



深圳中院关于审理劳动争议案件适用法律问题的座谈纪要

[深中法 2006 (88) 号]

为了统一对劳动争议案件适用法律问题的认识, 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适用法律问题讨论会, 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适用法律问题进行了座谈, 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

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>



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。

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>



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

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>



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 止，而不是 8 月 10 日。

第十九条 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

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>



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

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>



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。