



## 深圳中院关于审理劳动争议案件若干问题的指导意见

(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文件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

**Tel: 400-6161-040**

**Add: 深圳市福田区振华路东航天立业大厦成人教育中心 601 室**

资料源自:深圳人力资源管理师培训网 <http://www.szhr.org>



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

**Tel: 400-6161-040**

**Add: 深圳市福田区振华路东航天立业大厦成人教育中心 601 室**

资料来源: 深圳人力资源管理师培训网 <http://www.szhr.org>



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、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。

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:

(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:

(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。

**Tel: 400-6161-040**

**Add: 深圳市福田区振华路东航天立业大厦成人教育中心 601 室**

资料来源:深圳人力资源管理师培训网 <http://www.szhr.org>



(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情况承担举证责任, 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情况承担举证责任。

上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。

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:

(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。

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。

27、当事人增加、变更诉讼请求的, 应在举证期限届满前提出。

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。

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。

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。

四、与仲裁衔接问题

**Tel: 400-6161-040**

**Add: 深圳市福田区振华路东航天立业大厦成人教育中心 601 室**

资料源自: 深圳人力资源管理师培训网 <http://www.szhr.org>





31、劳动争议仲裁委员会不予受理或者逾期未作出受理决定的, 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。

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。

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。

32、当事人不服劳动争议仲裁委员会不予受理决定、通知, 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, 可依照《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。

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, 向人民法院起诉的, 裁定不予受理; 已受理的, 裁定驳回起诉。

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。

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。

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。

《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。

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。

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。

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。

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。

**Tel: 400-6161-040**

**Add: 深圳市福田区振华路东航天立业大厦成人教育中心 601 室**

资料来源: 深圳人力资源管理师培训网 <http://www.szhr.org>



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。

## 五、其他程序性问题

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，人民法院不应对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、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》。

48、《劳动争议调解仲裁法》第四十七条应作如下理解：

(1)劳动者追索劳动报酬、工伤医疗费、经济补偿金或赔偿金，其仲裁请求涉及款项，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、享受休息休假的争议，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。

49、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。

**Tel: 400-6161-040**

**Add: 深圳市福田区振华路东航天立业大厦成人教育中心 601 室**

资料源自：深圳人力资源管理师培训网 <http://www.szhr.org>



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。

#### 六、执行与财产保全问题

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：

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

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。

**Tel: 400-6161-040**

**Add: 深圳市福田区振华路东航天立业大厦成人教育中心 601 室**

资料源自：深圳人力资源管理师培训网 <http://www.szhr.org>



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。

#### 七、劳动关系的认定

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：

(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。

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

**Tel: 400-6161-040**

**Add: 深圳市福田区振华路东航天立业大厦成人教育中心 601 室**

资料源自: 深圳人力资源管理师培训网 <http://www.szhr.org>





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。

#### 八、工资支付问题

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:  $\text{时薪} = \text{约定工资} \div (21.75 \text{天} \times 8 \text{小时} + \text{约定包含在工资中的平时加班时间小时数} \times 150\% + \text{约定包含在工资中的休息日加班时间小时数} \times 200\% + \text{约定包含在工资中的法定节假日加班时间小时数} \times 300\%)$ 。

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

**Tel: 400-6161-040**

**Add: 深圳市福田区振华路东航天立业大厦成人教育中心 601 室**

资料来源: 深圳人力资源管理师培训网 <http://www.szhr.org>



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。

#### 九、解除劳动合同的经济补偿问题

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, 须支付经济补偿金。

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。

**Tel: 400-6161-040**

**Add: 深圳市福田区振华路东航天立业大厦成人教育中心 601 室**

资料源自: 深圳人力资源管理师培训网 <http://www.szhr.org>



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

**Tel: 400-6161-040**

**Add: 深圳市福田区振华路东航天立业大厦成人教育中心 601 室**

资料源自: 深圳人力资源管理师培训网 <http://www.szhr.org>



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2008年1月1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。

#### 十、其他实体问题

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

**Tel: 400-6161-040**

**Add: 深圳市福田区振华路东航天立业大厦成人教育中心 601室**

资料源自: 深圳人力资源管理师培训网 <http://www.szhr.org>





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；
- (3)通过非法劳务派遣的；
- (4)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。

**Tel: 400-6161-040**

**Add: 深圳市福田区振华路东航天立业大厦成人教育中心 601 室**

资料来源: 深圳人力资源管理师培训网 <http://www.szhr.org>