

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

发文机关：广州市劳动争议仲裁委员会、广州市中级人民法院

发文字号：穗劳仲会纪〔2011〕2号

时效性：现行有效

发文日期：2011年05月27日

施行日期：2011年05月27日

各区、县级市劳动争议仲裁委员会：

现将《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》印发给你们，供审理案件时参考。如在处理此类案件时遇到问题，请及时报告广州市劳动争议仲裁委员会办公室。

二〇一一年十月二十五日

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责任。

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÷21.75天×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：（当年度在本单位已过日历天数÷365天）×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-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。