26， 人民法院受理原告起诉的，人民法院应立即指定举证期限。适用简易程序审理的，指定的期限一般不得超过答辩期；适用普通程序审理的，指定的期限一般为三十天。当事人在举证期限内不提交证据的，视为放弃举证权利。（市 03 年研讨会

纪要第二部分第九条)

27, 当事人增加、变更诉讼请求的,应在举证期限届满前提出。(市03年研讨会纪要第二部分第十一条)

28, 当事人提出上诉的,二审法院应当在立案时指定新证据的举证期限,指定的期限一般为十五天,当事人在举证期限内不提交证据的,视为放弃举证权利。(市03年研讨会纪要第二部分第十条)

29, 当事人在劳动争议仲裁阶段向仲裁庭提交过的证据材料仍然应当按举证责任在人民法院指定的举证期限内向人民法院提交。(市03年研讨会纪要第二部分第十二条)

30, 人民法院对于举证能力较弱的劳动者应当加强诉讼指导,并可对劳动者的举证期限酌定从宽。人民法院在必要时应当依职权调查收集证据,不得轻易以劳动者证据不足或举证期限届满而驳回其诉讼请求。(省院05年若干意见第八条)

四、与仲裁衔接问题

31, 劳动争议仲裁委员会不予受理或者逾期未作出决定的,申请人可以直接就该劳动争议事项向人民法院提起诉讼。劳动争议仲裁委员会逾期未作出仲裁裁决的,当事人可以直接就该劳动争议事项向人民法院提起诉讼。

说明:该款根据劳动争议调解仲裁法第二十九条和第四十三条的规定制定。

当事人以劳动争议仲裁委员会逾期未作出仲裁裁决而向人民法院起诉的,人民法院经审查确实不存在鉴定、延误送达、移送管辖、案件排期及等待工伤复议、诉讼评残结论等中止事由的,应予受理。(省院08年指导意见第六条第二款)

人民法院决定受理劳动者申请的,应在受理之日起五日内书面通知劳动争议仲裁委员会终结有关案件的仲裁。(省院08年指导意见第六条第三款)

32, 当事人不服劳动争议仲裁委员会不予受理决定,应当自收到决定书之日起十五日内向人民法院起诉。当事人逾期向人民法院起诉的,可比照《劳动争议调解仲裁法》第五十条的规定,裁定不予受理;已受理的,裁定驳回起诉。

说明:根据《劳动争议调解仲裁法》第二十九条的规定,申请人对劳动争议仲裁委员会作出的所有不予受理决定不服均可向人民法院起诉,而不再限制于申请超过60日期限、申请事项不属于劳动争议或申请主体不适格三种情况。故本条在省院02年

指导意见第九条的基础上取消了可向法院起诉的不予受理决定的范围限制。

33, 当事人对劳动争议仲裁委员会作出准许撤回申诉或按撤回申诉处理的决定不服, 依法向人民法院起诉的, 裁定不予受理; 已受理的, 裁定驳回起诉。(市 03 年研讨会纪要第一部分第一条)

34, 当事人不服劳动争议仲裁委员会作出的仲裁裁决或不予受理决定、通知, 向人民法院起诉, 人民法院依法作出准许其撤诉或按撤诉处理的裁定, 并已送达给双方当事人, 当事人又提起诉讼的, 人民法院不予受理。(市 03 年研讨会纪要第一部分第二条)

35, 双方当事人均不服劳动争议仲裁委员会对不属于终局裁决的劳动争议案件的同一裁决, 向同一人民法院起诉的, 人民法院应当并案审理, 双方当事人互为原告和被告。在诉讼过程中, 一方当事人撤诉的, 人民法院应当根据另一方当事人的诉讼请求继续审理。(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(二)》第十一条)

一方当事人起诉后, 另一方当事人在收到劳动争议仲裁裁决书十五日后提出起诉或反诉的, 人民法院不应受理。

说明: 因不服劳动仲裁委员会裁决法定起诉期为 15 日, 故劳动争议案件不存在反诉。

《劳动争议调解仲裁法》第四十八条、第四十九条和第五十条分别规定十五日、三十日, 均应从当事人收到仲裁裁决书的次日起算。

说明: 新颁布的《劳动争议调解仲裁法》对不服劳动争议仲裁裁决向法院起诉的期限进行了规定, 故对中院 00 年座谈纪要第六条所称的《企业劳动争议处理条例》修改为《劳动争议调解仲裁法》, 并增加了 30 日起算点的规定。

36, 双方当事人之间不存在劳动关系, 但一方当事人以劳动争议为由申请劳动仲裁, 劳动争议仲裁委员会以双方不属于劳动法调整范围为由作出不予受理的书面裁决、决定或者通知, 当事人不服, 向人民法院起诉的, 经审查, 双方确实不存在劳动关系的, 以主体不适格为由裁定驳回起诉。(我庭 2007 年 4 月 17 日审判长会纪要第二条)

37, 劳动争议仲裁当事人一方或双方为二人以上的, 人民法院应视案件需要将未

向人民法院提起诉讼的当事人列为被告或第三人。

38、人民法院在审理劳动争议案件时，认为仲裁裁决遗漏当事人的，可依法追加当事人。（中院 00 年座谈纪要第三条）

39、劳动争议仲裁机构就申诉人的请求作出某一具体裁决项后，当事人未就该具体裁决项依法提起诉讼，视为其对该具体裁决项的认可。（中院 06 年座谈纪要第二十四条）

40、当事人在诉讼过程中增加关于工资的 25% 经济补偿金及解除劳动合同经济补偿金的 50% 额外经济补偿金请求的，可认定为该诉讼请求与讼争劳动争议具有不可分性。但当事人就同一请求增加数额的，不予支持。

41、人民法院在审理劳动争议案件过程中，应主动审查劳动争议的仲裁裁决书是否已送达另一方当事人，如另一方当事人未收到仲裁裁决书的，人民法院应裁定中止案件的审理。

42、劳动争议当事人不服劳动争议仲裁委员会作出的有给付内容的裁决而向人民法院起诉，人民法院不支持当事人的诉讼请求的，应在驳回当事人诉讼请求的同时，将仲裁裁决中有具体执行内容的裁决以判决形式表达出来。

43、根据审理撤销仲裁裁决、执行仲裁裁决案件的实际需要，人民法院可以向作出原裁决的劳动争议仲裁委员会调阅案卷。

人民法院在办理上述案件过程中作出的裁定，应当送作出原裁决的劳动争议仲裁委员会。

44、劳动者起诉或上诉的劳动争议案件，劳动者不预交案件受理费；案件审结时，由败诉方负担。劳动者败诉的，人民法院依劳动者申请可依法对应由劳动者承担的诉讼费用予以减免。

45、劳动者未出庭参加诉讼的，人民法院必须核实劳动者是否存在不能到庭的正当理由，不得简单作出按撤诉处理的裁定或仅因劳动者不到庭而作出不利于劳动者的缺席判决。

46、人民法院审理劳动争议案件时，当事人未提出诉讼时效抗辩，人民法院不应就诉讼时效问题进行释明及主动适用诉讼时效的规定进行裁判。

47、后受理的劳动争议案件适用《劳动争议调解仲裁法》，但对于前发生的劳动

争议案件，有关仲裁时效和起诉权的规定仍适用《劳动法》。

(1) 劳动者追索劳动报酬、工伤医疗费、经济补偿金或赔偿金，其仲裁请求涉及数项，分项计算数额不超过当地最低工资标准十二个月金额的，仲裁裁决为终局裁决；

(2) 劳动者要求按国家法定标准执行工作时间、享受休息休假争议，以及劳动者与用人单位发生本意见第一条规定的社会保险争议，仲裁裁决为终局裁决。

据《劳动争议调解仲裁法》第四十九条的规定向中级人民法院申请撤销仲裁裁决的，中级人民法院对用人单位撤销仲裁裁决的申请应不予受理。已受理的，应裁定终结诉讼。但基层人民法院审理案件时，对用人单位的抗辩应一并处理。

劳动者起诉后撤诉或因超过起诉期间被驳回起诉的，用人单位自收到裁定书之日起三十日内可以向劳动争议仲裁委员会所在地的中级人民法院申请撤销仲裁裁决。

中级人民法院在受理用人单位撤销仲裁裁决的申请后，或基层人民法院在受理劳动者对于终局裁决不服的案件后，均应在开庭审理前审查是否同时存在不服终局裁决的起诉或申请撤销仲裁裁决的情形。

50、人民法院受理破产申请后，劳动者对管理人列出的工资、经济补偿金、医疗费用等劳动债权清单提出异议，管理人不予更正，劳动者应向受理破产申请的人民法院起诉。受理破产申请的法院是中级法院的，中级法院可以指定基层人民法院审理上述案件。

51、劳动者依据《劳动合同法》第三十条第二款和《劳动争议调解仲裁法》第十六条的规定向人民法院申请支付令的，应符合《民事诉讼法》第十七章的规定。

人民法院裁定终结督促程序后，劳动者应先就劳动争议事项向劳动争议仲裁委员会申请仲裁。

52、劳动争议仲裁过程中，用人单位可能出现逃匿、转移财产等情形的，劳动者可以凭劳动争议仲裁委员会《受理通知书》向用人单位住所地基层人民法院提出财产保全申请。劳动者的申请符合《民事诉讼法》第九十三条规定的，人民法院依法作出财产保全裁定。对于申请财产保全的劳动者，如确因经济困难无法提供财产担保的，人民法院可减轻或免除劳动者的担保义务，确有必要的可由劳动者提供保证人担保。

劳动者在仲裁裁决生效或者人民法院裁判生效后三个月内未申请人民法院强制执行的，用人单位要求解除保全的，人民法院应当解除保全措施。

53、劳动争议仲裁委员会在紧急情况下，依法在劳动争议案件终结裁决作出之前，裁决用人单位预先支付劳动者工资、医疗费，用人单位不得单独就该部分裁决向人民法院起诉。用人单位拒不执行的，劳动者可向人民法院申请执行。

54、劳动争议仲裁委员会依据《劳动争议调解仲裁法》第四十四条的规定将先予执行裁决移送被执行人住所地或财产地的基层人民法院执行时，应向人民法院提供以下材料：

55、对于劳动者申请强制执行的劳动争议案件，人民法院可以不受执行立案顺序的限制，优先予以执行。

56、劳动者申请人民法院强制执行的劳动争议案件，申请人无法提供被执行人的财产状况或线索的，由人民法院依职权对被执行人的财产状况进行调查取证。

57、企业持续、大量拖欠劳动者工资，但企业有可供执行的土地使用权、厂房、机器设备等实物资产的，人民法院在执行拍卖过程中可要求拍卖人垫付该企业所拖欠的劳动者的工资后，再从拍卖企业财产所得款项中抵扣垫付的数额。

58、人民法院对欠薪单位执行到的每笔款项，均应当自该款项进入执行款专户之日起三日内支付给被欠薪的劳动者。

59、在人民法院审查用人单位撤销仲裁裁决的申请是否符合法定条件的期间，人民法院可不停止生效仲裁裁决的执行。

用人单位向人民法院申请撤销仲裁裁决被驳回的，又在执行程序中以相同理由提出不予执行申请的，人民法院不予支持。

60、对劳动者申请执行的劳动争议案件，人民法院应当严格适用广东省高级人民法院《关于对适用中止执行的若干问题的意见》，未经穷尽一切执行措施，不得裁定中止执行。

61、用人单位有能力履行已经发生法律效力劳动争议案件仲裁裁决或民事判决而拒不履行的，人民法院可根据情节轻重对用人单位负责人予以罚款、拘留；情节严重的，依据《中华人民共和国刑法》第三百一十三条追究刑事责任。

62、派出到合资、参股单位工作的劳动者与原用人单位仍保持劳动关系，原用人单位与合资、参股单位对劳动者的工资、社会保险、福利等有明确约定，且劳动者没有提出异议的，按该约定处理；无约定或无明确约定的，劳动者的相关待遇可由原用

人单位和合资、参股单位共同负担。

63、劳动者冒用他人名义与用人单位订立劳动合同的，应按实际劳动关系确定主体。

64、企业集团将其员工派往下级法人单位或将员工在下级法人单位之间调动，按员工与所在单位签订的劳动合同来确认劳动关系，如未签订劳动合同，按工资关系确定劳动关系。

65、用人单位招用劳动者未订立书面劳动合同，但同时具备下列情形的，劳动关系成立：

(2)用人单位依法制定的各项劳动规章制度适用于劳动者，劳动者受用人单位的劳动管理，从事用人单位安排的有报酬的劳动；

66、外国人、港澳台地区居民在中国内地就业应办理相应用工手续，其产生的用工关系应按劳动关系处理。如未依法办理《外国人就业证》、《台港澳人员就业证》等用工手续的，应认定有关劳动合同为无效劳动合同。外国人、港澳台地区居民已经付出劳动的，由用人单位参照合同约定支付劳动报酬。

外国企业常驻代表机构、港澳台地区企业未通过涉外就业服务单位直接招用中国雇员的，应认定有关用工关系为雇佣关系。

67、劳务派遣关系中，用工单位违反其法定义务，造成劳动者损害的，由用工单位承担赔偿责任，劳务派遣单位承担连带责任；劳务派遣单位违反其法定义务，造成劳动者损害的，由劳务派遣单位承担赔偿责任，用工单位承担连带责任。

68、用人单位招用已达法定退休年龄但未享受基本养老保险待遇的人员，双方之间形成的用工关系可按劳动关系处理。

用人单位招用已享受基本养老保险待遇或退休金的人员，双方之间形成的用工关系应按雇佣关系处理。

69、劳动者与不具备合法经营资格的用人单位因用工关系产生争议，应当将该单位或出资人列为当事人，按照《劳动合同法》第九十三条的规定支付相关费用。

不具备合法经营资格的用人单位借用他人营业执照经营的，还应当将被借用营业执照的一方列为当事人，被借用营业执照一方承担补充清偿责任。

70、挂靠在其他单位名下进行生产经营的挂靠人违反法律法规的规定侵害其招用

的劳动者合法权益，挂靠人以自己的名义招用劳动者的，挂靠人不具有用工主体资格的，由挂靠人承担责任，被挂靠人承担补充清偿责任；挂靠人具有用工主体资格的，被挂靠人不承担责任。

挂靠人以被挂靠人名义招用劳动者的，被挂靠人未提供证据证明其已提出反对并将挂靠事实告知劳动者，挂靠人不具有用工主体资格的，由被挂靠人承担责任；挂靠人具有用工主体资格的，由挂靠人承担责任，被挂靠人承担补充清偿责任。

71、在非全日制用工形式下，劳动者可与不同的用人单位同时建立劳动关系。但后一劳动合同的订立不得影响先订立的劳动合同的履行。

72、在履行固定期限劳动合同期间，一方当事人未经另一方当事人同意，单方要求将原劳动合同变更为无固定期限劳动合同的，不予支持。

73、用人单位依照《劳动法》第四十四条的规定应向劳动者支付延长工作时间工资报酬的，劳动者的加班工资计算基数应为正常工作时间工资，用人单位与劳动者约定奖金、津贴、补贴等项目不属于正常工作时间工资的，从其约定。但约定的正常工作时间工资低于当地最低工资标准的除外。

双方在劳动合同中约定了计发加班工资基数标准或在工资表中可看出计发加班工资基数标准，而用人单位也确实按照该标准计发了劳动者的加班工资，并据此制作工资表，该工资表亦经劳动者签名确认。在此情况下，只要双方的约定不低于最低工资标准，即可认定双方已约定以该计发加班工资基数标准为加班工资的计算基数。如果用人单位根据此标准计发给劳动者的工资符合法律规定的加班工资计算标准，则认定用人单位已全额支付了加班工资。

74、劳动者与用人单位在签订劳动合同时约定的工资中注明“已包含加班工资”、实行“月薪”制或虽未书面约定实际支付的工资是否包含加班工资，但用人单位有证据证明已支付的工资包含正常工作时间工资和加班工资的，劳动者的时薪为：
$$\text{时薪} = \text{约定工资} \div \text{天} \times 8 \text{ 小时} + \text{约定包含在工资中的平时加班时间小时数} \times 150\% + \text{约定包含在工资中的休息日加班时间小时数} \times 200\% + \text{约定包含在工资中的法定节假日加班时间小时数} \times 300\%$$
。

如按上述方法计算出的劳动者的时薪低于法定最低工资标准，则该约定为无效。劳动者的工资应以最低工资标准为基本工资，超过法定工作时间为加班时间，加班工

资以最低工资标准按法律规定标准计算。

75、如劳动者与用人单位约定业务提成在货款收回后才支付的，该约定应认定为有效。员工请求业务提成，须在约定条件成就才能得到支持。

如劳动者离职的，业务提成支付周期在一个月内的，用人单位应立即支付；业务提成约定在货款收回后才支付的，则用人单位可在条件成就后支付。

76、用人单位自用工之日起超过一个月不满一年未与劳动者签订劳动合同的，用人单位应自用工之日起满一个月的次日起支付两倍工资至双方签订劳动合同前一日时止。但用人单位有足够证据证明未签订劳动合同的原因完全在劳动者，其自身无过错的，用人单位无须支付两倍工资。

劳动合同期满，劳动者继续在用人单位工作的，用人单位在劳动合同期满之日超过一个月不满一年未与劳动者签订劳动合同的，参照前款处理。

77、双方约定实行计件工资制，但根据现有证据无法查明正常工作时间工作定额的，根据劳动者的工资、工作时间和法定加班倍数折算出的时薪不低于最低工资标准，则可认定用人单位支付的工资中已包含了加班工资。

78、用人单位在《劳动合同法》实施以前制定的规章制度，虽未经过《劳动合同法》第四条第二款规定的民主程序，但内容未违反法律、行政法规及政策规定，并已向劳动者公示或告知的，可以作为用人单位用工管理的依据。

《劳动合同法》实施后，用人单位制定、修改直接涉及劳动者切身利益的规章制度或重人事项时，未经过《劳动合同法》第四条第二款规定的民主程序的，原则上不能作为用人单位用工管理的依据。但规章制度或重大事项的内容未违反法律、行政法规及政策规定，不存在明显不合理的情形，并已向劳动者公示或告知的，劳动者没有异议的，可以作为劳动仲裁和人民法院裁判的依据。

79、《劳动合同法》第四条第二款规定的“平等协商确定”主要是指程序上的要求，如果平等协商无法达成一致，最后决定权在用人单位。如该规章制度违反法律法规的规定，给劳动者造成损害的，劳动者可依据《劳动合同法》第八十条寻求救济。

80、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，用人单位不得以特别约定排除或限制劳动者的解除权。但由于劳动者未提前三十日通知解除劳动合同而给用人单位造成损失的，劳动者应当赔偿。

81、用人单位违法解除或终止劳动合同，应依照《劳动合同法》第八十七条及《劳动合同法实施条例》第二十五条的规定支付赔偿金。但劳动者同时以用人单位未提前三十日通知解除劳动合同为由请求额外支付一个月工资的，不予支持。

82、用人单位在劳动合同期满前，通知劳动者不要上班，但正常发放劳动者工资至劳动合同期满，视为用人单位提前通知劳动者合同期满后终止双方的劳动合同，应当允许。

83、劳动者在仲裁要求用人单位支付经济补偿金，在诉讼时变更为要求继续履行劳动合同，或者在仲裁时要求用人单位继续履行劳动合同，在诉讼时变更为要求用人单位支付经济补偿金，不应准许。

84、自用工之日起一个月内，劳动者与用人单位就签订劳动合同事项协商不一致，用人单位提出终止劳动关系的，无须支付经济补偿金，但应当依法向劳动者支付其实际工作时间的劳动报酬。

自用工之日起超过一个月不满一年，用人单位有足够证据证明其与劳动者未能签订书面劳动合同的原因完全在劳动者，且用人单位无过错的，用人单位提出终止劳动关系，须支付经济补偿余。

自用工之日起满一年，用人单位未与劳动者订立书面劳动合同的，视为自用工之日起满一年的当日已经与劳动者订立无固定期限劳动合同，应当立即与劳动者补订书面劳动合同。

劳动合同期满后，劳动者继续在用人单位工作，用人单位未与劳动者签订书面劳动合同的，参照上述规定处理。

85、用人单位在深圳市行政区域内搬迁的，劳动者因此提出解除劳动合同并要求用人单位支付经济补偿金没有法律依据，不予支持。

用人单位由深圳市行政区域内向深圳市行政区域外搬迁的可以依据《劳动合同法》第四十条第一款第(三)项的规定，对劳动者要求支付经济补偿金的请求，予以支持。

86、用人单位经营者弃厂逃逸、下落不明、停止生产导致劳动合同不能履行的，除符合《劳动合同法》第四十四条第(四)项、第(五)项规定的情形外，劳动者提出经济补偿金请求的，不予支持。

87、劳动者依《劳动合同法》第三十八条、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》第十五条或《深圳经济特区劳动合同条例》第二十五条第(二)、(三)、(四)项、《深圳经济特区劳务工条例》第二十二条第(二)、(三)、(四)项规定解除劳动合同时，用人单位应当支付劳动者经济补偿金。但劳动者同时要求依《违反和解除劳动合同的经济补偿办法》第十条规定请求50%额外经济补偿金的，不予支持。

用人单位实际存在前款情形(如拖欠、克扣劳动者工资等)，但劳动者系以“待遇低、压力大；家中有事；身体不适”等原因为由提出辞职，后又以用人单位存在前款情形迫使其辞职为由而要求用人单位支付经济补偿金的，不予支持。

劳动者依据《劳动合同法》第三十八条第一款的规定提出解除劳动合同的，应事先告知用人单位。劳动者未事先告知，给用人单位造成损失的，应当承担赔偿责任，但用人单位仍须支付经济补偿金。

88、双方约定解除劳动合同后，由用人单位支付给劳动者的补偿金或违约金标准与法定经济补偿金标准不同的，均应认定无效。

89、对于用人单位与劳动者之间在劳动合同中约定，每一合同履行期满由用人单位予以发放“解约补偿金”，或用人单位在合同期满终止发放补偿金，后双方依然延续劳动关系的，在用人单位应当支付劳动者经济补偿金时，应以其连续工作年限计发，但已领取的上述款项应予以扣除。

90、劳动者在履行劳动合同过程中造成用人单位损失，用人单位在解除劳动合同时要求劳动者一次性赔偿的，应予支持，但赔偿数额由人民法院根据劳动者的过错程度、造成损失的大小等具体情况酌情进行确定。

91、用人单位在合同期限内通过“末位淘汰”或者“竞争上岗”等形式单方解除与劳动者的劳动合同，属违法解除行为。

92、用人单位经营期限届满不再继续经营，双方劳动合同终止，劳动者要求用人单位支付经济补偿金的，不予支持。

93、用人单位变更名称、法定代表人、主要负责人或者投资人，不影响劳动合同的履行，劳动者的工作年限应连续计算。劳动者因上述事由要求解除劳动合同并由用人单位(投资人)支付经济补偿金的，不予支持。

94、用人单位未依法为劳动者缴纳社会保险费的，劳动者应当依法要求用人单位缴纳，用人单位未在劳动者要求之日起一个月内按规定缴纳的，劳动者有权提出解除劳动合同，用人单位应支付经济补偿金，但经济补偿金的支付年限应从日起计算。

95、劳动者以用人单位在《劳动合同法》实施前未及时足额支付劳动报酬为由，请求解除劳动合同并要求用人单位支付经济补偿金的，除符合最高人民法院《关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释》第十五条规定的情形外，不予支持。

《劳动合同法》实施后，劳动者以用人单位未及时足额支付劳动报酬为由，请求解除劳动合同并要求用人单位支付经济补偿金的，应予支持。

劳动者请求的加班工资差额包含《劳动合同法》实施前和实施后的时间，在是否支持劳动者请求的经济补偿金问题上，分段采取不同的标准和处理原则。

96、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》第十五条第一款第(四)项所称的“拒不支付”是指劳动者向用人单位提出支付延长工作时间的工资报酬的请求，而用人单位明确拒绝；或者用人单位明确表示拒绝支付。

97、对于用人单位有延期发放工资的情况，但在劳动者离职前已经发放，劳动者以用人单位拖欠工资为由提出辞职，并要求用人单位支付拖欠工资 25%经济补偿金及经济补偿金，不予支持。

98、劳动者达到法定退休年龄，劳动合同终止，用人单位无须支付经济补偿金。

99、用人单位违法解除或终止劳动合同，劳动者不要求继续履行劳动合同或劳动合同已经不能继续履行的，用人单位应按《劳动合同法》的规定向劳动者支付赔偿金，但无需另外支付经济补偿金。赔偿金的计算年限用工之日起连续计算。

100、在计算劳动者解除劳动合同前十二个月平均工资时，其工资除包括正常工作时间的工资外，还包括劳动者的加班工资。劳动者已领取的年终奖或年终双薪，计入工资基数时应按每年十二个月平均分摊。

用人单位因未在用工之日起一个月内签订劳动合同须按月向劳动者支付二倍工资，其中加付的一倍工资不纳入经济补偿金或赔偿金的计算基数。

101、用人单位实行每周工作六天，每周工作时间不超过 40 小时的，应予准许。该工作制度属于标准工时制。

102、劳动争议发生后，劳动者与用人单位达成了解决纠纷协议，一般应认定该

协议有效。但个别确实显失公平，劳动者在法定期限内申请撤销的，应当支持。

103、用人单位违法解除与“三期”内女职工的劳动合同，如女职工要求继续履行劳动合同，则应撤销用人单位解除劳动合同的决定，双方继续履行劳动合同。造成劳动者工资收入损失的，用人单位还要支付工资。如在案件处理过程中劳动合同期限届满的，则应在撤销用人单位解除劳动合同决定的同时，认定双方劳动合同终止，并判令用人单位支付至劳动合同终止之日的工资待遇和经济补偿金。

如女职工未要求继续履行劳动合同或劳动合同已经不能履行的，应认定双方劳动合同解除，并依照《劳动合同法》第四十八条和第八十七条的规定，由用人单位支付赔偿金。

104、女职工在“三期”内依《劳动合同法》第三十八条、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》第十五条的规定，提出被迫解除劳动合同，除要求经济补偿金外，还要求用人单位支付工资至“三期”期满的，对劳动合同解除后的“三期”工资，不予支持。

105、“三期”女职工孕期工资可参照《深圳经济特区企业工资管理暂行规定》第五十四条规定的停工津贴确定；产假期间的工资，按原工资待遇照发；哺乳期工资依《广东省女职工劳动保护实施办法》规定按不低于本人标准工资的百分之七十五发给工资。

106、用人单位收取劳动者押金、保证金等，劳动者除要求退回押金、保证金外，还要求用人单位支付占用押金、保证金期间的利息，对劳动者的利息请求，可按人民银行同期贷款利率予以支持。

107、用人单位恶意规避《劳动合同法》第十四条的下列行为，应认定为无效行为，劳动者的工作年限和订立固定期限劳动合同的次数仍应连续计算：

- (1)为使劳动者“工龄归零”，迫使劳动者辞职后重新与其签订劳动合同的；
- (2)通过设立关联企业，在与劳动者签订合同时交替变换用人单位名称的；

《劳动合同法》实施前，用人单位已按国家和省有关主辅分离辅业改制、劣势企业关闭退出和富余人员安置等规定，办理了劳动合同手续并依法支付了经济补偿金的，工作年限不连续计算。

108、用人单位与劳动者约定竞业限制的，应当在竞业限制期限内依法给予劳动

者经济补偿，用人单位未按约定支付经济补偿的，劳动者自用人单位违反约定之日起三十日内可要求用人单位一次性支付尚未支付的经济补偿，并继续履行协议；劳动者未在三十日内要求一次性支付的，可通知用人单位解除竞业限制协议。

用人单位在竞业限制条款中约定的违约金过分高于实际损失的，人民法院、劳动争议仲裁委员会可以依据劳动者的请求对违约金数额予以适当调整。

109、本指导意见自印发之日起施行。本院以往相关处理劳动争议的相关会议纪要、综述、指导意见不再适用。法律法规、司法解释、上级人民法院或本院有新规定的，按新规定执行。

110、本指导意见由市中级人民法院审判委员会负责解释，供全市两级人民法院参照执行。

深圳市劳动争议仲裁、诉讼实务座谈会纪要

(2010年3月9日深圳市中级人民法院审判委员会第六次会议讨论通过)

一、劳动者依照《人口与计划生育法》第二十七条、《广东省人口与计划生育条例》第三十八条、第三十九条，要求用人单位按月支付的独生子女保健费和奖励金以及在退休时一次性支付的上年度职工平均工资的30%待遇而产生的争议，不作劳动争议处理。

二、因订立或者履行企业年金方案发生的争议，根据《企业年金试行办法》的规定，按国家有关集体合同争议处理规定执行。

三、劳动者因用人单位代扣代缴个人所得税产生的争议，用人单位已举证证明代扣代缴的税款已经缴给税务机关，劳动者对代扣代缴的税款金额有争议的，该争议不作劳动争议处理；用人单位不能证明代扣代缴的税款已缴给税务机关的，该争议应按劳动争议处理。

四、劳动者要求用人单位支付高温津贴产生的争议，不作劳动争议处理。

五、非深圳户籍的劳动者以用人单位未为其办理失业保险为由要求用人单位一次性赔偿的，不予支持。

六、《劳动合同法》第八十二条规定的“二倍工资”中加付的一倍工资是指包括加班工资在内的所有应发工资。

七、用人单位未按照法定期限与劳动者签订书面劳动合同，即使后来双方签订了劳动合同，劳动者要求用人单位支付二倍工资至签订之日的，应予支持。但双方均将劳动合同的签字日期倒签在法定期限之内或者双方约定的劳动合同期间包含了已经履行的事实劳动关系期间的，应视为双方自始签订了劳动合同，在此情况下，劳动者要求用人单位支付二倍工资的，不予支持。

八、劳动者以用人单位自用工之日起满一年未与其订立书面劳动合同为由，要求用人单位支付用工之日起满一年之后的二倍工资的，不予支持。

九、用人单位拒绝与符合《劳动合同法》第十四条第二款规定的条件的劳动者签订无固定期限劳动合同，劳动者要求其支付二倍工资至补订无固定期限劳动合同的前一日的，应予支持。

十、用人单位未依法支付二倍工资或未休年假工资，劳动者要求支付25%经济补偿金的，不予支持。劳动者以用人单位未依法支付二倍工资或未休年假工资为由提出被迫解除劳动合同并要求经济补偿金的，不予支持。

十一、新公司筹备阶段聘用劳动者而未与劳动者签订书面劳动合同，劳动者要求新公司支付该期间二倍工资的，不予支持。

十二、符合条件的劳动者要求签订无固定期限劳动合同，双方已经签订了固定期限劳动合同的，劳动者应当在合同期满前提出；双方未签订劳动合同的，劳动者应在用人单位终止劳动关系前提出。

十三、用人单位解除劳动合同未提前三十日以书面形式通知劳动者或未事先通知工会，劳动者主张构成违法解除劳动合同的，不予支持。用人单位裁员未履行《劳动合同法》第四十一条规定的法定程序，劳动者主张构成违法解除劳动关系的，应予支持。

十四、劳动者严重违反劳动纪律，用人单位可以依照《劳动法》第二十五条的规定解除劳动关系。

十五、《调解仲裁法》第四十九条第一款第（三）项规定的“违反法定程序”是指劳动仲裁裁决违反法定程序，足以影响案件的公正裁决。

十六、劳动仲裁机构认为案件属于“一裁终局”，用人单位向中级法院申请撤销仲裁裁决，中级法院认为不属于“一裁终局”的，中级法院应以劳动仲裁裁决适用法律法规确有错误为由裁定撤销，并由双方当事人就争议事项另行起诉。劳动仲裁机构认为案件不属于“一裁终局”，当事人向基层法院起诉后，基层法院认为属于“一裁终局”的，基层法院应对该案件进行实体审理，不得以案件属于“一裁终局”为由裁定不予受理或驳回起诉。

十七、用人单位经劳动者同意不安排年休假或者安排劳动者年休假天数少于应休年假天数，但其已支付了劳动者工作期间的工资的，用人单位应支付未休年假工资的责任仅为劳动者工作期间工资的200%。

在确定劳动者法定休假天数时，由劳动者对其主张的在其他单位的工作年限承担举证责任。

2011 年深圳市劳动人事争议疑难问题研讨会纪要

2011 年 11 月 3 日-4 日，深圳市劳动人事争议仲裁院牵头召开了全市劳动人事争议处理疑难问题研讨会。会上，市、区劳动人事争议仲裁机构（以下简称“仲裁机构”）领导、业务骨干和市中级人民法院及各区人民法院相关领导就近期我市劳动人事争议处理过程中出现的新情况、新问题共同进行研讨，并就有关问题达成了一致意见。纪要如下：

一、用人单位要求已离职劳动者返还原基于职务所占用物品（如：电脑、汽车、特定资料等）产生的争议属劳动争议，各级仲裁机构和法院应当受理。

二、船员因船员劳务（劳动）合同产生的纠纷依法应由海事法院受理，各级仲裁机构和普通法院不予受理。

三、企业停薪留职人员、未达到法定退休年龄的内退人员、下岗待岗人员以及企业经营性停产放长假人员，已与新用人单位建立劳动关系，但又要求原用人单位支付未签订劳动合同双倍工资的，不予支持。

四、用人单位与劳动者在劳动合同中约定“员工辞工未提前 30 天通知用人单位，须承担确定金额的赔偿责任”的，约定无效。如劳动者违反劳动合同法规定解除劳动合同给用人单位造成损失的，应当依照《劳动合同法》第九十条的规定，按实际损失为限予以赔偿。

五、用人单位违法解除或终止劳动（合同）关系，劳动者在申请仲裁和诉讼时仅要求支付经济补偿而未要求支付赔偿金的，各级仲裁机构和法院应认定用人单位的解除或终止行为违法，同时依职权直接将劳动者的经济补偿诉求变更为赔偿金，但裁判金额以劳动者诉求的金额为限。

用人单位依法解除或终止劳动（合同）关系，劳动者在申请仲裁和诉讼时要求支付赔偿金的，各级仲裁机构和法院应认定用人单位的解除或终止行为合法，同时依职权直接将劳动者的赔偿金诉求变更为经济补偿，依法计算劳动者应得的经济补偿金额。

六、劳动合同期限因法定情形（如：工伤、患病或非因工负伤、女职工三期等）续延的，续延期间应当计算为劳动者在本单位的工作年限。

劳动者的工作年限依法续延满十年，劳动者提出订立无固定期限劳动合同的，用人单位应当与其订立无固定期限劳动合同。

七、女员工与用人单位约定工资为计件工资的，按照女员工产假前 12 个月应发工资的平均数额来确定其产假期间的月工资标准。应发工资确实无法查明的，可以按已查明的产假前 12 个月实发工资的平均数额来确定其产假期间的月工资标准。

八、女员工未婚先孕流产的，不享受流产假期。女员工提供医疗证明（或医嘱），证明其需停工休息的，可按照病假待遇处理。

九、用人单位以劳动者假冒身份证明为其缴纳医疗保险致使劳动者无法享受医疗保险待遇，劳动者主张用人单位赔偿损失的，参照深圳市中级人民法院《关于审理工伤保险待遇纠纷案件适用法律问题的指导意见》第三条的规定处理。

十、被申请人在规定时限内就本申请提出反申请的，仲裁机构在审理时应按同一案号，将反申请与本申请合并审理。仲裁裁决同时包含终局裁决事项和非终局裁决事项的，作非终局裁决处理。

十一、仲裁机构已向当事人一方送达仲裁裁决书，申请人提出撤回仲裁申请的，仲裁机构不应准予撤回仲裁申请。

以上仅供大家学习参考

东莞市两级法院民一庭及各法庭民事审判业务沟通会摘要

(第一次)

一、关于工伤赔偿以及国务院《工伤保险条例》第 63 条在审判实践中的执行问题：

1、劳动关系、非法用工关系、雇佣关系应如何区分，如何适用赔偿标准？

与会者认为，根据《劳动法》第二条，我国境内的企业、个体经济组织与劳动者之间为劳动关系，受工伤的职工享受《工伤保险条例》规定的工伤待遇；根据《工伤保险条例》第六十三条，无营业执照或者未经依法登记、备案的单位以及被依法吊销营业执照或者撤销登记、备案的单位与其职工之间为非法用工关系，用人单位与其使用的童工之间，亦为非法用工关系，非法用工单位工伤人员，有权依劳动和社会保障部《非法用人单位伤亡人员一次性赔偿办法》获得赔偿，且赔偿标准应不低于工伤标准；其他个体雇主与其雇员之间为雇佣关系，适用最高人民法院《关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》中有关雇员职业损害的赔偿标准。

2、非法用工的工伤索赔在程序上是否必须经仲裁：

与会者认为，根据《非法用工单位伤亡人员一次性赔偿办法》第九条的规定，就非法用工单位伤亡人员的赔偿数额发生争议的，按照劳动争议的有关规定处理。广东省劳动争议仲裁委员会也以粤劳仲[2004]2 号文发出《关于受理非法用工单位与伤亡人员劳动争议案件有关问题的通知》，要求各级劳动争议仲裁委员会对此类案件立案受理，故非法用工的工伤索赔在程序上必须经过仲裁。

3、当事人起诉时以工伤索偿，但其适用标准却以人身损害赔偿计算时，应如何处理？

与会者认为，应按其实际应获的标准计算，并加强法官释明权的运用，理顺当事人诉讼请求与法律关系的一致性。

4、个体户在劳动者受伤时还在经营，当时没有进行工伤认定，过后劳动者要求仲裁，但此时个体户已被吊销了营业执照，应如何处理？

与会者认为，应按劳动关系处理，由个体户的原持牌人及实际经营者承担责任。

5、在建筑领域发生的职业损害应如何处理：

1) 业主将建筑、装修工程发包给有资质的建筑公司后，建筑公司违反《建筑法》第十三条的规定将工程转包给个人承建，应视为无效承包。根据《建筑法》第四十五条、劳动部办公厅劳办发(1994)109号文的规定，由包工负责人雇用的工人发生工伤，其工伤待遇由包工负责人和建筑公司连带承担。

2) 业主将工程发包给不具备资质的施工队或包工人的，施工队或包工人与其雇用的工人之间，按雇佣关系处理。业主作为发包因选任承包人不当，应与包工人承担连带责任。

二、关于劳动争议案件中遇到的其他问题：

1、仲裁庭送达裁决或通知书的送达回证应复印给劳动者，以便于法院确定其申诉和起诉是否在时效期间内？

与会者认为，劳动争议仲裁庭协调过此事，他们会配合。

2、劳动者曾在工作期间受伤，但当时觉得伤势不重，未及时追究用人单位责任，许久后去医院才发现伤得很严重，遂提起诉讼，用人单位以该伤非因工所致进行抗辩，应如何认定？

与会者认为，劳动者应首先证明其所受伤害与工作有关。

3、在工伤案件的调解中，如双方达成的调解数额在法定最低的赔偿数额之下，是否适用调解？

与会者认为，应当尊重当事人的意思自治，法官应当将当事人应享有的法定权利予以告知，如劳动者仍同意以低于法定的标准接受赔偿数额，应当予以准许。

4、申请伤残评定是否存在时间限制(如某劳动者于1997年受伤，出院后继续在原单位上班，后来因为工伤外的事情而辞职，于2003年申请评残)？

与会者认为，工伤保险条例虽然规定申请劳动能力鉴定的时间应在医疗终结期满30日内，但没有规定超过这个时间不再进行劳动力鉴定。另外，劳动能力鉴定只是案件审理中的一份证据，何时形成，只对证据的审查产生影响。

5、劳动者医疗终结后被评为五级伤残，后续治疗的手术完成后，再次评残，等级是七级，应以哪次为准？

与会者认为，应以后一次评残为准。伤残的含义就在于不可经治疗恢复，如果经治疗后能够恢复的，则不属伤残。

6、美容费用是否可以作为治疗费予以支持？

与会者认为，应将美容与整容区分开，整容是“恢复原状”，美容是“锦上添花”。劳动者受伤后，医院认为有整容必要的，应作为治疗费用的一部分。

7、未经社保部门作出工伤认定的案件，法院是否可以直接受理？

目前没有工伤认定为诉讼前置程序的规定，但已买了社会保险案件，应当先由当事人申请工伤认定，并由社保支付相应待遇后，再行诉讼，以免法院直接认定为工伤后，影响社会保险部门对工伤待遇的审查和支付。

8、如当事人提起人身损害赔偿之诉，但实际应属工伤待遇范围，是否需要仲裁？必须先走仲裁。

9、涉外涉港澳台案件的劳动争议案件是否按涉外程序进行？

民商事案件应统一按涉外程序，不能独任审判。但国外及港澳台公司在内地设立的“三来一补”厂与劳动者之间的劳动争议案件，因“三来一补、”厂系内地企业，劳动关系发生在内地，在没有明确的规定之前，不按涉外程序进行。

10、关于“三来一补”企业作为被告的责任问题：

“三来一补”企业没有独立的责任能力，应将其实际经营者——外方开办单位列为共同被告，并由二者共同承担民事责任。

11、“年底双薪”是否属于“经济补偿金”？

多数与会者认为，“经济补偿金”是用人单位在解除劳动合同时支付给劳动者的生活补助，而“年底双薪”一般认为是一种福利待遇。在没有发生解除劳动合同的情况下，不能认定“年底双薪”就是违反或解除劳动合同的“经济补偿金”。但可考虑两种例外情况：一是用人单位与劳动者一年签一次一年期的合同，年底合同期满，用人单位已根据修改前的《广东省劳动合同管理规定》支付了一个月工资的生活补助费；二是双薪发放时明确注明是解除劳动合同的经济补偿金。

12、“三来一补”企业撤销后，又成立了一个新企业，但工厂地点与机器设备都一样，厂里工人也都继续工作，支付经济补偿金时如何计算工人的工作年限？

可认定两企业是关联企业，累计计算工人的工作年限。

13、在劳动争议中，加班费的计算方法应按劳动法规定的每月工作 20.92 天来计算工资，但有些工厂与劳动者约定一个星期工作 6 天，并按 6 天计酬，是否也按 20.92

天计算日工资？

这种情况下如按 20.92 天的时间计算的话，实际上认定了厂方未支付星期六工资，这与双方的约定不符，应按双方约定的工作时间和报酬计算日薪和时薪。但依约定计算的月薪，不得低于本地当年度最低工资标准。

14、劳动者在起诉中请求其在申诉过程中所花费的有关费用，应如何处理？

由于现行法律未规定对当事人因诉讼而支出的费用予以救济，劳动争议案件暂不宜作特别处理。

15、《广东省工伤保险条例》中的“统筹地区职工平均工资”应如何界定？

即东莞市职工平均工资。

16、检察院法医技术鉴定中心的“伤情咨询意见书”是否可以采纳？

“伤情咨询意见书”也是一种证据，是否采纳应根据个案情况进行审查。

17、新的《工伤保险条例》应如何适用？

2004 年 1 月 1 日尚未完成工伤认定的，应适用该条例。

东莞市两级法院民一庭及各法庭民事审判业务沟通会摘要

(第二次)

一、一般劳动争议案件：

1、被裁决承担责任的用人单位作为原告起诉的，如果劳动者未起诉，是否视为劳动者服从仲裁裁决？其在答辩中提出的要求超过仲裁裁决的数额，但在其向仲裁部门申诉的范围内，是否支持？

与会者认为，本案以用人单位作原告，审理的标的是原告的诉讼请求“不需支付（仲裁裁决的数额）”，故劳动者在答辩中提出的请求应属超出审理范围。

2、当事人双方均不服劳动仲裁裁决向人民法院起诉的，后起诉一方应否预交纳诉讼费？

应预交（详见省院指导意见第十二条），但最后该案只收 50 元，由败诉方承担。

3、关于劳动者以被解雇为由起诉，用人单位以劳动者自动离职进行抗辩的，如何分配举证责任？

首先，不能直接引用最高院《关于民事诉讼证据的若干规定》第六条（或劳动争议司法解释第十三条）。其次，在举证责任的分配上，劳动者作为原告起诉，首先应就被解雇提供一定的证据，但是，考虑到双方之间劳动关系是明确的，用人单位享有用工管理权，对于劳动关系的变更，其较劳动者更易于举证，故用人单位也应当承担一定程度的举证责任来说明劳动者系自动离职。最终，案件是通过对比双方提供的证据来对事实进行客观的认定。

4、劳动争议案件，劳动者主张被告是某厂的负责人或实际经营者，但双方无足够证据予以证明，被告否认其为该厂的经营者，并提供了该厂是案外人经营的个体工商户，在这种情况下，是否需要依职权追加该厂业主为共同被告参加诉讼？

与会者认为，应当追加。

5、法院能否直接引用《广东省工资支付条例》第三十一条的规定判决厂房出租方垫付工人工资？

与会者认为，该法条只是赋予政府有关部门组织相关单位和人员垫付劳动者临时

生活费及追偿事宜的权利，并无在法律上规定出租方有垫付工人工资的法定义务，这亦与法理不合，故法院不应引，用三十一条判决出租方垫付工人工资。

6、企业分立、合并或变更后与原单位员工的劳动关系如何认定？双方未能就此重新达成协议而解除劳动关系，用人单位要否支付经济补偿金？

与会者认为，企业分立、合并或变更后与原单位员工的劳动关系参照最高人民法院关于劳动争议案件的司法解释第十条的规定处理，相应用人单位必须支付经济补偿金。

7、用人单位否认与劳动者存在事实劳动关系，举证责任归谁？

劳动关系成立的举证责任在劳动者，当然，如果劳动者因客观原因无法举证，但能提供线索并申请法院调查的，法院应当接纳。

二、工伤案件：

1、未经工伤认定即起诉至法院应如何处理？

根据《工伤保险条例》，工伤认定是社保部门的行政职权，因此，原则上未经社保部门啊伤认定、劳动者盲凄起诉到法院的，法院不应受理。在东莞市社会保障局出台《东莞市非法用工单位职工因工作伤亡或患职业病赔偿处理程序》之前，社保部门对非法用工主体 不作工伤认定，因此，实务中存在未经工伤认定而受理的情形，但是，《东莞市非法用工单位职工因工作伤亡或患职业病赔偿处理程序》出台后，社保部门已明示此部分工人应经社保处理，经社保认定为工伤的可直接责令用人方支付，因此，未经工伤认定的，应告知劳动者先按上述文件向社保部门投诉处理。

2、伤者在用人单位不知情的情况下自行到有资质的鉴定机构评残，起诉后用人单位对评残结果提出异议并向法院申请重新评残的，能否支持？

可以支持(参照省院指导意见第十六条)

3、未依法登记的企业职工受伤后，既不按工伤标准要求补偿，也不按非法用工标准起诉，而是按人身损害赔偿的标准起诉要求赔偿，应如何处理？

应按非法用工人员工伤赔偿标准处理，但应先向当事人释明。

4、假肢更换费是否全部计算要用人单位一次性承担？

目前对此问题的执行比较乱，有的判决先支付一次安装费、日后更换时再行追索，有的判决先行支付数次更换费，有的则判决一次性支付更换费，虽然理论上都是正确的，但由于判法不统一，造成未获支持的当事人意见很大，社会效果不佳。考虑到买了社保的只是先行支付一次，而包括广州、深圳在内的周边法院均无一次性支付的做法，我们建议大家原则上以判先行支付数次更换费为宜。

东莞市关于适用法律若干问题的统一意见

(2010年12月16日)

一、劳动争议

1、劳动者追索未签订劳动合同的二倍工资差额是否受一年的仲裁时效期间的限制？

结论：未签订劳动合同的二倍工资虽名为工资，但其性质实为因用人单位未依法签订书面劳动合同而产生的惩罚性赔偿金。劳动者就二倍工资差额申请仲裁仍应受《中华人民共和国劳动争议调解仲裁法》第二十七条第一款规定的仲裁时效期间的限制，并由法院主动审查劳动者的请求是否已超过一年申请仲裁的时效期间。即从劳动者主张权利之日起往前推算一年，该一年期间与从用工之日起满一个月的次日至用工之日起满一年之日重叠的时间段，用人单位应支付二倍工资差额。例如：

(1) 劳动者于2008年1月1日入职，工作至2010年6月30日仍未签订劳动合同，劳动者于此时主张用人单位支付二倍工资差额。对此问题，由于2009年1月1日起应视为双方之间签订无固定期限劳动合同，应当给付二倍工资差额的期间是2008年2月1日至同年12月31日，从该期间最后一日算起，至劳动者主张权利之日，已超过一年以上，因此不支持劳动者的该项请求。

(2) 劳动者于2009年1月1日入职，工作至2010年6月30日仍未签订劳动合同，劳动者于此时主张用人单位支付二倍工资差额。对此问题，由于2010年1月1日起应视为双方之前签订无固定期限劳动合同，应当给付二倍工资差额的期间是2009年2月1日至同年12月31日，从劳动者主张之日往前推算一年，因而可以支持劳动者2009年7月1日至2009年12月31日期间的二倍工资差额。

2、劳动者在同一用人单位工作期间分别发生多次工伤，相关工伤待遇如何支付？

结论：2004年8月23日广东省劳动和社会保障厅转发劳动和社会保障部《关于农民工参加工伤保险有关问题的通知》〔劳社部发【2004】18号〕中提到：“四、在同一用人单位工作期间发生过两次及以上工伤，且有两次及以上劳动能力鉴定等级的工伤职工，在与用人单位终止或解除劳动关系时，一次性伤残就业补助金和一次性工伤医疗补助金以其最高级别的劳动能力鉴定等级计发。”参照该通知，劳动者在同一

用人单位工作期间发生过两次及以上工伤，且有两次及以上劳动能力鉴定等级的工伤劳动者，在与用人单位终止或解除劳动关系时，其享有的一次性伤残就业补助金和一次性工伤医疗补助金以其最高级别的劳动能力鉴定等级计发。其中，计算一次性伤残就业补助金和一次性工伤医疗补助金时以劳动者在解除或终止劳动合同前十二个月的月平均工资作为计算基数。

3、用人单位解除或终止劳动合同，未按《劳动合同法》的规定支付经济补偿金或赔偿金，劳动者依据《违反和解除劳动合同经济补偿办法》第十条的规定请求支付按该经济补偿金或赔偿金的数额的50%的额外经济补偿金，是否予以支持？

结论：用人单位解除或终止劳动合同，未按《劳动合同法》的规定支付经济补偿金或赔偿金，若劳动者请求按《违反和解除劳动合同经济补偿办法》第十条的规定支付该经济补偿金或赔偿金的数额50%的额外经济补偿金，不予支持。但是，根据《劳动合同法》第八十五条和最高人民法院《关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释（三）》第三条的规定，劳动者就用人单位拖欠其劳动报酬、加班费或者经济补偿的违法行为先向劳动行政部门投诉，劳动行政部门在责令用人单位限期支付后，用人单位仍未支付，劳动者请求用人单位支付加付50%以上百分之一百以下标准的赔偿金，应予以支持。

4、用人单位违法解除或终止与劳动者的劳动合同后，劳动者请求继续履行劳动合同，而用人单位不同意继续履行，是否应当支持劳动者的请求？

结论：用人单位违法解除或终止与劳动者的劳动合同后，劳动者请求继续履行劳动合同，而用人单位不同意继续履行，并且客观上亦不能继续履行的，则对于劳动者的请求，原则上不予支持。但下列情形除外：（一）患职业病或者因工负伤并被确认丧失或者部分丧失劳动能力的；（二）患病或者负伤，在规定的医疗期内的；（三）女职工在孕期、产期、哺乳期内的。

在一审开庭后，用人单位明确表示不同意继续履行劳动合同，法院认定该劳动合同客观上亦不能继续履行的，可以告知劳动者变更诉讼请求，请求用人单位支付赔偿金或经济补偿金。

5、劳动者与用人单位建立劳动关系后已满一个月但尚未满一年，双方仍未签订劳动合同，用人单位无故或以《劳动合同法》第四十条第一项、第二项的规定为由解

除与劳动者的劳动关系，是否应当支付经济补偿金或赔偿金？

结论：用人单位解除与劳动者之间的劳动关系，符合《劳动合同法》第四十条第一项、第二项规定的情形，用人单位应当向劳动者支付经济补偿金；用人单位无故解除与劳动者之间的劳动关系，参照《劳动合同法》第八十七条的规定，用人单位应当向劳动者支付赔偿金。

6、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）》第十三条的规定如何执行？

结论：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）》自2010年9月14日起施行，对于该解释第十三条规定按照终局裁决处理的劳动争议案件，用人单位起诉而劳动者没有起诉的，一审法院在2010年9月14日前作出的判决没有按照终局裁决处理，作出实体判决的，二审继续进行实体审理；一审法院在2010年9月14日后没有按照终局裁决处理，作出实体判决的，二审裁定驳回用人单位的起诉。

7、各基层法院自2010年12月16日起执行本统一意见，但涉及最高人民法院《关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释（三）》第十三条的规定除外。对于各基层法院作出判决书的落款日期在2010年12月16日前的案件，二审时应贯彻尽量维持原判的处理原则。

东莞市关于劳动争议案件统一法律适用问题的意见

(2011年10月)

1、发生工伤的劳动者，根据《中华人民共和国安全生产法》第四十八条、第九十五条的规定，以人身损害赔偿为由请求用人单位承担赔偿责任的，如何处理。

结论：发生工伤的劳动者，应当先根据《工伤保险条例》的规定，请求用人单位或社会保险机构支付工伤待遇。

劳动者获得工伤待遇后，再根据《中华人民共和国安全法》第四十八条、第九十五条的规定，以人身损害赔偿为由 用人单位承担赔偿责任的，劳动者享有诉权。劳动者有证据证明构成其工伤的事故属生产安全事故的，对其诉请，应按法律的规定予以支持，但人身损害赔偿项目与劳动者已获得的工伤待遇的项目在本质上是相同的，该项工伤保险待遇的数额应当在人身损害赔偿该项目中予以扣除。若该项工伤保险待遇的数额高于人身损害赔偿该项目的数额的，则不再支持劳动者该项人身损害赔偿项目的请求。

工伤保险待遇与人身损害赔偿本质上相同的项目表

工伤保险待遇项目	人身损害赔偿项目
住院治疗的伙食费	住院伙食补助费
停工留薪期工资	误工费
一次性伤残补助金、伤残津贴	残疾赔偿金
丧葬补助金	丧葬费
供养亲属抚恤金	被扶养人生活费
一次性工亡补助金	死亡赔偿金
安装假肢、矫形器、假眼、假牙和配置轮椅、拐杖等康复器具费	残疾辅助器具费

2、因用人单位以外的第三人侵权导致劳动者工伤，用人单位或社会保险机构已向劳动者支付工伤待遇，劳动者再以人身损害赔偿为由请求第三人承担赔偿责任的，第三人承担的赔偿责任中是否扣除劳动者已获得的工伤待遇？

结论：因用人单位以外的第三人侵权导致劳动者工伤的，用人单位或社会保险机构已向劳动者支付工伤待遇，劳动者再以人身损害赔偿为由请求第三人承担赔偿责任

任，第三人承担的赔偿责任不应当扣除劳动者已获得的工伤待遇，但第三人已基于社会保险机构的追偿承担了责任的，该部分责任可以扣除。

3、用人单位依法为劳动者参加了工伤保险，劳动者在工伤医疗终结后，与用人单位解除劳动合同或劳动关系。其后，劳动者又请求用人单位支付后续治疗费，是否应当支持？

结论：应按照劳动者的伤残等级并结合劳动合同（关系）解除的原因分别处理：

1) 《工伤保险条例》第三十五条规定，对一至四级伤残的劳动者保留劳动关系并一直享受伤残津贴至退休。若其自愿与社保基金终结工伤保险关系之后又请求用人单位支付后续治疗费、生活护理费、伤残津贴的，不予支持。

2) 五、六级伤残的劳动者，与用人单位终止劳动关系，并办理退保手续，请求用人单位支付后续治疗费的，则根据解除劳动合同的情形不同，分别作如下处理：一、由用人单位方解除劳动关系的，后续治疗费由用人单位支付；二、双方协商一致或者劳动者单方解除劳动关系时，劳动者明知需要后续治疗的，用人单位无需向劳动者支付后续治疗费；三、双方协商一致或者劳动者单方解除劳动关系时，没有证据表明劳动者需要后续治疗，劳动者离职后实际发生了基于之前工伤引发的后续治疗费，由用人单位和劳动者各负担一半；但劳动关系终止时，用人单位明确表示不负担因工伤可能产生的后续治疗费用的除外。

3) 七至十级伤残的劳动者，因劳动合同到期与用人单位终止劳动关系，请求用人单位支付后续治疗费的，则分以下两种情形处理：一、劳动合同到期时确定劳动者还需要后续治疗的，用人单位应向劳动者支付后续治疗费；二、劳动合同到期时没有证据表明劳动者需要后续治疗的，用人单位无需向劳动者支付后续治疗费。

4、应如何适用《工伤保险条例》第六十四条第二款规定的“统筹地区职工平均工资”及《劳动合同法》第四十七条第二款中规定的“本地区上年度职工月平均工资”？

结论：若一审法院辩论终结时“本地区上年度职工月平均工资”、“统筹地区职工平均工资”尚未公布，则法院应当询问双方当事人是否协商一致确认“本地区上年度职工月平均工资”、“统筹地区职工平均工资”的数额或同意以本地区统计或社保部门最近一次公布的上年度职工月平均工资作为“本地区上年度职工月平均工资”、“统筹地区职工平均工资”。双方当事人不能协商一致确认或同意的，则告知当事人

需要在上年度职工月平均工资公布后方可作出判决。

5、劳动者因病或非因工死亡，劳动者亲属请求用人单位支付非因工死亡丧葬补助费、供养直系亲属一次性救济金、一次性抚恤金，是否予以支持？

结论：《社会保险法》第十七条规定，参加基本养老保险的个人，因病或者非因工死亡的，其遗属可以领取丧葬补助金和抚恤金；在未达到法定退休年龄时因病或者非因工致残完全丧失劳动能力的，可以领取病残津贴。所需资金从基本养老保险基金中支付。因此，因病或非因工死亡的劳动者，用人单位未为其参加基本养老保险的，用人单位应参照上述规定赔偿劳动者遗属丧葬补助费及抚恤金。

6、治安联防队员与村委会或公安局之间是否构成劳动（合同）关系？

结论：如果治安联防队员与村委会、公安局签订了劳动合同或有证据证明双方之间的关系符合劳动关系构成要件的，应认定双方存在劳动关系。

7、用人单位与劳动者在劳动合同中约定基本工资，并约定按业绩和企业经营状况发放业绩津贴或津贴，但没有约定业绩津贴或津贴的具体数额。此后，用人单位以经营状况不佳为由降低劳动者的业绩津贴或津贴，但基本工资不变，而劳动者以此为由解除劳动合同，请求用人单位支付经济补偿金，是否予以支持？

结论：若用人单位提供的证据可以证明降低劳动者的业绩津贴或津贴符合劳动合同的约定，而劳动者以用人单位降低业绩津贴或津贴为由解除劳动合同，并请求用人单位支付经济补偿金，不予支持。

8、劳动者在劳动合同解除或终止前十二个月的平均工资不高于本地区上一年度职工月平均工资三倍的，支付经济补偿的年限是否受十二年的限制？

结论：《劳动合同法》第四十七条第一款未对支付年限作出限制，故劳动者在劳动合同解除或终止前十二个月的平均工资不高于本地区上一年度职工月平均工资三倍的，支付经济补偿的年限不受十二年的限制。

9、《劳动合同法》实施后，因企业关停、突然倒闭而造成劳动（合同）关系事实上终止或企业被宣告破产的，用人单位应当向劳动者支付经济补偿金，经济补偿金如何计算？

结论：《劳动合同法》实施后因企业关停或突然倒闭而造成劳动（合同）关系事实上终止的，根据《劳动合同法》第九十七条第三款的规定，劳动合同法实施之前的

工作年限，经济补偿金的计算基数可参照广东省劳动和社会保障厅“关于企业非正常生产情况下解除劳动合同经济补偿金计算基数问题的复函”（粤劳社【2000】168号）：“对停产关闭等不能正常生产经营的企业与职工解除劳动关系，支付经济补偿金的工资计算标准，原则上可按企业所在地上年度企企业在岗职工月平均工资的70%作为计算标准，最低不得低于企业所在地最低工资标准”进行计算；劳动合同法实施之后的工作年限，经济补偿金的计算基数应当根据劳动合同法第四十七条规定计算。以劳动合同终止前十二个月的平均工资计算。

对于企业被宣告破产的，根据《劳动合同法》第四十四条第（四）、（五）项和第四十六条第（六）项的规定，用人单位应当按劳动者在本单位工作的年限，向劳动者支付全部工作年限的经济补偿金。

10、如何理解《劳动合同法》第十四条关于订立无固定期限劳动合同的规定？

结论：劳动者在该用人单位连续工作满十年的，只要劳动者提出订立无固定期限劳动合同，用人单位必须与劳动者订立无固定期限劳动合同；如果用人单位拒签，则用人单位应承担违法解除劳动合同的责任。劳动者在该用人单位连续工作满十年，之后与用人单位续订了固定期限劳动合同，视为劳动者放弃要求与用人单位订立无固定期限劳动合同；劳动者以用人单位未与其订立无固定期限劳动合同为由，依据《劳动合同法》第八十二条第二款规定，要求用人单位支付自应当订立无固定期限劳动合同之日起的二倍工资的，不予支持。

连续订立二次固定期限劳动合同，且劳动者没有《劳动合同法》第三十九条和第四十条第一项、第二项规定的情形，续订劳动合同的，如果劳动者在该用人单位连续工作满十年，对于是否应当续订劳动合同，应看双方是否达成继续维持劳动关系的合意；如果双方就续订劳动合同未能达成合意，则用人单位应按照《劳动合同法》第四十六条第（五）项的规定，支付劳动者2008年之后至离职之日工作年限的经济补偿金；如果双方均同意继续维持劳动关系，则应签订无固定期限劳动合同，劳动者有证据证明用人单位愿意维持劳动关系、但只愿意续订固定期限劳动合同而不愿签订无固定期限劳动合同的，用人单位应承担非法解除劳动合同的责任。

11、以前意见与本意见不一致的，以本意见为准。在执行过程中，发现问题，请及时报告。

佛山市中级人民法院关于审理劳动争议案件的若干意见

(2005年9月22日)

为依法保护劳动者合法权益，促进社会和经济的和谐发展，正确审理劳动争议案件，统一本市两级法院劳动争议案件的司法尺度，依据有关法律、行政法规规定，结合我市审判实践，经本院审判委员会第116次会议讨论，提出如下意见：

一、受案范围

1、因劳动者工作失误造成用人单位经济损失的赔偿问题是否属劳动争议案件？

因劳动者工作失误造成用人单位经济损失的赔偿问题，如劳动合同中对此没有约定，则属于民事纠纷，不属于劳动争议范围。如劳动合同中对此有约定，因此引起的争议则属于劳动争议。

2、因商业秘密被侵害而引起的纠纷是否属劳动争议案件？

劳动和社会保障部办公厅关于《劳动争议案中涉及商业秘密侵权问题的函》（劳社厅函〔1999〕69号）规定，劳动合同中如果明确约定了有关保守商业秘密的内容，由于劳动者未履行，造成用人单位商业秘密被侵害而发生劳动争议，当事人向劳动争议仲裁委员会申请仲裁的，仲裁委员会应当受理，并依据有关规定和劳动合同的约定作出裁决。实践中，商业秘密被侵害时，权利人可以寻求民法、劳动法等法律救济途径，应当充分保障权利人多元化的救济途径。劳动合同争议与保密合同争议所涉及的权利和义务不尽相同，如果用人单位直接依据保密合同请求法院追究劳动者的民事责任，法院一般不宜以争议未经仲裁直接驳回当事人的请求。

3、因竞业限制而引起的纠纷是否属劳动争议案件？

因竞业限制而引起的纠纷包括因约定竞业限制条款而无相应经济补偿而引起的补偿纠纷和请求确认竞业限制条款无效纠纷以及因违反竞业限制条款而引起的赔偿纠纷等。我们认为，竞业限制的约定是在劳动合同履行期间或履行期满后对劳动者就业限制的一种约定，实际是劳动合同的履行内容或劳动合同履行的一种延续。故因竞业禁止而引起的纠纷一般应视为劳动合同纠纷，应仲裁前置。但如果用人单位以不正当竞争为由起诉劳动者和新用人单位，则可以不正当竞争纠纷直接受理，无需仲裁前置。

4、劳动者要求用人单位办理退休手续的请求是否属人民法院的受案范围？

应分两种情况对待：第一种情况是在劳动者与参加了社会保险统筹的用人单位之间因退休手续办理而发生的纠纷。因退休手续的办理需要满足一定的条件，如是该单位的职工、工作一定的年限、购买一定年限的社会保险等，而有些条件的审查不属于法院的审判范围，故此种情形下退休手续办理的请求不宜作为法院的受案范围。第二种情况是在劳动者与尚未参加社会保险统筹的原用人单位之间。依据《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》第一条第三项，属于法院的受案范围。

二、事实劳动关系

5、如何认定事实劳动关系？

《关于确立劳动关系有关事项的通知》劳社部发[2005]12号第一条规定，用人单位招用劳动者未订立书面劳动合同，但同时具备下列情形的，劳动关系成立：1、用人单位和劳动者符合法律、法规规定的主体资格；2、用人单位依法制定的各项劳动规章制度适用于劳动者，劳动者受用人单位的劳动管理，从事用人单位安排的有报酬的劳动；3、劳动者提供的劳动是用人单位业务的组成部分。

另实践中可以参照以下凭证综合认定双方是否存在事实劳动关系：1、工资支付凭证或记录（职工工资发放花名册）、缴纳各项社会保险费的记录；2、用人单位向劳动者发放的“工作证”、“服务证”等能够证明身份的证件；3、劳动者填写的用人单位招工招聘“登记表”、“报名表”等招用记录；4、考勤记录等。

6、终止或解除事实劳动关系应否提前三十日通知对方？

对于事实劳动关系，任何一方均可随时提出终止或解除。但由于三十日通知义务是为了使对方对其工作安排、人员配置等有一个准备期，故任何一方提出终止或解除事实劳动关系均应提前三十日。否则应按相差的天数，以解除劳动关系前一个月劳动者的日平均工资为标准支付赔偿金给对方。

7、终止或解除事实劳动关系应否给付经济补偿金？

法律和行政法规对终止或解除事实劳动关系应否给付经济补偿金的问题一直未有明确。参照劳社部发[2005]12号《关于确立劳动关系有关事项的通知》第三条第二款的规定，用人单位提出终止劳动关系的，应当按照劳动者在本单位工作年限每满

一年支付一个月工资的经济补偿金。用人单位依据《劳动法》第二十五条第（二）、（三）、（四）项的理由而提出终止或解除事实劳动关系的除外。另外，劳动者依据《劳动法》第三十二条第（二）、（三）项的理由而提出终止或解除事实劳动关系的也应给付经济补偿金。

三、经济补偿金

8、如何认定双方约定的解除劳动合同违约金的效力？

劳动合同双方可以约定解除劳动合同时的违约金。但用人单位不得以高额违约金条款限制劳动者的辞职自由权。在违约金过高的情况下，当事人可以请求人民法院予以适当调整。至于如何认定违约金过高，可以参考劳动者的履行能力、劳动者的工资收入、给守约方所造成的损失、当事人在该种情况下解除劳动合同可以获得的经济补偿金的多少等进行综合认定，一般不宜高于劳动者一年的劳动收入。

9、劳动者可否同时请求经济补偿金和合同约定的解除劳动合同的违约金？

对于劳动者同时请求经济补偿金和违约金如何处理的问题，相关法律没有明确规定。我们认为，由于经济补偿金与解除劳动合同违约金的性质不同，经济补偿金侧重于对劳动者贡献的补偿，违约金侧重于对守约方的赔偿，故劳动者可以同时请求经济补偿金和解除劳动合同的违约金。但对于过高的违约金，当事人可以请求减少。

10、劳动者可否同时请求经济补偿金和赔偿金？

依照最高人民法院《关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释》第十五条的规定，用人单位迫使劳动者提出解除劳动合同的，用人单位应当支付劳动者经济补偿金，并可支付赔偿金。故经济补偿金与赔偿金可以并存。

四、竞业限制

11、劳动合同终止或解除后的竞业限制条款未约定经济补偿金的是否有效？

劳动合同终止或解除后的竞业限制是指承担保密义务的劳动者在离开用人单位一定期限内不得自营或者为他人经营与原用人单位有竞争的业务。这项制度的目的是保护企业的利益，但它同时限制了劳动者的择业自由。工资等劳动报酬是劳动者在履行劳动合同义务期间的应得报酬，劳动报酬主要是劳动者参加劳动的分配所得，不是劳动力出卖的对价，保守用人单位的商业秘密虽是劳动者的义务，但竞业限制补偿是对劳动者在劳动合同终止或解除以后不能就业或限制从业期间的补偿，就象解除合同

的经济补偿金不应当包含在工资之内一样，没有约定经济补偿金的竞业限制条款对劳动者不具有约束力。同时，如果单纯限制劳动者的竞争活动，而不对劳动者提供公平、有效的对价补偿，必然会剥夺劳动者的择业自由权与生存发展权，因此，劳动者履行竞业限制条款规定的义务，就有权获得相应的合理的补偿金。

12、纯粹为了限制劳动者的劳动权的竞业限制协议对劳动者有无拘束力？

如果原用人单位在竞业限制协议中无法律上的可保利益，纯粹是为了限制劳动者的劳动权，或者劳动者超过竞业限制约定时间从事相关劳动或从事的相关劳动不会对用人单位造成损害的，则这样的竞业限制协议对劳动者无拘束力。

13、用人单位无正当理由解除劳动关系或迫使劳动者解除劳动合同的，竞业限制条款对劳动者有拘束力？

在用人单位无正当理由解除劳动关系，或者用人单位违反《劳动法》第三十二条和最高人民法院《关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释》第十五条规定，致使劳动者解除劳动合同的，竞业限制条款对劳动者不具有法律约束力。

14、合同约定的竞业限制条款能否变更？

劳动者在劳动合同履行过程中要求变更合同约定的竞业限制期限或者行业限制范围的，如果劳动者从事的劳动不可能对原用人单位造成损害，可以根据该地区或者该行业的实际情况，对行业限制的期限或者行业范围予以调整。

15、竞业限制的经济补偿如何确定？

对于竞业限制的经济补偿标准，如果合同中有约定的，从约定。如果没有约定，补偿标准如何确定属法官的自由裁量权。但一般按年计算不得少于该劳动者离开企业前最后一个年度从该企业获得的报酬总额的三分之一。竞业限制协议中没有约定补偿费的，补偿费按照该最低标准计算。

五、诉讼与仲裁

16、如何理解《劳动法》第八十二条规定的“劳动争议发生之日”？

对于《劳动法》第八十二条规定的“劳动争议发生之日”，劳动部《关于贯彻执行若干问题的意见》第85条将“争议发生之日”解释为当事人知道或应当知道权利受侵害之日。

司法实践中对“争议发生之日”应从有利于劳动者权益保护的角度，具体情况具体分析：1、用人单位作出书面解除通知的，劳动争议发生之日应为劳动者收到该通知之日。2、用人单位口头告知解除劳动关系的，应由用人单位举证证明告知时间，未能证实的，劳动争议发生之日应为劳动者主张权利之日。3、根据《最高人民法院关于解除劳动合同的劳动争议仲裁申请期限应当如何起算问题的批复》规定，对于用人单位以劳动者被依法追究刑事责任的，劳动者申请仲裁期限应从其收到解除劳动合同的书面通知之日开始计算。4、劳动者请求用人单位支付拖欠工资的，应当从用人单位拒绝支付、或承诺支付劳动报酬的期限届满之日起计算，未明确偿付期限的，从劳动者主张之日起算。5、用人单位对劳动者作出开除、辞退、除名等决定的，从该决定送达之日起计算。6、劳动者请求用人单位返还订立劳动合同时收取的定金、保证金或抵押金（物）的，应从劳动关系终止之日起算。

17、劳动合同当事人在诉讼过程中未提出仲裁申请期限超过六十日的抗辩的，人民法院应否对此主动审查？

六十日的申请仲裁期限是否超过应是劳动合同当事人在诉讼阶段的一种程序性抗辩权利，对此权利，当事人可以主张，也可以放弃。对当事人在诉讼过程中未提出申请仲裁期限超过六十日的抗辩，法院不应对此主动审查。

18、劳动合同当事人在仲裁阶段未提出仲裁申请期限超过六十日的抗辩而在诉讼阶段提出，人民法院应否对此进行审查？

司法实践中应分两种情况对待：一是当事人在仲裁阶段未提出超过六十日的抗辩，劳动仲裁机关对此进行了实体性裁决。这应视为当事人在仲裁阶段放弃了六十日申请仲裁期限的程序性抗辩权利，这种放弃在诉讼阶段仍然有效。当事人在诉讼阶段以此为由进行抗辩的，应不予支持。二是当事人在仲裁阶段未提出超过六十日的抗辩理由，劳动仲裁机关以超过六十日为由驳回了申请人的仲裁申请。此种情形下，是否超过六十日的仲裁期限成为当事人诉讼阶段的争议焦点，故应审查。

19、人民法院应否主动审查当事人有否超过法定十五日的起诉期限？

《劳动法》第八十三条所规定的十五日期限应为除斥期间，当事人应在收到仲裁裁决或不予受理的决定之日起十五日内向人民法院提起诉讼的，对其超过法定期限的起诉人民法院应裁定不予受理或裁定驳回起诉。

基于该十五日的法律性质，且仲裁委员会的裁决、决定或通知中通常已明确告知当事人的起诉期限，因此，对于该十五日的除斥期间，法院应主动审查，这可敦促当事人在仲裁程序完成后及时行使法律所赋予的权利。但如果仲裁委员会的裁决、决定或通知中未明确告知该十五日的起诉期间的，则应根据具体情况处理。另外，如果有证据证明当事人是因法院自身的原因而超过了十五日的起诉期限的，法院亦应受理。

20、在诉讼程序中，未起诉的一方当事人在答辩中提出请求的，法院应否予以审查？

《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》第九条规定：“当事人双方不服劳动争议仲裁委员会作出的同一仲裁裁决，均向同一人民法院起诉的，先起诉的一方当事人为原告，但对双方的诉讼请求，人民法院应当一并作出裁决。”根据上述司法解释的精神，法律赋予当事人不服仲裁裁决的救济办法是应在法定期限内向法院提起诉讼，法院对其诉讼请求予以审查并作出裁决，若当事人没有起诉的，应视为其同意仲裁裁决，其在答辩中提出请求的，应不予审查。

21、当事人在仲裁阶段放弃了请求，在诉讼阶段重新提出的，法院应否支持？

当事人在仲裁阶段放弃的请求，视为该请求未经过仲裁程序，当事人在诉讼阶段重新提出该请求的，法院应不予支持，告之当事人对该请求重新提起仲裁。

22、在无证据证明用人单位拖欠劳动者工资的具体年限的情况下，人民法院如何确定劳动者工资的拖欠年限？

在有劳动事实而无法证明具体拖欠工资年限的情况下，推定用人单位拖欠劳动者工资的年限最长为二年。理由是依据劳部发[1994]489号《工资支付暂行规定》第六条第三项规定，用人单位必须书面记录支付劳动者工资的数额、时间、领取者的姓名以及签字，并保存两年以上备查。《广东省工资支付条例》第十六条规定，编制工资支付台帐是用人单位应尽的义务，对于该工资支付台帐用人单位应当至少保存二年。故用人单位应当提供二年内的工资支付台帐作为其是否支付工资及具体支付额的凭证，用人单位不能提供的，推定用人单位拖欠劳动者工资的年限最长为二年。

23、劳动争议仲裁委员会在仲裁程序中遗漏须共同参加诉讼的当事人，法院在诉讼中予以追加是否违反法定程序？

因现时的民事诉讼法并未规定法院对劳动争议仲裁委员会所作出的仲裁裁决有发回重裁的权利，故对于仲裁程序中遗漏当事人的，法院应在一审诉讼程序中直接追加须参加诉讼的当事人。而且，虽然所追加的当事人并未参与劳动仲裁程序，但因双方的劳动纠纷已经过仲裁，故法院在诉讼中追加仲裁所遗漏的当事人并不属于违反法定程序。即使该主体未经过仲裁程序，也可判决其承担民事责任。

法院在诉讼中可以直接追加未经仲裁的主体的情况主要有：

1、在承发包关系中。按《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》第十二条，劳动者与发包方和承包方双方或一方发生劳动争议的，应当将承包方和发包方作为当事人。故即使承包方或发包方有一方未经仲裁，亦应将其追加进来承担责任。

2、在起字号的个体工商户作为用人单位的案件中。依《最高人民法院关于贯彻〈中华人民共和国民事诉讼法通则〉若干问题的意见》第41条的规定，应以营业登记的户主（业主）为诉讼当事人，在诉讼文书中注明系某字号的户主。如果登记的户主与实际投资人不同，则都应追加为当事人。在登记的户主未经仲裁程序的，法院可直接追加其作为诉讼当事人。

3、在起字号的个人合伙作为用人单位的案件中，如果只有起字号的合伙企业经过了仲裁程序，则法院可以直接追加合伙人作为诉讼当事人。

4、在合同约定了补偿费由谁承担，在约定未违反法律强制性规定的情况下，应尊重其约定。如一方未经仲裁程序，亦应追加。

5、在劳动者只申请了企业的分支机构作仲裁主体的，应追加企业作为被告。当然如果劳动者告错了主体则属于诉讼主体不适格，不符合《民事诉讼法》第一百零八条第一项“原告是与本案有直接利害关系的公民、法人或其他组织”的规定，这时就不能直接追加未经仲裁的主体。

佛山市中级人民法院、佛山市劳动争议仲裁委员会关于审理劳动争议案件若干问题的指导意见

(2011年2月25日)

为及时公正处理劳动争议案件，统一劳动争议案件裁判标准，根据《中华人民共和国劳动法》（以下简称《劳动法》）、《中华人民共和国劳动合同法》（以下简称《劳动合同法》）、《中华人民共和国民事诉讼法》（以下简称《民事诉讼法》）、《中华人民共和国劳动争议调解仲裁法》（以下简称，《劳动争议调解仲裁法》），以及有关法律、法规及司法解释的规定，结合我市实际情况，制订本意见。

一、关于劳动争议案件的受案范围

第一条 劳动者退休后，主张其退休前的劳动报酬、经济补偿或赔偿金等待遇的，作为劳动争议处理。

第二条 劳动争议案件中，若同时存在因劳动关系存续期间的借支、垫资行为发生争议的，应作为劳动争议一并处理，如双方权利义务关系明确，一方依欠条，还款协议等向人民法院起诉的，可以按照普通民事纠纷受理。

第三条 外国人、无国籍人或港澳台地区居民在中国内地就业发生的用工关系，按劳动关系处理。上述人员未依法办理《外国人就业许可证》、《台港澳人员就业证》的，应认定有关劳动合同为无效劳动合同，外国人、港澳台地区居民已经付出劳动的，由用人单位参照合同约定支付劳动报酬。

第四条 外国企业常驻代表机构、港澳台地区企业未依规定通过相关就业服务单位，直接使用劳动者形成的用工关系，按劳务关系处理。

第五条 用人单位因招用已经依法享受养老保险先待遇或领取退休的人员而发生用工争议的，按劳务关系处理。

劳动关系存续期间，劳动者达到法定退休年龄的或者开始依法享受养老保险待遇的，劳动合同终止。

第六条 劳动者与用人单位因住房公积金产生争议，不作为劳动争议处理。

第七条 在校学生勤工俭学或实习期间，与所在单位因用工而发生争议的，不作为劳动争议处理。

第八条 高校毕业生根据国家和省有关规定在就业见习期间与见习单位之间因用工发生的争议，不作为劳动争议处理。

第九条 劳动者请求用人单位为其建立社会保险关系或缴纳有关社会保险费用的，不作为劳动争议处理。劳动者坚持请求用人单位为其建立社会保险或缴纳有关社会保险费用的，应告知劳动者向社会保险征收部门主张。

第十条 劳动者与用人单位因办理退休手续发生争议的，不作为劳动争议处理。

二、关于劳动争议案件诉讼主体的罗列

第十一条 劳动者与未起字号的个体工商户发生争议的，应将业主（投资者）列为当事人，并注明系该个体工商户的投资人以及该个体工商户的组织机构代码和业主的身份情况等信息。

第十二条 劳动死亡，其合法继承人申请劳动争议仲裁，要求用人单位支付该劳动者相关死亡待遇的，应将全部合法继承人列为申请人。

第十三条 劳动者派遣用工发生的劳动争议案件，应将劳务派遣单位和用工单位列为共同当事人。

第十四条 劳动者利用虚假身份与用人单位建立劳动关系，如双方对存在劳动关系没有争议，审理过程中能查明劳动者真实身份的，应行使释明权告知劳动者以其本人真实身份起诉，劳动者同意变更的，以劳动者变更后的真实身份作为诉讼主体；劳动者拒绝变更的，裁定驳回劳动者的起诉。

对劳动者是否属于冒用他人身份存在争议且无法查明的，可根据劳动者诉讼中的身份情况进行审理，但在罗列诉讼主体时应在劳动者姓名后注明系“自称”。

三、关于劳动合同的订立、履行和变更

第十五条 用人单位与劳动者虽未签订书面劳动合同，但双方所签订的入职登记表、审批表或其他协议、合同文件的内容具备《劳动合同法》第十七条第一款规定的必备条款的，应视为双方签订了书面劳动合同。

第十六条 劳动者符合《劳动合同法》第十四条规定的应当订立无固定期限劳动合同情形，却与用人单位订立了固定期限劳动合同，劳动者依照《劳动合同法》第八十二条第二款的规定，请求用人单位支付未依法签订无固定期限劳动合同的二倍工资差额的，应不予支持。但劳动者有证据证明固定期限劳动合同系在被胁迫、欺诈等情形

下签订的除外。

第十七条 劳动者与用人单位签订的劳动合同中，合同签订日期与合同约定的生效日期不一样的，以约定的生效日期为合同生效日期。

第十八条 用人单位与劳动者在劳动合同约定合同期限届满后自动续延的，应视为双方重新订立了一次劳动合同，但劳动合同依照《劳动合同法》第四十二条、第四十五条规定的事由依法续延的除外。

劳动合同对续延的期限有约定的，从其约定，没有约定的，劳动合同续延的期限与原劳动合同相同。

第十九条 劳动合同期限届满，双方未续订劳动合同，但劳动者继续在用人单位工作的，用人单位应当在一个月内在与劳动者续订书面劳动合同，劳动者经用人单位书面通知后不与用人单位续订劳动合同，用人单位依照《劳动合同法实施条例》第五条、第六条的规定请求与劳动者终止劳动合同的，应予以支持。

第二十条 劳动合同期限届满后，因下列情形而续延，致使劳动者在同一用人单位连续工作满十年，劳动者提出订立无固定期限劳动合同的，应予以支持。

- (一) 从事接触职业病危害作业的劳动者未进行离岗前职业健康检查，或者疑似职业病病人在诊断或者医学观察期间的；
- (二) 患病或者非因工负伤，在规定的医疗期内的；
- (三) 女职工在孕期、产期、哺乳期的。

第二十一条 劳动合同期限届满但同时符合《劳动合同法》第十四条规定的应当订立无固定期限劳动合同条件的，用人单位不得以双方劳动合同期限届满为由，终止与劳动者的劳动关系。用人单位以合同期满为由终止劳动关系的，应认定为违法终止劳动关系。

第二十二条 用人单位因未与劳动者签订书面劳动合同而向劳动者支付双倍工资的期间以十一个月为限。自用工之日起超过一年仍未签订书面劳动合同的，视为双方之间建立了无固定期限的劳动合同关系，用人单位仍未与劳动者签订书面劳动合同的，劳动者可以向劳动监察部门申诉。

第二十三条 用人单位自建立劳动关系之日起一个月后才与劳动者签订劳动合同，但约定劳动合同的期限自建立劳动关系之日开始的，用人单位无须承担支付二倍工资

差额的责任。

第二十四条劳动者以用人单位提出的劳动合同条款不合法、不合理为由，拒绝签订书面劳动合同，造成双方未能签订书面劳动合同的，劳动者应对其主张的劳动合同不合法、不合理的情形进行举证，否则用人单位无须承担支付二倍工资差额的责任。

第二十五条 劳动者发生工伤，劳动者请求用人单位支付停工留薪期间未签劳动合同的二倍工资，视下列具体情况确定：

（一）劳动者发生工伤时，入职超过一个月没有签订劳动合同，并且过错在用人单位的，用人单位应当支付包括停工留薪期内的双倍工资。

（二）劳动者入职不满一个月发生工伤，尚未签订劳动合同，因劳动合同的主要内容尚不能确定，导致劳动合同客观上无法签订，故签订劳动合同的期限应当顺延至停工留薪期结束，对于停工留薪期间未签订劳动合同的二倍工资，不予支持。

第二十七条劳动者在用人单位筹备阶段入职，如双方因未签订书面劳动合同发生争议，未签订书面劳动合同的二倍工资起算时间应自用人单位成立之日起满一个月的次日开始计算。

第二十八条 劳动者请求未经工商登记的用人单位支付未签订书面劳动合同的二倍工资的，不予支持。

未经工商登记的用工单位承担责任的范围应以《劳动合同法》第九十三条规定的内容为限，即支付劳动报酬、经济补偿、赔偿金。

第二十九条《劳动合同法》第八十二条规定的用人单位应当向劳动者每月支付二倍工资中的差额部分，应以劳动者在该期间的应收工资作为标准，劳动者在诉讼中一并请求加班工资的，核算出的加班工资应当作为二倍工资差额的组成部份。

第三十条用人单位调整劳动者工作岗位并同时符合以下情形的，视为用人单位合法使用工自主权，劳动者以《劳动合同法》第三十八条第一款第（一）项的规定，要求解除劳动合同并支付经济补偿金的，不予支持。

（一）对用人单位调整劳动者工作岗位劳动合同中有约定或用人单位的规章制度有规定；

（二）调整劳动者岗位是用人单位生产经营的需要。

（三）调整岗位后劳动者的工资水平应与原岗位工资水平基本相当；

(四) 不具有侮辱性或惩罚性质;

(五) 无其他违反劳动合同或劳动法律、法规的行为。

第三十一条女职工怀孕期间或产后复工尚处在哺乳期内,用人单位调整女性职工的工作岗位时,可根据女职工身体情况合理安排相应劳动强度的工作,但调整岗位后的工资水平应与原岗位工资水平相当。

第三十二条劳动者工伤后康复复工,用人单位可以根据劳动者的实际劳动能力,结合自身生产经营需要对劳动者的岗位进行适当调整,岗位调整后也可以按照“同工同酬”的原则适当调整劳动者的工资水平。

四、关于劳动合同的终止与解除

第三十三条劳动者与用人单位劳动关系解除或终止过程中,就工资、加班工资、经济补偿金等达成的具有权利处分内容的结算协议,其内容不违反法律、行政法规的强制性规定的,应认定有效,但有证据证明签订协议时存在欺诈、胁迫、重大误解、显失公平或乘人之危等违背当事人真实意思表示的除外。

第三十四条劳动者病休期间未经用人单位同意从事第二职业的,构成对劳动纪律的严重违反,用人单位有权单方面解除劳动合同,且可不支付经济补偿金。

第三十五条用人单位实际存在《劳动合同法》第三十八条与最高人民法院《关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释》第十五条规定的情形,但劳动者以其他不属于上述规定情形的理由提出辞职,后又以用人单位存在前述法定情形迫使辞职为由,要求用人单位支付经济补偿金的,不予支持。

劳动者在离职时没有明确以何种理由辞职的,以提起劳动仲裁时主张的离职理由为准。

第三十六条在同一劳动争议案件中,既存在劳动者享有行使单方解除权的情形,又存在用人单位享有辞退权的情形的,应以首先行使解除权的一方所依据的理由作为判断是否应支付经济补偿金的依据。

五、关于劳动报酬的支付

第三十七条用人单位与劳动者对劳动报酬仅约定提成工资,没有约定底薪的,可认定合法有效。但当月提成低于最低工资标准的,应按最低工资标准支付。

第三十八条加班工资的计算基数为劳动者正常工作时间的工资,正常工作时间的

工资以双方约定为准。劳动者与用人单位就正常工作时间的工资数额约定不明且无法查清的，以当地最低工资标准作为正常工作时间的工资标准。

第三十九条用人单位根据规定以最低工资标准向劳动者支付劳动报酬的，属于劳动者个人应缴纳的社保费用应计入最低工资标准之中。

第四十条劳动者与用人单位虽约定实行计件工资的计酬方式，但双方均无法提供计件单价、正常工作时间工作定额、计件数量的，可参照标准计时工作制的方法核定劳动者的加班工资。

第四十一条《广东省工资支付条例》第十六条规定的“工资支付台账应当至少保存二年”，应自任何一方提起劳动争议仲裁申请之日起上溯两年。

第四十二条在涉及加班工资的劳动争议案件中，用人单位提供的电子考勤记录未能劳动者签名确认且劳动者否认的，可结合其它证据和具体案件情况，酌情确认该证据的证明效力。

劳动者提供了电子打卡考勤记录，但用人单位有其它证据证明劳动者未上班或在单位或在单位从事与本职工作无关的其他活动的，对相关部分时段的考勤记录应不予采信。

第四十三条用人单位在其规章制度中或在工资表、工资单上规定了工资支付异议期的，劳动者逾期未对工资发放数额提出异议的，不应视为劳动者对其工资支付请求权的放弃。劳动者要求用人单位支付工资及加班工资差额的，人民法院应结合证据及举证责任分配规则综合认定。

第四十四条用人单位因劳动者造成财产损失为由要求劳动者赔偿损失的，应以实际损失为限，但每月扣除的部份不得超过劳动者当月工资的百分之二十，且扣除赔偿款后的剩余工资不得低于最低工资标准。用人单位不能证明其损失数额，劳动者主张返还赔偿款的，应予支持。

六、关于竞业限制与违约金

第四十五条用人单位与劳动者约定竞业限制的，应当在竞业限制期限内给予劳动者经济补偿，用人单位未按约定支付经济补偿的，劳动者可要求用人单位履行竞业限制协议。

用人单位与劳动者在劳动合同或保密协议中约定了竞业限制条款，但未就补偿费

的给付或给付标准进行明确约定，不应据此认定竞业限制条款无效，双方在劳动关系存续期间或在解除、终止劳动合同时，可以通过协商解决。用人单位明确表示不支付补偿费的，竞业限制条款对劳动者不具有约束力。

第四十六条双方在合同中约定，竞业限制的补偿金在工资中预先支付，如果约定明确，且该部份补偿金没有使劳动者的工资等劳动报酬降低的，视为该约定有效。

双方只约定了劳动报酬中包含了竞业限制补偿金，并没有明确竞业限制补偿金的具体数额或占工资数额的具体比例的，应视为该约定不明确，如双方不能对此协商一致，应为无效。

第四十七条因用人单位违法解除劳动关系或劳动者依据《劳动合同法》第三十八条的规定解除劳动关系的，若不存在其他导致竞业限制条款无效的情形，竞业限制条款对劳动者仍有拘束力。

第四十八条《劳动合同法》实施前双方约定的违约金，用人单位在约定服务期协议、竞业限制协议范围之外约定的违约金对劳动者不发生法律效力，但约定由用人单位承担的违约金应按双方约定履行。

第四十九条劳动者与用人单位在劳动合同中约定了解除劳动合同的违约金，劳动者同时要求用人单位支付违约金及经济补偿金的，应予支持。但约定违约金数额明显过高的，经当事人申请，人民法院可予以调整。

第五十条 一方当事人以约定的违约金过高为由提出调整的请求，审查是否属于确需调整的，应遵循以下原则：

- (一) 违约金条款合法有效；
- (二) 一方当事人向劳动争议仲裁委员会或人民法院提出调整违约金的申请。

第五十一条用人单位与劳动者约定了服务期，劳动者依据《劳动合同法》第三十八条的规定行使单方解除权或用人单位违法解除劳动合同，用人单位不得要求劳动者支付违约金。

第五十二条用人单位以劳动者违反服务期约定为由请求劳动者支付违约金的，应对用人单位是否为劳动者提供专项培训费用、对其进行专业技术培训的情形进行审查。

用人单位对劳动者进行的上岗前培训和日常业务培训，不应认定为专业技术培

训。

劳动者接受专项培训期间的基本工资，不应认定为专项培训费用。

七、关于经济补偿金、代通知金与赔偿金

第五十三条 经济补偿金的计算期间涉及《劳动合同法》实施前后，计算经济补偿金时应按照如下情形区别对待：

（一）《劳动合同法》实施前后均应当支付经济补偿金，且劳动者的平均工资不高于上年度本市职工月平均工资三倍的，经济补偿金的计算基数按劳动者在劳动合同解除或终止前十二个月的月平均工资确定；超过三倍的，按上年度本市职工月平均工资的三倍确定。

（二）《劳动合同法》实施前后均应当支付经济补偿金的，计算年限时，劳动者在《劳动合同法》施行前地经济补偿年限按照以前的规定计算；劳动者在《劳动合同法》施行后的经济补偿年限按《劳动合同法》第四十七条的规定计算；

（三）计算经济补偿金的月工资标准按《劳动合同法》第四十七条第二款与第三款的规定执行；

（四）《劳动合同法》第八十七条规定的赔偿金应先按上述第（一）项、第（二）项的计算方法确定经济补偿金数额后，再按两倍支付。

第五十四条在已有其他单位为劳动者缴纳社会保险费，或劳动者以自由职业者等身份自行缴纳了社会保险费的情况下，劳动者以其所在的用人单位没有为其缴纳社会保险费为由行使单方解除权请求用人单位支付经济补偿金的，不予支持。

第五十五条劳动者以用人单位在《劳动合同法》实施前未依法缴纳社会保险为由，请求解除劳动合同并要求用人单位支付经济补偿金的，对经济补偿金的请求不予支持。如果该事实发生在《劳动合同法》实施后，且在提出解除时未超过仲裁申请时效的，应予支持。

第五十六条用人单位与劳动者约定，将用人单位应缴纳的社保费用支付给劳动者。由劳动者自行支配，若不影响劳动者的劳动报酬的，劳动者以此为由行使单方解除权并请求用人单位支付经济补偿金的，对其经济补偿的请求不予支持。

第五十七条 劳动者与用人单位协商变更经济补偿金的计算标准，应区分不同的情况：

(一) 如双方是在建立劳动关系后订立劳动合同时约定变更经济补偿金的计算标准, 该约定有效, 但约定的计算标准低于法定计算标准的, 用人单位应补足差额;

(二) 如双方是在解除劳动合同通过协商一致约定变更经济补偿金的计算标准的, 是当事人对自己民事权利义务的合法处分, 应视为有效。但有证据证明在协议签订时存在欺诈、胁迫、重大误解、显失公平或乘人之危等违背当事人真实意思表示情形除外。

第五十八条用人单位与劳动者约定由用人单位预先发放经济补偿金, 如果双方对此约定明确, 且该部分补偿金没有使劳动者的工资等劳动报酬降低的, 则视为该约定有效。在劳动合同终止或解决时发生应付经济补偿金的情形的, 用人单位可主张以预发的经济补偿金抵扣应付的经济补偿金。

但如果双方只是约定了劳动报酬中包含了用人单位预先发放的经济补偿金, 并没有明确经济补偿的具体数额或占有工资数额的具体比例的, 则视为该约定不明确, 如双方不能对此协商一致, 应为无效。

第五十九条劳动者以用人单位未与其签订书面劳动合同或未依法与其签订无固定期限劳动合同为由, 提出解除劳动合同并要求支付经济补偿金的请求, 不予支持。

第六十条 劳动关系因符合本指导意见第五条第二款的规定而终止的, 用人单位无须向劳动者支付经济补偿金。

第六十一条对于劳动者依照《违反和解除劳动合同的经济补偿办法》主张未支付解除劳动合同经济补偿金的 50% 额外经济补偿金和扣或无故拖欠劳动工资的 25% 额外经济补偿金的, 不予支持。

劳动者依照《劳动合同法》第八十五条之规定主张用人单位未按劳动行政部门要求支付劳动报酬、加班工资和经济补偿金而加付的 50%-100% 赔偿金; 应符合该条规定的程序, 即劳动者向劳动行政部门投诉, 劳动行政部门责令用人单位限制支付, 用人单位仍不支付的, 人民法院才予支持。

第六十二条 用人单位违法解除劳动合同的, 无须向劳动者支付未提前 30 日通知解除劳动关系的代通知金。

第六十三条依照《劳动合同法》第四十八条的规定, 用人单位解除或者终止劳动合同不符合法律规定, 劳动者坚持要求继续履行劳动合同, 但劳动合同已经不能继续

履行的，劳动仲裁部门或人民法院应当向劳动者行使释明权。如劳动者同意变更请求的，可裁判双方劳动关系解除或终止，并由用人单位支付赔偿金。

八、关于劳动争议案件的仲裁与诉讼及裁审衔接

第六十四条 对于因未签订书面劳动合同而应支付二倍工资差额的仲裁申请期间的起算应分如下情形确定：

（一）2008年1月1日前建立劳动关系的，用人单位自2008年1月1日起满一年仍未签订书面劳动合同的，劳动争议仲裁时效从2009年1月1日起算；

（二）2008年1月1日前建立劳动关系的，用人单位自2008年1月1日起满一个月的次日至建立劳动关系后一年内签订劳动合同的，自签订劳动合同之日起，应视为劳动者知道或应当知道其权利被侵害，劳动争议仲裁申请期间应自签订劳动合同之日起算；

（三）2008年1月1日后建立劳动关系的，用人单位自与劳动者建立劳动关系后一个月的次日起至建立劳动关系后一年内签订劳动合同的，自签订劳动合同之日起，应视为劳动者知道或应当知道其权利被侵害，劳动争议仲裁申请期间应自签订劳动合同之日起算；

（四）2008年1月1日后建立劳动关系的，用人单位与劳动者建立劳动关系后超过一年仍未签订劳动合同的，自双方建立劳动关系满一年的次日起开始计算。

用人单位未按规定与劳动者签订无固定期限劳动合同的，其仲裁申请期间参照上述方法计算。

第六十五条劳动争议仲裁委员会以仲裁申请超过劳动仲裁申请期间、申请仲裁事项不属于劳动争议或申请仲裁主体不适格为由作出不予受理的书面裁决、决定或通知后，当事人不服的，应在收到该裁决、决定或通知之日起十五日内向人民法院起诉。

第六十六条劳动争议纠纷当事人在诉讼过程中未提出仲裁申请超过申请期间的抗辩的，法院不应对此进行主动审查，但当事人在仲裁阶段已就对方的仲裁申请超过申请期间提出抗辩的除外。

第六十七条 当事人在劳动仲裁阶段未提出申请仲裁的时效抗辩而在诉讼阶段提出的，应区分两种情况：

（一）当事人在仲裁阶段未提出超过申请期间的抗辩，劳动仲裁机关对此进行了

实体性裁决。这应视为当事人在仲裁阶段放弃了申请仲裁期限的程序性抗辩权利，这种放弃在诉讼阶段仍然有效。当事人在诉讼阶段以此为由进行抗辩的，不予支持。

（二）当事人在仲裁阶段未提出超过申请期间的抗辩理由，劳动仲裁机关以超过仲裁申请期间为由驳回了申请人的仲裁申请，此种情形下，是否超过仲裁期间成为当事人诉讼阶段的争议焦点，故应审查。

第六十八条申请撤销劳动争议仲裁裁决纠纷中，用人单位提出对仲裁裁决认定事实审查申请的，除非申请人有证据证明仲裁裁决属于“裁决所根据的证据是伪造的”或“对方当事人隐瞒了足以影响公正裁决的证据的”情形，否则，对申请人请求对仲裁裁决认定事实进行审查的请求不予支持。

第六十九条终局劳动争议仲裁裁决的撤销申请因不符合《调解仲裁法》第四十九条的规定而被裁定驳回的，对于用人单位就同一劳动争议不服非终局劳动争议仲裁裁决而提起诉讼的纠纷，如有证据证明双方劳动关系履行的事实与终局裁决认定的事实不致的，人民法院应根据查明的事实作出裁判。

第七十条 同一仲裁裁决同时包含终局裁决事项和非终局裁决事项的，仲裁裁决为非终局裁决。

第七十一条劳动争议仲裁委员会对于劳动争议作出非终局仲裁裁决，当事人一方不服仲裁裁决起诉的，仲裁裁决结果时未起诉一方有约束力，人民法院审查认为应在仲裁裁决认定的未起诉一方当事人应获得的裁决金额以上或应支付裁决金额以下作出判决的，所作判决应以仲裁裁决金额为限。

第七十二条 本指导意见自印发之日起施行。

本意见施行后受理和正在审理的仲裁、第一、二审案件适用本意见的规定；本意见施行前已经审结，当事人申请再审或者按照审判监督程序决定再审的案件，不适用本意见的规定。

本意见施行后，法律法规、司法解释等有新的规定的，按新的规定执行。

中山市中级法院审理劳动争议案件若干问题的意见

(2011年)

目 录

- 一、受案范围及其处理
- 二、诉讼主体资格
- 三、仲裁与审判的衔接
- 四、工资、加班工资、双倍工资
- 五、经济补偿金、赔偿金
- 六、竞业限制和违约金
- 七、证据和事实的认定
- 八、法律适用
- 九、劳动合同的签订、履行、变更、解除与终止
- 十、附则

为正确审理劳动争议案件，统一裁判标准，提高审判效率，依法及时保护劳动争议双方当事人的合法权益，促进劳动关系的稳定和谐，根据《中华人民共和国劳动法》（下称《劳动法》）、《中华人民共和国劳动合同法》（下称《劳动合同法》）、《中华人民共和国劳动争议调解仲裁法》（下称《劳动争议调解仲裁法》）、《中华人民共和国劳动合同法实施条例》（下称《实施条例》）、《社会保险费征缴暂行条例》、《社会保险稽核办法》、《劳动保障监察条例》、《中华人民共和国民事诉讼法》等法律法规的规定以及最高人民法院的相关司法解释和上级法院的有关指导意见，结合我市民事审判和劳动争议审判实践，提出本参考意见。

一、受案范围及其处理

1.1【未缴社保赔偿及补缴的处理】劳动者能够证明用人单位没有为其建立社会保险关系、社会保险经办机构不能为其补办、导致劳动者具体明确损失，劳动者以此为由要求用人单位赔偿损失的，应予受理。

劳动者因用人单位未为其建立社会保险关系、欠缴或拒缴社保费、未缴足保费，或因缴费年限、基数等，起诉要求用人单位为其建立社会保险或主张补缴的，不予受理。告知劳动者通过劳动行政部门解决。若已受理，则驳回起诉，文书中作必要释明。

1.2【劳动者代缴社保费的返还】用人单位为劳动者建立社会保险关系后，因用人单位未依法缴纳应由其缴纳的社会保险费用，劳动者代用人单位缴纳后，要求用人单位返还的，应予受理，并应判决用人单位负责返还。

1.3【失业保险的受理及赔偿标准】用人单位未为职工缴纳失业保险费，劳动者失业后社会保险经办机构不能为其发放失业保险金，劳动者要求用人单位赔偿损失的，应予受理。赔偿标准可参照应当获得失业保险金的标准计算。

1.4【拒不出具解除通知的受理及赔偿标准】用人单位与劳动者解除或终止劳动关系后，因拒不出具解除劳动关系通知书、未办理劳动者的人事档案、社会保险关系等移转手续、迟延转档、将档案丢失或者扣押劳动者相关证件，造成劳动者不能合法就业，劳动者要求赔偿工资损失的，应予受理。赔偿标准可参照劳动者解除或终止劳动关系前十二个月的平均工资计算至用人单位履行相关义务之日止。

由于上述情况导致劳动者不能享受失业保险待遇，劳动者要求赔偿损失的，应予受理。赔偿标准可参照应当获得失业保险金的标准计算。但劳动者根据本意见 1.3 和本条同时主张损失的，不予支持。

1.5【劳动者投资、入股的处理】由劳动者投资或以技术入股的用人单位与劳动者发生争议的，如果争议内容属于与劳动权利义务有关的，属于劳动争议案件，应予受理；如果争议内容属于因入股、退股、盈余分配、责任承担等非劳动权利义务纷争，不属于劳动争议案件，不予受理。

1.6【住房公积金缴纳等的处理】劳动者与用人单位仅因住房公积金的缴纳、参加工作时间认定、出生年龄确认、工龄折算、特殊工种认定、办理退休手续而产生的争议，不属于劳动争议案件，不予受理。

劳动者与用人单位因住房补贴的给付产生的争议，属于劳动争议案件，应予受理。

1.7【达到退休年龄人员用工关系的认定】达到法定退休年龄并已依法享受养老保险待遇或领取退休金的人员与用人单位形成的用工关系，按劳务关系处理；虽达到

法定退休年龄但未依法享受养老保险待遇或领取退休金的人员与用人单位形成的用工关系，应按劳动关系处理。

企业停薪留职人员、未达到法定退休年龄的内退人员、下岗待岗人员以及企业经营性停产放长假人员的劳动者，与其他用人单位形成的用工关系，一般应按劳动关系处理。但原用人单位继续为其缴纳社会保险费，劳动者又要求现用人单位为其缴纳社会保险费的，不予受理。

1.8【“四涉”人员用工关系的认定】外国人、无国籍人或台港澳人员与用人单位形成的用工关系，按劳动关系处理。上述人员未依法办理《外国人就业证》或《台港澳人员就业证》的，应当认定有关劳动合同无效；但劳动者已经付出劳动的，应由用人单位参照合同约定支付劳动报酬。

1.9【“四涉”企业用工关系的认定】外国企业常驻代表机构或台港澳企业未按规定通过相关就业服务单位，而直接招用劳动者形成的用工关系，按劳务关系处理。

1.10【学生工用工关系的认定】在校学生在校勤工俭学或实习（见习）期间，与所在单位发生争议的，不属劳动争议，按劳务关系处理。

1.11【要求重新认定工伤的处理】对生效裁决已经确认劳动关系成立或者已经认定为工伤，在劳动者申请享受工伤待遇的仲裁、诉讼程序中，用人单位又提出异议并要求重新确认或者要求重新作出工伤认定的，不属于劳动争议案件的审理范围，不予受理。

1.12【年休假工资及补休的处理】劳动者以其应休而未休年休假，请求用人单位按照其日工资收入的300%支付年休假工资报酬的，应予受理。

用人单位确因工作需要不能当年安排年休假，次年安排补休时，劳动者主张不同意补休，要求按日工资300%支付年休假工资的，不予支持。

1.13【反诉的处理】被告在劳动争议诉讼中提出的反诉，不予受理。

二、诉讼主体资格

2.1【二个用人单位的处理】劳动者与用人单位签订劳动合同后，被该用人单位派往其他单位工作，并在该单位领取工资或办理社会保险，因用工关系发生争议的，指派单位和实际用工单位应作为共同当事人，并由实际用工单位直接承担责任，指派单位承担补充清偿责任。

2.2【多个用人单位的处理】订立劳动合同或未订立劳动合同的单位与实际工作单位不一致的，或实际用人单位难以确定的，以及订立劳动合同的单位与作出处理的管理单位不一致的，具有利害关系的单位均应作为共同当事人，由实际用工单位或订立劳动合同的单位直接承担责任，其他具有利害关系的单位承担补充清偿责任。

2.3【特殊情况用人单位的处理】用人单位被吊销营业执照、责令关闭、撤销以及用人单位决定提前解散、歇业，应当将用人单位或清算组织作为当事人；用人单位或清算组织不能承担相关责任的，应当将其出资人或开办单位作为共同当事人。

法院受理后作出裁决前，用人单位注销、被吊销营业执照、关闭、撤销的，应告知当事人按前款规定申请变更主体。

2.4【特殊情况用人单位责任的承担】劳动者与未办理营业执照、营业执照被吊销或者营业期限届满仍继续经营等不具备合法经营资格的用人单位因用工关系产生争议，应当将该单位或出资人列为当事人，按照《劳动合同法》第九十三条的规定承担相应责任（劳动报酬、经济补偿、赔偿金，不包括双倍工资）。

未办理营业执照、营业执照被吊销或者营业期限届满仍继续经营等不具备合法经营资格的用人单位借用他人营业执照经营的，还应当将被借用营业执照的一方列为当事人。被借用营业执照一方承担补充清偿责任。

2.5【挂靠案件的处理】挂靠在其他单位名下进行生产经营的挂靠人违反法律法规的规定侵害其招用的劳动者合法权益，挂靠人以自己的名义招用劳动者的，挂靠人不具有用工主体资格的，由挂靠人承担责任，被挂靠人承担补充清偿责任；挂靠人具有用工主体资格的，被挂靠人不承担责任。

挂靠人以被挂靠人名义招用劳动者的，被挂靠人未提供证据证明其已提出反对并将挂靠事实告知劳动者，挂靠人不具有用工主体资格的，由被挂靠人承担责任；挂靠人具有用工主体资格的，由挂靠人承担责任，被挂靠人承担补充清偿责任。

2.6【建筑分包的处理】在建设工程层层转包、分包中，作为实际施工人的自然人与其招用的劳动者发生劳动争议的，最近的上一层转包、分包关系中具备合法用工主体资格的单位应作为当事人；也可视案情需要，将实际施工的自然人及违法转包人、分包人作为共同当事人。

2.7【被告或第三人的处理】劳动争议仲裁当事人一方或双方为二人以上的，人民法院应视案件需要将未向人民法院提起诉讼的当事人列为被告或第三人。如起诉一方当事人的诉讼请求是针对该当事人，则应将其列为被告；如诉讼请求并非针对该当事人，为便于案件事实的查明，可将其列为第三人。

三、仲裁与审判的衔接

3.1【不服仲裁起诉的分别处理】当事人不服劳动争议仲裁委员会作出不予受理的仲裁裁决、决定或通知，向人民法院起诉的，应予受理。

劳动争议仲裁委员会以申请人收到书面通知无正当理由拒不到庭或者未经仲裁庭同意中途退庭按撤回仲裁申请处理后申请人重新申请仲裁为由作出不予受理的仲裁裁决、决定或通知，当事人不服向人民法院起诉，人民法院受理后，经审查，确属无正当理由拒不到庭或者未经仲裁庭同意中途退庭的，裁定驳回起诉。

当事人在劳动争议仲裁委员会作出准许撤回申诉或按撤回申诉处理的决定后直接向法院起诉的，或者当事人不服劳动争议仲裁委员会作出的仲裁裁决或不予受理决定、通知，向人民法院起诉，人民法院依法作出准许其撤诉或按撤诉处理的裁定并已送达完毕，当事人又提起诉讼的，不予受理；已受理的，驳回起诉。

3.2【未诉视为认可仲裁】劳动争议仲裁委员会就申诉人的请求作出某一具体裁决项后，当事人未就该具体裁决项依法起诉，一般应视为认可该裁项。

仲裁裁决作出后劳动者起诉，用人单位没有起诉或申请撤销的，法院认定用人单位应给付的款项比仲裁裁决的结果低的，视为用人单位同意仲裁结果，应按仲裁裁决的结果作出判决。

仲裁裁决作出后用人单位起诉，劳动者没有起诉的，法院认定用人单位应给付的款项比仲裁裁决的结果高的，视为劳动者同意仲裁结果，应按仲裁裁决的结果作出判决。

3.3【具执行力的裁项】劳动争议当事人不服劳动争议仲裁委员会作出具有给付内容的裁决而向法院起诉，法院不支持诉讼请求的，应在驳回的同时，将该仲裁裁决的内容（含未诉求的事项）作为判项下判，使之具备司法强制执行效力。

3.4【追加仲裁遗漏当事人】在下列案件中，因劳动仲裁程序遗漏了必须共同参加仲裁的当事人，法院在一审诉讼程序中可依法予以追加，无须再行仲裁：

(一) 劳动者与发包方和承包方双方或一方发生劳动争议、劳动者仅列发包方或承包方一方作为当事人的；

(二) 劳动者与起字号的个体工商户发生劳动争议而登记的户主与实际投资人不同、劳动者仅列登记的户主或实际投资人一方作为当事人的；或者劳动者仅列登记的字号或户主一方作为当事人的；

(三) 劳动者与起字号的个人合伙发生劳动争议、劳动者仅列起字号的合伙企业一方作为当事人未列合伙人的；

(四) 在劳动合同中约定了补偿费由谁承担且该约定未违反法律强制性规定的；

(五) 劳动者与企业的分支机构发生劳动争议、劳动者仅列企业的分支机构作为当事人未列企业的。

(六) 法律、行政法规规定的其他情形。

劳动争议仲裁委员会漏裁的事项，法院可直接作出处理。

3.5【仲裁未提供证据的处理】依法负有举证责任的用人单位在仲裁过程中无正当理由未提交或拒不提交证据，仲裁机关依据《劳动争议调解仲裁法》第三十九条第二款规定裁决用人单位承担不利后果的，该用人单位在法院诉讼阶段首次提交且不能说明正当理由的，法院可不予认定。

3.6【终局裁决同时起诉的处理】用人单位依据《劳动争议调解仲裁法》第四十九条的规定向中级人民法院申请撤销仲裁裁决，因劳动者向基层人民法院提起诉讼而被中级人民法院裁定不予受理、驳回申请或者用人单位以劳动者已向基层人民法院提起诉讼为由而向中级人民法院撤回申请的，基层人民法院审理案件时，应当对用人单位以申请撤销理由作为其答辩的意见一并审理。

劳动者的起诉被基层人民法院驳回或者劳动者向基层人民法院申请撤诉的，用人单位可以自收到裁定书之日起三十日内，向中级人民法院申请撤销仲裁裁决。

基层法院受理劳动者不服终局裁决的起诉或中级法院受理用人单位撤销终局裁决的申请后，在开庭审理前，应当对是否同时存在上述两种诉讼的情况进行审查。

双方当事人在申请撤销终局裁决诉讼中自愿达成和解协议，约定不再执行仲裁裁决内容的，应在民事调解书载明该内容。

3.7【分别起诉的处理】非终局裁决后，劳动者与用人单位均不服，分别向同一人民法院提起诉讼的，双方当事人互为原告和被告，先起诉的一方当事人列为“原告”，后起诉的一方当事人列为“被告”。在诉讼过程中，如双方当事人均不撤诉的，应将后起诉的案件裁定并入前案件审理，并终结后案诉讼，在前案裁决文书中，应对合并审理的情形予以叙明；如一方当事人撤诉的，人民法院应当根据另一方当事人的诉讼请求继续审理。

3.8【违反法定程序的认定】《劳动争议调解仲裁法》第四十九条第一款第（三）项规定的“违反法定程序”，是指违反仲裁程序可能影响裁决的情形。

四、工资、加班工资、双倍工资

4.1【工资的认定】劳动者和用人单位对工资标准约定不明或者双方均无提供确切证据，可采取如下原则进行判定：

（一）对工资是否已经支付，用人单位负有完全的举证责任；

（二）对工资数额的认定，原则上由用人单位负有举证义务；

（三）对用人单位存有确属因客观原因无法对劳动者工资数额举证，劳动者又未能举证的，可参照如下顺序依次认定：

1、有集体合同的，按照集体合同的规定认定；

2、按照同工同酬的原则处理，参照劳动者或者用人单位能够充分证明的该用人单位同岗位的平均工资认定；

3、参照中山市劳动和社会保障局发布的相应年度的中山市部分职位（工种）劳动力市场工资指导价位和中山市高技能（工种）指导价位中所列明的相应工种或者类似工种的工资中位数予以认定；

（四）对用人单位非因客观原因拒绝举证，但劳动者请求的数额亦存在明显过高或不合理的情况，可以结合案件情况，包括劳动者的岗位、年龄、工作经验等，结合中山市劳动和社会保障局发布的相应年度的中山市部分职位（工种）劳动力市场工资指导价位和中山市高技能（工种）指导价位中所列明的相应工种或者类似工种的工资（高位数）予以对照和审查其主张的数额，相应作出合理的、有利于劳动者的判定。

4.2【加班工资的认定】劳动者与用人单位对是否支付加班工资发生争议，应参照以下原则进行认定和处理：

（一）劳动者主张加班工资，应当负有合理的事实说明和表面证据证明的举证责任。劳动者有证据证明用人单位持有证明加班事实存在的证据，用人单位拒不提供的，可推定加班事实成立。

（二）用人单位认为已经足额支付劳动者近两年来的加班工资的，应由用人单位负举证责任；劳动者追索两年前的加班工资的，由劳动者对用人单位未足额支付加班工资负举证责任。

（三）对劳动者在岗时间长，但劳动强度与工作时间明显不一致或者长期处于等待状态且等待期间有休息场所可以休息、将在岗时间完全认定为工作时间明显不合理的特殊情况或者特殊岗位，在认定加班时间时，应充分考虑上述岗位的工作性质和当地劳动力价格水平，并尊重该行业和岗位工资支付的行规惯例，从严掌握和判断劳动者主张在标准工作时间以外的加班工资和加班时间。

（四）对劳动者主张的加班时间等存在明显不合理现象，在认定时应当进行合理性审查和折算。

（五）用人单位实际支付劳动者的工资未明确区分正常工作时间工资和加班工资，但用人单位有证据证明已支付的工资包含正常工作时间工资和加班工资的，可以认定用人单位已支付的工资包含加班工资。但折算后的正常工作时间工资低于当地最低工资标准或者计件工资中的劳动定额明显不合理的除外。

（六）劳动者与用人单位就工资、加班工资等劳动报酬的计算、支付达成结算协议，不违反法律、行政法规的强制性规定的，应认定有效，但有证据证明在协议签订时存在欺诈、胁迫、重大误解、显失公平或乘人之危等违背当事人真实意思表示的情形除外。

（七）双方当事人约定加班工资基数（如双方约定奖金、津贴、补贴等项目不属于加班工资基数）的，按照约定处理，但该加班工资基数低于最低工资标准的除外；劳动合同没有约定加班工资计算基数但明确约定标准工资（或正常工作时间工资）的，按劳动合同约定的标准工资（或正常工作时间工资）作为加班工资计算基数，非按月发放的一次性奖金、津贴等收入一般不列入加班工资计算基数。但对双方在劳动合同中虽然约定了标准工资或者工资单上记载了标准工资，但用人单位有证据证明其一直是固定采取超过国家法定正常工作时间的工作制度，而劳动者也一直按照该工作制度

在用人单位工作的，应当认定该基本工资属于用人单位对劳动者在该固定工作时间内所给付的报酬。在确定加班基数时，应当剔除该固定工作时间超出国家法定工作时间之外，属于加班工资性质部分，从而折算出劳动者法定正常工作时间的工资标准，并以此作为加班基数。但折算结果低于最低工资标准除外。

（八）虽然订立劳动合同时，劳动合同对加班费的标准和计付方式有约定，但在履行中事实上已对上述标准和计付方式进行了变更，且用人单位有充分证据证实劳动者知道或者应当知道该变更的事实和情况后，长期以来仍一直没有提出异议的，应当按照实际执行的标准和计付方式予以确认。但上述标准和计付方式违反法律法规禁止性规定的除外。

4.3【约定加班工资已结算的处理】双方在劳动报酬清单、离职清单等文件上约定已结清加班工资，并已实际结算的，可认定双方对加班工资已无争议。但确有证据证明未支付加班工资的，可支持劳动者关于加班工资的主张。

4.4【高管加班工资的处理】对与用人单位已约定较高年薪制的企业高级管理人员、高级技术人员等，以及难以用标准工时衡量工作时间、劳动报酬而与用人单位约定实行较高年薪制的劳动者，其主张加班工资的，一般不予支持。

用人单位因安全、消防、节假日等需要，安排前款劳动者从事与本职工作无关的值班任务，或安排从事与其本职工作有关的值班任务且值班期间可以休息，劳动者主张加班工资的，一般不予支持。但劳动者主张按照劳动合同、规章制度、集体合同或惯例等支付相应待遇的，应予支持。

4.5【非标准工时制加班工资的处理】对可以实行综合计算工时工作制和不定时工作制的用人单位，如果未依法办理综合计算工时与不定时工时工作制的审批手续，仍然应当视为实行标准工时工作制，但法院在裁决纠纷时可以综合考虑以下因素，合理计算加班工资：

（一）劳动者的工作岗位确具有综合计算工时或不定时工时工作制的特点；

（二）依据标准工时计算加班工资等具有明显的不合理性；

（三）工作时间无法根据标准工时进行计算；

（四）其上级单位或行业主管部门已办理了相应岗位、工种的综合计算工时或不定时工时工作制的审批手续。

4.6【双倍工资仲裁时效起算】劳动者根据《劳动合同法》第八十二条规定要求支付二倍工资的，因该工资差额本不属拖欠劳动报酬范围，故其仲裁时效应适用《调解仲裁法》第二十七条的规定，按下列情况确定劳动者追索二倍工资差额的仲裁时效起算点：

- (一) 劳动者与用人单位补签劳动合同之日；
- (二) 视为用人单位与劳动者签订无固定期限劳动合同之日。

4.7【双倍工资支付的基本情形】用人单位自用工之日起超过一个月不满一年未与劳动者签订书面劳动合同，或者因劳动者不愿签订书面劳动合同，用人单位未书面通知劳动者终止劳动关系的，应当依照《劳动合同法》第八十二条的规定向劳动者每月支付两倍的工资。

用人单位根据《劳动合同法实施条例》第六条终止劳动关系的，应当按照《劳动合同法》第四十七条的规定支付经济补偿金及未签书面劳动合同期间的双倍工资差额。

4.8【未签约双倍工资、补偿金计算年限】劳动者以用人单位未签订书面劳动合同为由解除劳动关系、主张双倍工资差额并主张经济补偿金的，应当支持。但因《劳动法》并无规定未签订书面劳动合同可解除劳动关系并应支付经济补偿金，故计算用人单位向劳动者支付经济补偿金的年限时，应从 2008 年 1 月 1 日起算。

《劳动合同法》实施后、《劳动合同法实施条例》实施前，用人单位以劳动者拒绝签订劳动合同为由解除劳动合同的，用人单位应依照《劳动合同法实施条例》的规定支付经济补偿金，并自用工之日起计算工作年限。劳动者主张用人单位违法解除劳动合同要求支付赔偿金的，不予支持。

4.9【视为无固定合同的双倍工资处理】依据《劳动合同法》第十四条第三款规定，视为双方已订立无固定期限劳动合同而未签书面劳动合同的，劳动者要求依据《劳动合同法》第八十二条支付二倍工资的，不予支持。

4.10【合同届满双倍工资】劳动合同期满后，劳动者仍在原用人单位工作，超过一个月双方仍未签订劳动合同的，劳动者根据《劳动合同法》第八十二条规定要求支付二倍工资的，应予支持。

4.11【特殊身份或情形的双倍工资处理】对存在特殊身份或特殊情形的劳动者要求依据《劳动合同法》第八十二条支付二倍工资的，不予支持。但存在特殊身份或特殊情形的劳动者能举证证明用人单位拒绝与其签订劳动合同的除外。

前款所述的特殊身份或特殊情形是指：劳动者具有负责人事管理，包括应参与或负责与用人单位其他员工签订劳动合同职责等身份或情形。

4.12【佐证曾签约的两倍工资】用人单位虽不能举证劳动合同原件，但有其他证据可以佐证双方的确签订过书面劳动合同的，对劳动者要求依据《劳动合同法》第八十二条支付二倍工资的，不予支持。

4.13【非要式劳动合同的两倍工资】用人单位已经与劳动者签订如《入职须知》、《入厂职工协议书》等内容的文件，虽未冠以《劳动合同》名称，但经审查上述文件的记载内容已经具备劳动合同的基本事项，或者虽然缺少部分条款，但根据上述书面文件内容可以确定双方之间基本权利义务关系情形，可以认定双方签订的上述文件是具有建立劳动关系性质的书面协议，应视为双方已经签订书面劳动合同。

4.14【双倍工资的计算基数】双倍工资应以劳动者的应得工资（劳动报酬）作为基数计算。

五、经济补偿金、赔偿金

5.1【约定补偿金的认定】经济补偿金的数额及发放应按法定标准计付。如用人单位与劳动者之间对于经济补偿金的约定过分低于法定标准的，可根据有利于劳动者的原则进行适当调整。

5.2【经济补偿提前发放的效力认定】用人单位与劳动者双方在劳动合同中约定，每一合同履行期满由用人单位发放“解约补偿金”，或用人单位在合同期满终止发放补偿金，后双方依然延续劳动关系的，在用人单位应当支付劳动者经济补偿金时，以其连续工作年限计发，但已领取的上述款项应予以扣除。

5.3【新法后解约补偿金处理原则】《劳动合同法》实施以前已经建立劳动关系，《劳动合同法》实施后解除或终止的，计算经济补偿金时按以下原则处理：

（一）《劳动合同法》实施以前无需支付经济补偿金的，劳动者工作年限自《劳动合同法》实施之日起计算；

(二)《劳动合同法》实施前后均需要支付经济补偿金的，劳动者工作年限以《劳动合同法》实施日为界分别计算。《劳动合同法》实施以前的经济补偿金依照《劳动法》及其配套规定执行，《劳动合同法》实施后的经济补偿金依照《劳动合同法》的相关规定执行。

5.4【额外经济补偿金的新旧标准】《劳动合同法》施行后发生劳动争议的，《违反和解除劳动合同的经济补偿办法》规定的25%经济补偿金及50%额外经济补偿金已被《劳动合同法》第八十五条所吸收，对劳动者主张25%经济补偿金及50%的额外经济补偿金的诉讼请求应予驳回。

5.5【经济补偿金、赔偿金基数】用人单位支付劳动者解除劳动合同经济补偿金或赔偿金时，经济补偿金和赔偿金的计算基数为劳动者在劳动合同解除或者终止前十二个月的平均工资，不再分段计算。劳动者根据《劳动合同法》第八十二条规定所得二倍工资中加付的一倍工资、应休未休年休假额外支付的工资报酬不计入经济补偿金和赔偿金的计算基数。

5.6【赔偿金计算方法】《劳动合同法》第八十七条规定的赔偿金的计算方法为：以上述规定计算出的经济补偿金为基础，再乘以2计算出赔偿金。赔偿金的计算年限自用工之日起计算。

5.7【加付赔偿金的认定】劳动者根据《劳动合同法》第八十五条的规定向劳动行政部门投诉、劳动行政部门已责令用人单位限期支付而用人单位逾期不支付，劳动者要求加付50%至100%赔偿金的，应予支持。劳动者直接主张加付50%至100%赔偿金的，不予支持。

六、竞业限制和违约金

6.1【竞业限制补偿的认定】用人单位与劳动者约定竞业限制但未同时约定经济补偿，或者约定经济补偿的数额明显过低、不足以维持劳动者在当地的最低生活标准的，属于《劳动合同法》第二十六条第（二）项规定的“用人单位免除自己的法定责任、排除劳动者权利的”情形，该竞业限制条款无效。

用人单位与劳动者约定的竞业限制补偿费虽然高于当地的最低生活标准，但与双方约定的违约金相比显失公正的，法院可以根据用人单位支付的补偿金标准，按照公平合理的原则对违约金予以适当变更。

6.2【无约束力竞业限制条款】具有以下情形之一的，竞业限制条款对劳动者不再具有约束力：

- （一）劳动者依《劳动合同法》第三十八条第二款规定，被迫解除劳动合同的；
- （二）用人单位依《劳动合同法》第四十一条规定，解除劳动合同的；
- （三）用人单位破产、关闭、停业、转行或解散的；
- （四）用人单位未按约定支付经济补偿的；
- （五）法律、行政法规规定的其他情形。

6.3【竞业限制条款告知】用人单位与劳动者在劳动合同或保密协议中约定了竞业限制条款，用人单位如在此后认为劳动者不必履行竞业限制约定的，应当明确告知劳动者。

在用人单位告知前劳动者已按约定履行了义务，因而要求用人单位支付履行期间的经济补偿的，应予支持。

6.4【服务期违约金】依据《劳动合同法》第二十二条的规定，劳动者违反劳动合同中有关服务期约定的，应当按照约定支付违约金，但属于《劳动合同法》第三十八条、第四十一条规定情形的除外。约定违约金过高的，应当依据《劳动合同法》第二十二条第二款的规定予以调整。

《劳动合同法》第二十二条中规定的“培训费用”，不包括劳动者接受专项培训期间的基本工资；“专业技术培训”是指为提高劳动者特定技能而提供的培训，不包括上岗前的培训和日常业务培训。

用人单位以劳动者违反劳动合同中有关服务期的约定为由，请求劳动者支付违约金的，应对其已为劳动者提供专项培训及具体费用等相关事实负举证责任。

6.5【特殊待遇条款的认定】用人单位为其引进的部分非本市户籍人员办理本市户籍，可约定其为特殊待遇当事人通过书面合同约定，明确将用人单位为引进人员办理本市户口作为特殊待遇，并据此设定服务期和违约责任的，可予确认。

所设定的服务期期限和违约金数额不合理的，可根据当事人的具体违约原因、违约程度酌情调整。

6.6【解约违约金的处理】劳动者同时请求经济补偿金和合同约定的解除劳动合同违约金的，可予支持。约定违约金过高的，可以根据当事人的请求酌情调整。

七、证据和事实的认定

7.1【解约的举证责任】在劳动争议纠纷案件审理过程中，劳动者与用人单位对由谁提出解除或终止劳动关系的事实发生争议的，应当根据“谁主张谁举证”的原则确定举证责任。

劳动者应对其主张由用人单位解除其劳动关系的事实承担合理的、基本的举证责任。

用人单位应对其作出开除、除名、辞退、解除劳动合同等“决定”的事由及根据承担举证责任，证实其作出的上述决定具有如劳动合同约定、劳动者严重违反规章制度或违法等充分、确切的合法和合理之事由。

7.2【劳动关系举证原则】用人单位未与劳动者签订劳动合同，双方对是否存在劳动关系发生争议的，应根据“谁主张，谁举证”原则，确定劳动者负有基本和表面的举证义务。对劳动者没有任何证据而又无法查清事实的，应认定不存在劳动关系。

法院认定双方是否存在劳动关系时，可审查下列证据：

（一）工资支付凭证或记录（职工工资发放花名册），缴纳各项社会保险费的记录；

（二）用人单位向劳动者发放的“工作证”、“服务证”、上岗证、工号卡、出入证、健康证、银行工资卡等证明身份的证件；

（三）考勤记录；

（四）劳动者填写的用人单位“招聘登记表”、“报名表”等招用记录；

（五）其他相关证据。

法院应当根据上述证据的形成、来源、占有等因素，按照有利于劳动者的原则，合理确定当事人的举证责任。

7.3【建筑用工的法定责任】发包方将建筑工程发包给没有用工主体资格承包人的，劳动者与承包人之间形成劳务法律关系，发包方和劳动者之间不存在劳动法律关系。但依据《广东省工资支付条例》和《广东省工伤保险条例》规定，发包人负有支付劳动者工资报酬和承担工伤保险责任的法定义务。

7.4【社保赔偿问题的举证】劳动者依据本参考意见 1.1 第一款要求用人单位赔偿损失的，应对用人单位未为其建立社会保险关系、社会保险经办机构不能为其补办、

导致劳动者具体明确损失负举证责任。对劳动者提交了社会保险经办机构出具的用人单位未为劳动者建立社会保险关系、不能为其补办导致劳动者无法享受社会保险待遇的具体损失数额《证明》的，可按社会保险经办机构确定的损失数额确定劳动者的损失，或者按用人单位应向社会保险经办机构缴纳的社会保险费数额确定劳动者的损失。

7.5【鉴定机构的选定】对专门性问题和事项需要鉴定的，可交由当事人协商一致的鉴定机构进行鉴定，但法律法规规定应由具体的鉴定机构鉴定的，从其规定。

7.6【单位罚款的处理】对用人单位在章程及劳动合同中就劳动者违反劳动纪律或造成损害予以“罚款”的约定，在处理时应把握如下原则：

（一）用人单位为维护其正常经营管理，监督员工严格、准确执行有关规章制度，在不违反法律强制性规定的情况下，以已经通过民主程序制定并已向劳动者公示的规章制度或者以双方通过合意方式在劳动合同中的明确约定作为依据，对劳动者予以“罚款”的，应合理支持，但不宜在裁判中直接载明支持用人单位“罚款”，应当表述其为一种扣款形式的经济管理手段。

（二）为避免用人单位滥用上述经济惩罚措施侵害劳动者合法权益，应对用人单位所主张的事由、依据进行严格审查，并对其惩罚的金额是否合理和有失公平作出判断。对企业的经济惩罚措施超过劳动者月标准工资百分之十的，不予支持。

（三）用人单位既无章程制度依据，也无劳动合同依据对劳动者采取“罚款”的经济惩罚措施，不予支持。如用人单位认为劳动者的行为造成用人单位经济损失的，用人单位应另行诉求追索。

7.7【业务提成的举证责任】劳动者与用人单位约定业务提成在业务款回收后才支付，且业务款回收由劳动者经手的，劳动者应对业务款回收的事实负举证责任。

7.8【劳动者借款抵扣的处理】对劳动者尚欠用人单位的借款等债务，用人单位一直从其工资中冲减抵扣，且劳动者一直未提出异议，劳动者以用人单位非法克扣工资为由请求返还或主张其他权利的，不予支持。

7.9【拒不出具解除通知的举证责任】劳动合同解除或终止后，用人单位未出具解除或终止劳动合同的有效证明，此后劳动者主张损失赔偿的，如果劳动者不能举证

证明用人单位存在拒不出具相关证明的情况，则对劳动者主张损失赔偿的诉请，一般不予支持。

八、法律适用

8.1【适用宗旨】在劳动争议案件中，地方法规、部门规章和规范性文件与法律、行政法规规定之间就同一问题的规定不一致的，应选择参照适用对保护劳动者利益有利的规定进行处理。

8.2【高温津贴的发放】劳动者根据《关于公布广东省高温津贴标准的通知（2007年9月5日）》主张2010年1月18日之前每年6月、7月、8月、9月、10月高温津贴的，应予支持。对主张2010年1月18日以后高温津贴的，非高温作业人员按《关于非高温作业人员发放高温津贴的意见（2010年1月18日）》的规定处理，即按用人单位与劳动者之间的约定处理，有约定按约定处理，没有约定则不予支持。

高温作业人员如冶金工业的炼钢、炼铁、轧钢、炼焦等、机械制造业的铸造、锻造、热处理、玻璃与耐火工业的窑工、炉工等、造纸、制糖、砖瓦工业、发电厂、火车和轮船的锅炉间等作业人员，仍按《关于公布广东省高温津贴标准的通知（2007年9月5日）》的规定处理。

8.3【假肢安装的处理】已经参加工伤保险的劳动者请求安装假肢等康复器具，或者康复器具需要维修、更换的，应当按照《广东省工伤保险条例》第二十五条规定的程序处理。没有参加工伤保险的劳动者请求用人单位一次性支付安装假肢等康复器具以及康复器具维修、更换等后续费的，原则上应予支持。

对假肢等康复器具的安装，按照以下原则进行确定：

（一）计算更换假肢等康复器具的年限统一按照70岁的寿命计算假肢更换次数，经折算后剩余不足更换一次的年限，按照相应时间折换成钱额予以补偿；

（二）安装假肢等康复器具的型号，一般应当确认为国产适用、普及类型，即指一般为机械假肢（不包括电子假肢）；

（三）安装假肢等康复器具的鉴定机构，按照如下次序处理：

- 1、双方均一致选定同一机构进行鉴定的，法院应当采用该机构进行鉴定；
- 2、双方意见不一致的，应当选用广东省康复中心等比较权威的机构。

（1）对尚未配置第一次的情况，尽量引导当事人去省康复中心配置。

(2) 对已经在广东省康复中心做了第一次配置的,应当重新委托广东省康复中心进行重新配置。(在广东省康复中心重新配置时,可先交付该次配置费后不提货,等将来劳动者原来使用的假肢等康复器具期限到后,可直接去广东省康复中心取货。)

8.4【不缴社保的无效认定】劳动者与用人单位协议约定用人单位不缴纳社会保险费的,因该约定条款违反国家强制性法律规定,应认定与约定无效。双方应各自承担相应的责任。

8.5【商业保险赔偿别除】劳动者的工伤待遇由用人单位承担的,劳动者又依人身保险或商业保险合同获得的赔偿,用人单位不得在工伤待遇中扣除。但用人单位为劳动者办理的雇主责任险理赔的部分除外。

8.6【第三人致害的双重赔偿】因用人单位以外的第三人侵权造成劳动者人身损害构成工伤的,有权同时获得工伤保险赔偿和人身侵权赔偿,用人单位和第三人均应当依法承担各自所负赔偿责任。对用人单位和第三人以劳动者已从其中一方先行获得赔偿为由主张免除或者减轻另一方赔偿责任的,不予支持。用人单位向劳动者支付工伤待遇后向第三人主张追偿权的,不予支持。

8.7【患病、非工伤解约的处理】劳动者患病或者非因工负伤,虽然未经劳动鉴定委员会确认,但用人单位依照《劳动合同法》第四十条第一款第(一)项规定以劳动者不能从事原工作、也不能从事用人单位另行安排的工作而解除劳动合同、劳动者确认用人单位解除劳动合同理由的,用人单位除应按《劳动合同法》支付经济补偿金以外,还应根据《违反和解除劳动合同的经济补偿办法》第6条的规定向劳动者支付医疗补助费。

劳动者不确认用人单位解除劳动合同理由的,用人单位应提交证据证明劳动者不能从事原工作、也不能从事用人单位另行安排的工作,否则应认定用人单位违法解除劳动合同,向劳动者支付违法解除劳动合同赔偿金。

8.8【押金、保证金利息的支持】用人单位收取劳动者押金、保证金等,劳动者除要求退回押金、保证金外,还要求用人单位支付占用押金、保证金期间的利息,对劳动者的利息请求,可按人民银行同期贷款利率予以支持。

九、劳动合同的签订、履行、变更、解除与终止

9.1【岗位调整原则】用人单位调整劳动者工作岗位，一般应经劳动者同意。如没有变更劳动合同主要内容，或虽有变更但确属用人单位生产经营所必需，且对劳动者的报酬及其他劳动条件未作不利变更的，劳动者有服从安排的义务。

9.2【调岗、调酬的处理】用人单位调整劳动者工作内容和工资报酬的，按照以下原则处理：

（一）用人单位与劳动者对调整工作内容和工资报酬有明确的书面约定，或者虽无明确书面约定但已通过实际履行等方式调整了原合同约定且劳动者在合理期限内未提出异议的，视为双方对变更达成一致。

（二）用人单位在劳动者不胜任工作、劳动者医疗期满后不能从事原工作、对负有保守用人单位商业秘密的劳动者采取保密措施等情形下依法调整劳动者工作内容和工资报酬，用人单位应对调整劳动者工作内容的合理依据承担举证责任。

（三）劳动合同中明确约定调整工作内容与工资报酬的有关条款，当事人可按约定履行。劳动合同中虽有工作内容和工资报酬调整的约定，但调整的条款和指向不明确的，用人单位应当提供充分证据证明调整的合理性，用人单位不能证明调整合理性的，劳动者可以要求撤销用人单位的调整决定。

9.3【主张继续履约的处理】依照《劳动合同法》第四十八条的规定，用人单位解除或者终止劳动合同不符合法律规定，劳动者坚持要求继续履行劳动合同，而用人单位坚持解除或者终止劳动合同，经向当事人释明后双方仍然坚持的，可以认定劳动合同已经不能继续履行，应判令双方劳动关系解除或终止，并由用人单位依照《劳动合同法》第八十七条规定支付劳动者赔偿金。

9.4【解约程序瑕疵的处理】用人单位解除劳动合同本身符合法律规定，仅存在未提前三十日书面通知劳动者的程序性瑕疵，劳动者以用人单位违法解除劳动合同为由请求用人单位继续履行劳动合同或支付赔偿金情形的，用人单位除应当继续承担未提前一个月书面通知解除合同应付的一个月工资外，对劳动者主张用人单位违法解除劳动合同等其余主张不应支持。

9.5【旷工解约的认定】对劳动者无正当理由未办理请假手续，用人单位规章制度已有规定的，按相关规定执行；用人单位规章制度无规定而劳动者擅自离岗连续超

过五日或者六个月内累计超过十日，用人单位据此以劳动者严重违反劳动纪律为由解除劳动合同的，可予支持。

9.6【欠保费解约补偿的处理】劳动者以用人单位未足额缴纳或已经经过征收部门审批的欠缴社会保险费为由，请求解除劳动合同并要求用人单位支付经济补偿金的，不予支持。

9.7【欠保费解约之诉时限】劳动者以用人单位在《劳动合同法》实施前未依法缴纳社会保险为由，请求解除劳动合同并要求用人单位支付经济补偿金的，不予支持。

若该事实发生在《劳动合同法》实施后，且在提出解除时未超过仲裁申请时效的，应予支持。

9.8【解约之诉的诉讼理由】劳动者依《劳动合同法》第三十八条、《关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释》第十五条规定解除劳动合同时，用人单位应当支付劳动者经济补偿金。

用人单位实际存在前款情形(如拖欠、克扣劳动者工资等)，但劳动者以“待遇低、压力大、家中有事、身体不适”等为由提出解除劳动合同后，又以用人单位存在前款情形迫使其辞职为由而要求用人单位支付经济补偿金的，不予支持。

劳动者依据《劳动合同法》第三十八条第一款的规定提出解除劳动合同的，应事先告知用人单位。劳动者未事先告知，给用人单位造成损失的，应当承担赔偿责任，但用人单位仍须支付经济补偿金。

9.9【劳动者致损赔偿的处理】劳动者在履行劳动合同过程中造成用人单位损失，用人单位在解除劳动合同时要求劳动者一次性赔偿的，应予支持。赔偿数额由法院根据劳动者的过错程度、造成损失的大小等具体情况酌情确定。

9.10【末位淘汰的效力认定】用人单位在合同期限内通过“末位淘汰”或者“竞争上岗”等形式单方解除与劳动者的劳动合同，属违法解除行为。

9.11【解约限制条款的效力认定】劳动者提前三十日以书面形式通知用人单位，可以依法解除劳动合同。用人单位在劳动合同中设定违约金条款以限制劳动者上述解除权的，该违约金条款无效。

十、附则

10.1【适用范围】本参考意见自印发之日起供全市两级法院参照执行。

惠州市中院、惠州市劳动人事争议仲裁委员会
关于审理劳动争议案件若干问题的会议纪要(试行)
(惠州市中级人民法院审判委员会第 21 次会议通过)
(2012 年 6 月 20 日 惠中法发【2012】6 号)

为正确审理劳动争议案件，统一裁判标准，提高审判与仲裁效率，依法及时保护劳动争议双方当事人的合法权益，促进劳动关系的稳定和谐，根据《中华人民共和国劳动法》（下称《劳动法》）、《中华人民共和国劳动合同法》（下称《劳动合同法》）、《中华人民共和国劳动争议调解仲裁法》（下称《劳动争议调解仲裁法》）等法律法规的规定以及最高人民法院的相关司法解释和上级法院的有关指导意见，结合我市劳动争议审判与仲裁实践，共同形成如下纪要内容。

第一条【办理退休手续的处理】 劳动者请求用人单位为其办理退休手续，不属于劳动争议案件，不予受理。告知劳动者通过劳动行政部门解决。

第二条【持《合作协议》或《承包协议》请求确认劳动关系是否受理】 用人单位与劳动者签订《合作协议》、《承包协议》等而未签订劳动合同的，劳动者持《合作协议》或《承包协议》要求确认劳动关系，可依法向劳动仲裁机构申请仲裁。

《合作协议》或《承包协议》的内容具有《劳动合同法》第十七条规定的主要条款的，根据协议的实际履行情况，可以认定双方存在劳动合同关系。否则，可由当事人持《合作协议》或《承包协议》直接向人民法院起诉。

第三条【不具备用工主体资格的用人单位的诉讼主体】 申请仲裁时用人单位已不具备用工主体资格（注销、吊销营业执照、责令关闭等情形）的，劳动者与其发生用工争议的，可以将原用人单位、出资人、开办单位或主管部门列为当事人。

第四条【双重或多重用人关系的处理】 用人单位与劳动者订立劳动合同的，以合同双方为当事人；没有订立劳动合同的，以实际使用劳动力的单位为一方当事人。订立劳动合同的单位与实际用工单位不一致的，或实际用工单位难以确定的，以及订立劳动合同的单位与作出处理的管理单位不一致的，具有利害关系的单位均应作为共同当事人，由实际用工单位或订立劳动合同的单位直接承担责任，其他具有利害关系的单位承担补充清偿责任。

第五条【遗漏当事人】在下列案件中，因劳动仲裁程序遗漏了必须共同参加仲裁的当事人，人民法院在一审诉讼程序中可依法予以追加，无须再行仲裁：（一）劳动者与发包方和承包方双方或一方发生劳动争议、劳动者仅列发包方或承包方一方作为当事人的；（二）劳动者与起字号的个体工商户发生劳动争议而登记的户主与实际投资人不同、劳动者仅列登记的户主或实际投资人一方作为当事人的；或者劳动者仅列登记的字号作为当事人的；（三）劳动者与起字号的个人合伙发生劳动争议、劳动者仅列起字号的合伙企业一方作为当事人未列合伙人的；（四）在劳动合同中约定了补偿费用等部分用工责任由第三人承担且该约定未违反法律强制性规定的；（五）劳动者与企业的分支机构发生劳动争议、劳动者仅列企业的分支机构作为当事人未列企业的。（六）法律、行政法规规定的其他情形。

第六条【终局裁决问题】在诉讼中，当事人对劳动仲裁机构作出的裁决书是否属于终局裁决提出异议的，人民法院不予审查。

对于《劳动争议调解仲裁法》第四十七条规定的依法属于劳动仲裁终局裁决的争议事项，劳动仲裁机构以非终局裁决书形式作出裁决而用人单位向人民法院起诉的，人民法院应当予以受理。

对于《劳动争议调解仲裁法》第四十七条规定以外的属于劳动仲裁非终局裁决的争议事项，劳动仲裁机构以终局裁决书形式作出裁决而用人单位向人民法院申请撤销仲裁裁决的，人民法院应当予以受理。

第七条【未诉视为认可仲裁】劳动仲裁机构就当事人的请求作出某一具体裁项后，当事人未就该具体裁项依法起诉，一般应视为认可该裁项。

仲裁裁决作出后劳动者起诉，用人单位没有起诉或申请撤销的，人民法院认定用人单位应给付的款项比仲裁裁决的结果低的，视为用人单位同意仲裁结果，应按仲裁裁决的结果作出判决。

仲裁裁决作出后用人单位起诉，劳动者没有起诉的，人民法院认定用人单位应给付的款项比仲裁裁决的结果高的，视为劳动者同意仲裁结果，应按仲裁裁决的结果作出判决。

第八条【用人单位起诉使仲裁裁决失去执行效力】用人单位不服确定其向劳动者承担法定义务的仲裁裁决，向人民法院起诉的，人民法院经审查认为仲裁裁决有理，

除判决驳回用人单位的诉讼请求外，仍应对劳动者的实体权益作出判决，使劳动者获得申请强制执行的依据。

第九条【诉讼请求与讼争的劳动争议具有不可分性的理解】《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》第六条规定：“人民法院受理劳动争议案件后，当事人增加诉讼请求的，如该诉讼请求与讼争的劳动争议具有不可分性，应当合并审理。”该条款中的“不可分性”是指增加的诉讼请求与仲裁的事项是基于同一事实而产生的，相互之间具有依附性和相关性。

第十条【未缴社保费的处理】劳动者因用人单位未为其建立社会保险关系、未按时足额缴纳社会保险费向用人单位请求为其建立社会保险关系或主张补缴的，不予受理。告知劳动者通过社会保险行政部门、社会保险费征收机构解决。

第十一条【劳动者代缴社保费的返还】用人单位为劳动者建立社会保险关系后，因用人单位未依法缴纳应由其缴纳的社会保险费用，劳动者代用人单位缴纳后，可要求用人单位返还。

第十二条【失业保险损失的受理及赔偿标准】用人单位未为劳动者缴纳失业保险费，劳动者失业后无法享受失业保险待遇的，劳动者要求用人单位赔偿损失的，应予受理。赔偿标准应按照《广东省失业保险条例》及失业保险相关法规政策规定的应当获得失业保险待遇的标准计算。

第十三条【医疗保险损失的受理及赔偿标准】用人单位未为劳动者缴纳医疗保险费，劳动者患病后无法享受医疗保险待遇的，劳动者要求用人单位赔偿损失的，应予受理。赔偿标准应按照《惠州市社会基本医疗保险办法》及医疗保险相关法规政策规定的应当获得医疗保险待遇的标准计算。

第十四条【商业保险能否替代社会保险问题】商业保险与社会保险性质不同，为劳动者缴纳社会保险费用是用人单位的法定义务。因此，用人单位虽然为劳动者办理了商业保险手续，但仍应为劳动者办理社会保险手续。

第十五条【女职工特殊劳动保护】用人单位违法解除与“三期”内女职工的劳动合同，如女职工要求继续履行劳动合同，则应撤销用人单位解除劳动合同的决定，双方继续履行劳动合同。造成劳动者工资收入损失的，用人单位还要支付工资。如在案件处理过程中劳动合同期限届满的，则应在撤销用人单位解除劳动合同决定的同

时，认定双方劳动合同的期限自动延续“三期”期满终止，并由用人单位支付至劳动合同终止之日的工资待遇和经济补偿金。如女职工不要求继续履行劳动合同或劳动合同已经不能履行的，应认定双方劳动合同解除，并依照《劳动合同法》第八十七条的规定，由用人单位支付赔偿金。

违反计划生育法规的“三期”内女职工不适用上述规定。

第十六条【用人单位对“三期”内女职工可以解除劳动合同的情形】“三期”内女职工有《劳动合同法》第三十九条规定的情形之一的，用人单位可以解除劳动合同。

第十七条【女职工提出被迫解除劳动合同】女职工在“三期”内依《劳动合同法》第三十八条、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》第十五条的规定，提出被迫解除劳动合同，除要求经济补偿金、赔偿金外，还要求用人单位支付工资至“三期”期满的，应予支持。

第十八条【“三期”女职工工资】“三期”女职工孕期工资按照实际上班情况计发；产假期间的工资，按原工资待遇照发；哺乳期的工资按照实际上班情况计发；哺乳期末上班的，本人申请并经用人单位领导批准，依《广东省女职工劳动保护实施办法》规定按不低于本人标准工资的百分之七十五发给工资；如有县级以上医院证明，哺乳期的工资可按照职工患病工资支付。

第十九条【加班工资的计算基数】双方当事人约定加班工资基数的，按照约定处理；劳动合同没有约定加班工资计算基数但约定标准工资的，按劳动合同约定的标准工资作为加班工资计算基数；劳动合同没有约定标准工资但实发工资列明工资构成的，可按实发工资中标准（基本）工资作为加班工资的计算基数，其中不得将加班工资重复算入加班工资计算基数内，且加班工资的计算基数不得低于当地最低工资标准。

劳动合同既没有约定标准工资且实发工资中未明确具体工资构成的，如双方当事人对此长期未提出异议，可以参照当地同行业工资收入水平和双方当事人劳动惯例确定加班工资计算基数，但该加班工资计算基数不得低于当地最低工资标准。

第二十条【计时加班工资的认定】用人单位应发工资高于劳动合同约定的正常工作时间工资，如果应发工资列明工资构成的，但工资构成无加班工资项目且用人单位也不能证实其他收入项目具有加班工资性质的，应当认定用人单位未支付加班工资；

如果应发工资未明确工资构成的，但用人单位有证据证明应发工资包含正常工作时间工资和加班工资的，可以认定用人单位已支付的工资包含加班工资。但折算后的正常工作时间工资低于当地最低工资标准除外。

第二十一条【计件加班工资的认定】 用人单位与劳动者有约定正常工作时间工资数额，按照劳动者的月工资总额、工作时间和法定加班倍数折算出的实际月正常工作时间工资数额不低于双方劳动合同约定的正常工作时间工资的，可视为用人单位已足额发放劳动者在延长工作时间、休息日和法定节假日的劳动报酬，否则按此标准补足；

用人单位与劳动者未约定正常工作时间工资数额，按照劳动者的月工资总额、工作时间和法定加班倍数折算出的实际月正常工作时间工资数额不低于当地最低工资标准的，可视为用人单位已足额发放劳动者在延长工作时间、休息日和法定节假日的劳动报酬，否则按此标准补足。

第二十二条【高薪劳动者加班工资】 对与用人单位已约定较高年薪制的企业高级管理人员、高级技术人员等，以及难以用标准工时衡量工作时间、劳动报酬而与用人单位约定实行较高年薪制的劳动者，其主张加班工资的，一般不予支持。

用人单位因安全、消防、节假日等需要，安排前款劳动者从事相应的值班任务，劳动者主张加班工资的，一般不予支持。劳动者主张按照劳动合同、规章制度、集体合同或惯例等支付相应待遇的，应予支持。

本条所称较高年薪制工资是指月平均工资高于当地上年度在岗职工月平均工资五倍的工资。

第二十三条【灵活岗位的加班工资是否支持】 对于在岗时间较长、劳动强度不大、工作时间灵活或间断性、具有提成性工资性质等特殊行业岗位，应当充分考虑上述岗位的工作性质和当地劳动力价格水平，且尊重该行业和岗位工资支付的行规惯例，对于劳动者主张在标准工作时间以外的加班工资，从严掌握。

第二十四条【自行加班行为是否支持加班费】 劳动者未有用人单位的加班安排或指令而自行加班的，其加班工资请求一般不予支持。法律法规另有规定或当事人另有约定除外。

第二十五条【劳动合同期满未续签或终止的是否执行双倍工资】 用人单位自用工之日起超过一个月不满一年未与劳动者签订劳动合同的，用人单位应自用工满一个月的次日起支付双倍工资至用工满一年或双方签订劳动合同前一日止，最长不超过 11 个月。

劳动合同期满，劳动者继续在用人单位工作的，用人单位在劳动合同期满之日超过一个月不满一年未与劳动者续签劳动合同的，参照前款处理。如果属于劳动者的原因，不与用人单位订立书面劳动合同，用人单位无需向劳动者支付双倍工资。

劳动合同期满，劳动者继续在用人单位工作的，用人单位在劳动合同期满之日超过一个月不满一年未与劳动者签订劳动合同的，符合《劳动合同法》第四十二条规定的情形，应按《劳动合同法》第四十五条执行，不支持双倍工资。

用人单位的人事经理等负责签订劳动合同事务的特定职位人员如未能举证证明未签劳动合同的责任在于用人单位的，其主张未签劳动合同双倍工资，不予支持。

用人单位未与其高级管理人员签订书面劳动合同，但用人单位能够提供聘任决定或聘任书，证明双方存在劳动权利义务且已实际履行的，高级管理人员以未签订书面劳动合同为由请求用人单位每月支付双倍工资的，不予支持。

高级管理人员的范围依据《中华人民共和国公司法》第二百一十七条第（一）项的规定予以确定。

第二十六条【未签劳动合同双倍工资的计算基数】 未订立书面劳动合同的双倍工资的计算基数为：劳动者相对应的月份应得工资。

第二十七条【违法解除劳动合同赔偿金的年限计算】 关于用人单位违法解除劳动合同支付赔偿金的年限计算问题，应按照《劳动合同法实施条例》第二十五条有关“赔偿金的计算年限自用工之日起计算”的规定确定，不再分段计算。

第二十八条【代通知金】 用人单位违法解除劳动合同在确定支付赔偿金后，无需再支付未提前 30 天通知的代通知金。

第二十九条【主张存在解除劳动合同的举证责任】 当事人主张存在解除劳动合同或事实劳动关系事实的，应就此主张进行举证。

第三十条 【劳动者离职原因无法证明】用人单位与劳动者均无法证明劳动者离职原因的，可视为双方协商一致并向劳动者提出解除劳动合同，应由用人单位向劳动者支付经济补偿。

第三十一条 【规章制度效力问题】用人单位制订的规章制度相关条款存在违反法律、行政法规及政策规定、存在明显不合理以及免除自己法定责任、排除劳动者权利的情形，可以认定规章制度相关条款不能作为劳动仲裁和人民法院裁判的依据。

第三十二条 【调岗效力问题】用人单位调整劳动者工作岗位的，一般应经劳动者同意。如没有变更劳动合同主要内容，或虽有变更但确属用人单位生产经营所必需和劳动者不能胜任原工作岗位，且对劳动者的报酬及其劳动条件等未作不利变更的，劳动者应服从安排。

第三十三条 【企业合并、分立后劳动者工作年限计算问题】企业合并、分立后，劳动者工作年限和订立固定期限劳动合同的次数仍应连续计算。

第三十四条 【挂靠的责任承担问题】挂靠在其他单位名下进行生产经营的挂靠人违反法律法规的规定侵害其招用的劳动者合法权益，区分下列四种情形进行处理：

（一）挂靠人以自己的名义招用劳动者但不具有用工主体资格的，由挂靠人承担责任，被挂靠人承担补充清偿责任；（二）挂靠人以自己的名义招用劳动者且具有用工主体资格的，被挂靠人不承担责任；（三）挂靠人以被挂靠人名义招用劳动者的，被挂靠人未提供证据证明其已提出反对并将挂靠事实告知劳动者，挂靠人不具有用工主体资格的，由被挂靠人承担责任；（四）挂靠人以被挂靠人名义招用劳动者的，被挂靠人未提供证据证明其已提出反对并将挂靠事实告知劳动者，挂靠人具有用工主体资格的，由挂靠人承担责任，被挂靠人承担补充清偿责任。

承担责任后，被挂靠人享有追偿权。

第三十五条 【工伤赔偿与民事侵权赔偿竞合问题】因第三人侵权而发生的工伤，劳动者获得工伤保险待遇后又向侵权人请求人身损害赔偿的，或劳动者获得人身损害赔偿后又请求工伤保险待遇的，应予支持。但工伤保险待遇与人身损害赔偿中赔偿项目相同或相近的应当扣除。工伤保险待遇与人身损害赔偿责任主体是同一单位的，受害人只能请求其中一种赔偿。

第三十六条 【工伤赔偿达成协议后一方反悔案件仲裁时效的问题】 当事人就工伤赔偿自行达成和解协议后，一方反悔，向人民法院起诉请求撤销和解协议或主张和解协议无效的，应予受理。经审理后认为该协议不存在法定应撤销或无效等事由的，该协议有效，可以作为人民法院裁判的依据；经审理后认为该协议存在法定应撤销或无效等事由的，依法予以撤销或认定无效。劳动者因工伤赔偿申请仲裁时效期间从协议撤销或认定无效的判决生效之日起计算。

第三十七条 【未签劳动合同双倍工资的仲裁时效】 未签劳动合同双倍工资差额属于赔偿金，申请仲裁时效适用一年时效。用人单位在用工满一个月起至用工一年内与劳动者签订书面劳动合同的，劳动者主张未签劳动合同双倍工资的仲裁时效期间从双方签订劳动合同之次日起计算；用人单位在用工之日起一年内未与劳动者签订书面劳动合同的，劳动者主张未签劳动合同双倍工资的仲裁时效期间从用工满一年之次日起计算。

第三十八条 【仲裁时效中断】 劳动者向人大、政府等信访、上访，不应认定仲裁时效中断，只能向法院、劳动行政部门、工会等依法有权处理部门请求权利救济的才认定仲裁时效中断。

第三十九条 【法条竞合】 劳动者依照《劳动合同法》第八十五条请求用人单位加付赔偿金的，已举证证明请求劳动行政部门责令用人单位限期支付劳动报酬、加班费、经济补偿或低于最低工资标准的差额部分而用人单位逾期未支付的事实，应予支持；否则应告知其先向劳动行政部门请求处理。

劳动者依照《违反和解除劳动合同的经济补偿办法》第三条、第四条、第十条的规定请求用人单位支付赔偿金或额外经济补偿金的，不予支持。

第四十条 【法律适用规则】 劳动法与劳动合同法、劳动争议调解仲裁法、就业促进法等法律之间的关系，应该属于一般法与特别法的关系。故可以按特别法优于一般法，新法优于旧法的法律适用规则。

第四十一条 【加强个案的沟通与协调】 劳动仲裁机构与人民法院在审理劳动争议案件中，应加强个案的沟通与协调。特别对重大、疑难复杂或敏感案件，在立、结案时法院与劳动仲裁机构互相咨询情况，听取意见。

第四十二条【会议纪要施行时间】本会议纪要自发文之日起，供全市法院和劳动仲裁机构在办案中参照执行。法律、法规、最高法院司法解释或省法院指导意见有新规定的，从其规定。

广东省律师协会劳动法律专业委员会



广东省律师协会劳动法律专业委员会编制

资料搜集：蒋四清副主任及东莞组

整理完善：江点序秘书长 高鹏飞律师

审 核：刘继承主任