

广州市劳动人事争议仲裁委员会、广州市中级人民法院民事审判庭关于劳动争议案件座谈会的意见综述

时效性：现行有效

发文机关：广州市劳动人事争议仲裁委员会,广州市中级人民法院

发文日期：2015年7月1日

施行日期：2015年7月1日

为及时公正处理劳动争议案件,适应不断出现的劳动争议案件新情况,进一步统一广州市劳动争议案件的裁审标准,提高裁审效率,广州劳动人事争议仲裁委员会和广州市中级人民法院民事审判庭联合召开了劳动争议案件座谈会,就劳动争议案件处理中的疑难问题进行了座谈,现综述如下:

一、关于劳务派遣有关问题

1.在劳务派遣中,劳动者主张遭受损害的,劳务派遣单位与用工单位如何承担责任?

首先应由劳动者举证证明其确实遭受损害,按照《劳动合同法》第九十二条的规定,如劳动者的损害是有用工单位造成,劳务派遣单位与用工单位承担连带赔偿责任;如劳动者的损害是由劳务派遣单位造成,则由劳务派遣单位承担赔偿责任,用工单位无需承担连带赔偿责任。

2.对《劳动合同法》第六十二条明确规定的劳动报酬类(如底薪、基本工资、全勤奖等)争议,是否由用工单位和劳务派遣单位承担连带赔偿责任?

为保障被派遣劳动者获得劳动报酬的权利,减少劳动者诉累,根据《劳动合同法》第六十二条、第九十二条的规定,对支付劳动报酬的争议,均由用工单位与劳务派遣单位承担连带责任。

3.被派遣劳动者依据《劳动合同法》第三十八条规定行使被迫解除权并要求支付经济补偿金的,用工单位是否与劳务派遣单位承担连带赔偿责任?

应严格区分劳务派遣单位和用工单位存在的过错情况,按照《劳动合同法》第九十二条的规定确定赔偿责任。

4.劳务派遣用工中涉及违反服务期、保密义务、竞业限制违约金,以及违反保密业务、竞业限制赔偿责任类争议,如何处理?

被派遣劳动者作为申请人申请劳动仲裁,如劳动者与劳务派遣单位签订相关协议,而用工单位对该争议存在过错的,应与劳务派遣单位承担连带责任;如劳动者与用工单位签订相关协议,根据《劳动合同法》第九十二条的规定,用工单位与劳务派遣单位承担连带责任。

劳务派遣单位或用工单位作为申请人申请劳动仲裁,按照《劳动争议调解仲裁法》第二十二条第二款的规定,用工单位和劳务派遣单位均应作为当事人。审理该类案件时,应根据案件实际情况,确定劳动者是否需要承担法律责任。

5. 在计算劳务派遣用工比例时,非全日制用工人数是否作为计算基数?

根据《劳务派遣暂行规定》第四条第二款、第三款的规定,非全日制用工以及其他与用工单位建立劳动关系的劳动者均应作为用工单位用工总量的一部分,作为计算被派遣劳动者所占百分比的基数。

6. 如劳动者与劳务派遣单位签订无固定期限劳动合同,劳务派遣单位出现《劳务派遣暂行规定》第十一条规定的情形时,双方又未能就解除劳动合同协商一致,劳动合同如何处理?

该情形符合《劳动合同法》第四十条第(三)项规定的情形,劳务派遣单位可以根据该条规定解除劳动合同。

7. 《劳务派遣暂行规定》第十八条规定“跨地区派遣劳动者,应当在用工单位所在地被派遣劳动者参加社会保险”中的“用工单位所在地”是指用工单位注册地、用工单位主营业务所在地、实际合同履行地还是其他?

根据《广东省社会养老保险实施细则》第二条规定“所列单位均应依法参加单位所在地的社会养老保险。单位所在地原则上为工商营业执照上登记的住所所在地。有异地分支机构的,分支机构应作为独立的缴费单位参加所在地的社会养老保险”,用工单位所在地应作狭义理解,仅指用工单位注册地。

8. 按照《劳务派遣暂行规定》第十九条第二款的规定“用工单位代劳务派遣单位为被派遣劳动者办理参保手续,缴纳社会保险费”,用工单位可否转委托其他单位以该单位的名义为被派遣劳动者参加社会保险?

为规范劳务派遣用工缴纳社会保险,用工单位应以其本单位名义为被派遣劳动者办理参保手续,不能转委托其他单位参加社会保险。

9. 用工单位可否与劳务派遣单位约定法律、法规或规章规定之外的退回权?

只有符合《劳动合同法》第六十五条、《劳务派遣暂行规定》第十二条规定的情形,用工单位才可以将劳动者退回劳务派遣单位,被派遣劳动者退回条件是法定的,不允许用工单位与劳务派遣单位之间进行任意约定。

10. 如《劳动合同法》修正案公布前已依法订立劳动合同和劳务派遣协议,而且原劳动合同期限和劳务派遣协议期限将于《劳务派遣暂行规定》施行之日起的2年内届满,可否通过订立变更协议的方式,将劳动合同期限和劳务派遣协议期限延长至《劳务派遣暂行规定》施行之日起2年后?

根据全国人民代表大会常务委员会《关于修改〈中华人民共和国劳动合同法〉的决定》的规定“本决定公布前已依法订立的劳动合同和劳务派遣协议继续履行至期限届满,但是劳动合同和劳务派遣协议的内容不符合本决定关于按照同工同酬实行相同的劳动报酬分配办法的规定的,应当依照本决定进行调整;本决定施行前经营劳务派遣业务的单位,应当在本决定施行之日起一年内依法取得行政许

可并办理公司变更登记，方可经营新的劳务派遣业务”，2012年10月28日后才订立变更协议的，属于恶意规避法律规定，该变更协议无效。

11. 劳动者以其岗位不属于临时性、辅助性或者替代性为由要求确认其与用工单位存在劳动关系的案件，是否可由仲裁机构或法院对事实进行直接审查，还是需以劳动行政部门认定劳务派遣单位违法派遣为前提条件？

对劳务派遣是否合法不宜由仲裁机构或法院进行直接审查，按照《劳动合同法》第九十二条的规定，应由相关政府部门认定违法派遣为前提。

二、关于社会保险有关问题

12. 用人单位与劳动者签订劳动合同并建立劳动关系，但委托其他单位以其他单位的名义代劳动者缴纳社会保险，是否合法？若劳动者以用人单位未依法缴纳社会保险费为由主张解除劳动合同，用人单位是否需向劳动者支付经济补偿金？

不合法，用人单位违反了《社会保险法》第四条“用人单位和个人依法缴纳社会保险费”和第十条“职工应当参加基本养老保险，由用人单位和职工共同缴纳基本养老保险费”的规定。若劳动者据此主张被迫解除劳动合同的，用人单位应向劳动者支付经济补偿金。

13. 用人单位注册地在外地，派员工在广州工作或直接在广州招聘员工并安排在广州工作，员工发生工伤、职业病，社保待遇按用人单位注册地还是按劳动合同履行地的标准计算？如劳动合同履行地的标准高于用人单位注册地社保基金支付的部分，差额应如何负担？

根据《劳动合同法实施条例》第十四条规定，“劳动合同履行地与用人单位注册地不一致的，有关劳动者的最低工资标准、劳动保护、劳动条件、职业危害防护和本地区上年度职工月平均工资标准等事项，按照劳动合同履行地的有关规定执行。用人单位注册地的有关标准高于劳动合同履行地的有关标准，且用人单位与劳动者约定按照用人单位注册地的有关规定执行的，从其约定。”对劳动合同履行地的标准高于用人单位注册地标准的差额部分，由用人单位负担。

14. 用人单位在外地，员工临时出差到广州期间发生工伤、患病，产生的相关社保待遇按用人单位注册地还是广州的标准计算？

根据《社会保险法》的规定，按照用人单位注册地的社会保险待遇标准支付。

15. 劳动关系因劳动者退休终止时，工伤职工能否请求用人单位支付一次性伤残就业补助金和一次性工伤医疗补助金？

《工伤保险条例》第三十六、三十七条规定支付一次性工伤医疗补助金及一次性伤残就业补助金的前提是职工提出解除或者终止劳动关系，其中的“终止”，是指劳动者未达法定退休年龄前终止或解除劳动关系，需重新就业的情形。劳动关系因劳动者达到法定退休年龄而终止，并不属于该情形。工伤职工退休，无需再向其支付一次性伤残就业补助金和一次性工伤医疗补助金。

16. 停工留薪期间、产假期间内劳动者继续上班，用人单位已支付工作期间相应的工资，劳动者要求用人单位支付停工留薪工资、产假津贴的，是否支持？

劳动者享受停工留薪期工资、产假津贴的前提是因工伤、生育需要暂停工作接受治疗、休息，如果职工在此期间已经开始上班，说明其伤情、身体状况已经不需要停工治疗、休息，不符合享受停工留薪期、生育津贴的条件。用人单位根据劳动者提供的劳动支付工资即可；但其工资低于停工留薪期工资、生育津贴的，用人单位应补足，即实际工作的工资与停工留薪期工资（产假津贴）不可兼得，两者采取就高不就低的原则。但劳动者有证据证明用人单位要求劳动者恢复工作的除外。

三、其他相关问题

17. 专职律师到企业任职期间能否认定存在劳动关系？

根据《律师法》第五、六、十、十二、二十七、二十八条等规定，专职职业律师应当遵守律师的执业纪律及执业道德，律师在从业期间应当专职执业，不允许到企业任职，即使到企业任职，不应认定为劳动关系。

18. 用人单位和劳动者双方约定日工作时间超过四小时，但每周累计工作时间未超过二十四小时，是否可认定为非全日制用工？

因劳动者平均每日工作时间不超过四小时，每周工作时间累计也不超过二十四小时，故可以认定为非全日制用工。

19. 劳动关系存续期内，用人单位主张解除竞业限制协议，是否支持，是否需要支付经济补偿？若劳动关系终结后，用人单位立即主张解除竞业限制协议，是否需依照最高人民法院《关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释（四）》第九条第二款的规定支付3个月的经济补偿？

劳动关系存续期内，用人单位主张解除竞业限制协议的，予以支持，因劳动者还未离职并履行竞业禁止义务，用人单位可以不支付经济补偿金。在劳动关系终结后，即使用人单位立即主张解除竞业限制协议的，依照规定，也应支付3个月的经济补偿。

20. 如何判断《劳动合同法》第四十四条第五项中“用人单位决定提前解散的”所指的劳动合同终止时间？

应以相关部门批准或者用人单位的董事会（或股东大会等）决定并告知劳动者劳动合同的终止时间为准。

21. 《广东省工资支付条例》第三十五条中的停工、停产是否仅限于单位停工、停产，还是包括可对单位个别部门（车间、分厂），甚至个别劳动者进行停工、停产？

包括可对个别部门（车间、分厂）进行停工、停产，因为对于业务范围宽泛的用人单位而言，市场因素导致其部分业务停运或者整体停产、停业的现象并不罕见，若将停工、停产的范围限于用人单位整体则要求过严，用人单位基于某种客观原因，在法律允许的范围内对劳动力进行调配，即是用人单位的自主权，也是积极履行劳动合同的行为。但不允许用人单位针对个别劳动者进行停工、停产。

22. 劳动者作为申请人的案件，在处理过程中劳动者死亡，如何变更当事人？如劳动者有委托代理人的，代理人是否仍有权继续代理案件？

参照最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第五十五条的规定，在仲裁或诉讼中，一方当事人死亡；应当及时通知继承人作为当事人参加仲裁或者诉讼，被继承人已经进行的仲裁或诉讼行为对参加仲裁或诉讼的继承人有效，包括被继承人委托的代理人此前为被继承人的利益从事的代理行为仍有效。之前劳动者有委托代理人的，应由该继承人决定是否继续委托。

23. 个人经营的个体工商户经营者死亡，但他人未办理注销登记手续，仍以该字号经营，该个体工商户是否仍具备仲裁或诉讼当事人的主体资格？

原则上按照最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第五十九条的规定处理，将仍以该字号经营的他人列为实际经营者参加仲裁、诉讼，并承担相应责任。经仲裁委、法院释明，当事人只诉实际经营者的，只列实际经营者为主体，注明其为该字号的实际经营者；如果当事人要求诉该字号及实际经营者的，则除实际经营者外，应通知该字号上登记的经营者的继承人参加诉讼。

24. 用人单位在仲裁时不提交证据，仲裁委按现有证据作出终局裁决后，用人单位以刚找到证据证实仲裁裁决错误为由申请撤销终局裁决，法院是否支持？

用人单位仲裁时不提交证据的行为不符合《劳动争议调解仲裁法》第四十九条规定可以撤销终局裁决的情形，对其撤销终局裁决的申请原则上不予支持。