

广州市中级人民法院关于审理劳动争议案件若干问题的研讨会纪要

发文机关：广州市中级人民法院

发文日期：2014 年 05 月 26 日

时效性：现行有效

施行日期：2014 年 05 月 26 日

广州市劳动人事争议仲裁院与广州市中级人民法院民事审判庭就劳动争议案件处理中遇到的若干问题进行了讨论，就部分问题的处理意见达成了共识，现纪要如下：

一、关于劳动争议部分

（一）程序问题

1. 劳动者要求用人单位公开其工资计算方式和基数的，不属于劳动仲裁处理范围。

2. 劳动者与用人单位对劳动者是否符合退休条件产生争议的，不属于劳动争议案件受理范围。劳动者以此为由，主张继续履行劳动合同或赔偿损失等，应当以社保机构的审核结果为前提，仲裁委、人民法院在劳动争议案件中不直接就劳动者是否符合退休条件作出认定。

3. 确认劳动关系的案件，其仲裁时效适用《劳动争议调解仲裁法》第二十七条的规定。

4. 《中华人民共和国劳动争议调解仲裁法》第二十一条已经明确规定了劳动争议案件的管辖问题，故劳动争议仲裁管辖不应由用人单位和劳动者双方自行约定。

5. 用人单位无故拖欠、克扣劳动者工资的违法行为发生于劳动者申请仲裁一年前，至劳动者申请仲裁时用人单位尚未纠正，如劳动者据此主张解除劳动合同，并要求用人单位支付解除劳动合同经济补偿金的，应予支持。

如果用人单位在劳动者申请仲裁前补发了未及时支付给劳动者的劳动报酬，即已经纠正其上述违法行为，劳动者再以用人单位曾经违法为由主张解除劳动合同并要求支付解除劳动合同经济补偿金的，不予支持。

6. 用人单位实行承包经营，但使用劳动者的承包方不具备用人单位资格，劳动者被认定工伤后，在处理工伤待遇案件时，如果不追加承包方就无法查清事实或承包者可能需要负责的，应予以追加承包方。

7. 用人单位工商注册地址客观上已不存在，但可以电话联系用人单位工作人员，如用人单位拒绝到庭领取相关材料，则应以该用人单位的注册登记地为送达

地址进行直接送达或邮寄送达,通过上述两种形式不能成功送达的,可采取公告送达。

（二）工伤、职业病问题

8. 劳动者工作未满一个月即受伤,用人单位还来不及为其缴纳工伤保险的,工伤保险待遇的赔付标准应根据双方对工资数额的约定,或已经发放的工资数额可以折算出的月工资进行认定。如果双方对工资没有约定或者约定不明确的,可按照《广东省工资支付条例》第四十四条规定处理,即参照本单位同岗位的平均工资或者当地在岗职工平均工资水平处理。

9. 《中华人民共和国职业病防治法》第五十七条规定:用人单位对从事接触职业病危害的作业的劳动者,应当给予适当岗位津贴。鉴于岗位津贴并不是必须在工资结构中予以明确的项目,故除双方对岗位津贴有明确约定外,劳动者以此为由要求用人单位支付岗位津贴的,不予支持。

10. 工伤职工在与用人单位解除劳动关系终结工伤保险关系后,主张继续治疗、工伤复发等费用的,原则上不予支持。但用人单位与工伤职工对后续治疗费用等有约定的则从约定。

被鉴定为5-10级伤残的工伤职工,如存在《劳动合同法》第39条规定情形的,用人单位可以解除劳动合同,但应严格把握适用标准,同时应支付一次性工伤保险待遇。

被鉴定为5-10级伤残的工伤职工经医嘱诊断需拆除内固定而发生的后续治疗费用,除医嘱时间内该工伤职工被用人单位违法解除的情形外,劳动者如离职并领取一次性工伤待遇后再主张该后续治疗费用的,原则上不再支持。

超出社保基金支付范围的工伤医疗费原则上用人单位或社保基金不支付。如用人单位与劳动者就此有约定则从其约定。

11. 劳动者因工伤提起工伤赔偿,但同时还以用人单位没有为其参加社保为由而向用人单位提出解除劳动关系,并以此要求解除劳动合同的经济补偿金。根据《中华人民共和国劳动合同法实施条例》第二十三条规定、《中华人民共和国劳动合同法》第三十八条规定,《中华人民共和国劳动合同法》第四十六条的规定,对此,应一并支持。

（三）竞业限制问题

12. 竞业限制补偿协议中如未约定经济补偿金和违约金,鉴于竞业限制补偿是劳动者履行竞业限制义务的对价,劳动者可履行抗辩权,自由决定是否仍然履行竞业限制义务。如未约定经济补偿金,却约定了违约金,劳动者未履行竞业限制义务或违反了竞业限制义务,用人单位主张劳动者按约定支付违约金的,不予支持。

13. 在竞业限制期限内,用人单位请求解除竞业限制协议及在解除竞业限制协议时,劳动者请求用人单位额外支付劳动者三个月的竞业限制经济补偿的情形,属于劳动关系衍生的权利义务,根据《中华人民共和国劳动争议调解仲裁法》第二条的规定,劳动仲裁应予受理。

14. 竞业限制违约责任与侵权损害赔偿 responsibility 发生竞合时，如果双方约定有违约金的，应首先适用违约金条款，如该违约金过分低于或高于造成的实际损失的，可适当予以调整。双方未约定违约金的，按实际损失确定赔偿责任。

15. 劳动者达到法定退休年龄导致劳动合同终止，劳动合同中的竞业限制条款对退休后的劳动者仍有约束力，履行了竞业限制义务的劳动者，仍然有权获得竞业限制补偿。

16. 用人单位和劳动者约定竞业限制补偿金在解除或终止劳动合同后提前一次性支付，如该约定是双方真实意思表示，内容未违反法律、法规的强制性规定，可以认定有效。

17. 在竞业限制纠纷中，原用人单位如要求裁决新用人单位解除与劳动者的劳动关系，应不予支持。但原用人单位如要求劳动者按照约定继续履行竞业限制义务的，人民法院应予支持。

（四）经济补偿金、赔偿金及劳动合同解除问题

18. 劳动者要求解除劳动合同经济补偿金，但经审理后认为用人单位系违法解除劳动合同需支付赔偿金的，可以支持其经济补偿金。如果劳动者要求解除劳动合同赔偿金，庭审中根据查明事实认定用人单位应当支付经济补偿金的，可直接支持经济补偿金。

19. 未休年休假工资报酬应纳入经济补偿金的计算基数。如果劳动者所获得的年休假工资对应的期间跨越离职前十二个月，那么应当按比例计入其平均工资当中，而不应直接将全部年休假工资都计入离职前十二个月的平均工资。

20. 职工非因工负伤且被鉴定为完全丧失劳动能力，用人单位无法为其办理退休、退职手续的情形，只要不存在《中华人民共和国劳动合同法》第四十二条规定不得解除情形的，用人单位可以解除与劳动者的劳动关系。但用人单位需要支付经济补偿金、医疗补助金。

21. 劳动者与用人单位达成就业意向协议，如在建立劳动关系之前一方违约导致未履行协议，因为用人单位并未实际发生用工，故双方劳动关系尚未建立，双方之间的争议不属于劳动争议。

（五）履行劳动合同问题

22. 用人单位与劳动者签订的劳动合同仅约定了期限、劳动报酬，不完全具备《中华人民共和国劳动合同法》第十七条规定的必备条款，可以视为双方签订了劳动合同，用人单位不需要支付劳动者未签订书面劳动合同的二倍工资。且上述有效的劳动合同条款对双方都具有约束力。

23. 《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》（粤高法〔2012〕284号）第二十二条并不排除《中华人民共和国劳动法》、《中华人民共和国劳动合同法》关于变更劳动合同须经协商一致的规定。关于条文中的“生产经营需要”，应当结合具体案情具体分析，一般情况下只要用人单位存在客观上的调整需要，而且不是刻意通过该种方式给劳动者制造障碍或迫使劳动者离职的，都可以认定为生产经营需要。关于工资水平的举证责任，应当由用人单位承担。

（六）工资问题

24. 劳动者与用人单位订立书面劳动合同后，用人单位安排劳动者进行岗前培训，考虑劳动者进行岗前培训是用人单位安排的，可视为双方已建立劳动关系，培训期间的工资按双方约定方式发放。

25. 劳动者与用人单位在申请仲裁前签订了协议，其中有“不得再向用人单位主张权利”、“双方签订协议后互不追求任何一方经济责任”的表述，但就工资、未订立书面劳动合同双倍工资、加班工资、高温津贴等项目都未在协议中有明确约定或仅部分项目有明确约定，如劳动者就有约定的项目及未约定的项目申请仲裁，应审查协议是否存在可撤销的情形以及协议事项是否包含了劳动者申请仲裁的事项等。如果劳动者申请仲裁的事项已经包含在协议事项之内，且协议不存在可撤销的情形，则尊重当事人的意思自治，认可双方签订的协议书的效力。

26. 用人单位安排劳动者加班的，正常工作日、休息日、法定节假日的加班工资分别按照不低于正常工作时间工资的150%、200%、300%计算。其中，法定节假日属于带薪休假，法定节假日的加班费不包括劳动者的正常工资。

27. 劳动者月工资高于当地职工月平均工资三倍，其主张违法解除劳动合同的赔偿金是否也受3倍和不超过12年的限制的问题，根据《中华人民共和国劳动合同法》第47条、第87条规定，经济补偿金受3倍和不超过12年的限制，赔偿金则是按上述确定的经济补偿金标准的2倍计算。

（七）劳务派遣问题

28. 劳务派遣是一种特殊的用工形式，劳务派遣单位作为用人单位，应当履行用人单位对劳动者的义务。故劳务派遣用工适用《劳动合同法》关于劳动合同的订立、履行、变更、解除和终止等一般规定，同样也适用《劳动合同法》第十四条关于无固定期限劳动合同的规定。

29. 根据法律规定，劳务派遣单位作为用人单位，应承担缴纳社保、支付工资等责任，实际用工单位应承担支付加班工资、福利待遇等责任。在劳务派遣争议案件中，认定用人单位和用工单位承担连带责任应该有法律明确规定或约定作为依据，不宜一概适用连带责任。根据《中华人民共和国劳动合同法》第92条的规定，对于合法的劳务派遣，原则上对于属于用工单位的责任，用人单位承担连带责任；而属于用人单位自身的责任，用工单位不承担连带责任。

（八）涉及外国企业及外国人的相关问题

30. 持有《外国专家证》并取得《外国专家来华工作许可证》的外国人，如达到我国法定退休年龄，或已在所在国领取养老金的，都属于达到法定退休年龄的劳动者，其与中国境内用人单位之间建立的用工关系不属于劳动关系。

（九）其他问题

31. 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）》第十二条中所规定的“建立了工会组织的用人单位”是指建立了自己的工会组织的用人单位。

32. 社会保险法实施后，在职职工因病或非因工负伤死亡的，用人单位应依照《广东省企业职工假期待遇死亡抚恤待遇暂行规定》支付三项待遇，其中丧葬补助金和抚恤金由社保基金中支付，供养直系亲属一次性救济金由用人单位支付。因《社会保险法》只是从社会保险角度对非因工死亡的待遇作出规定，并没有禁止各地政府针对非因工死亡待遇问题规定用人单位的支付责任，广东省的上述暂行规定目前仍有效。