

关于适用《劳动争议调解仲裁法》、《劳动合同法》若干问题的指导意见

【颁布单位】 广东省高级人民法院 广东省劳动争议仲裁委员会

【颁布日期】 2008-06-23

【实施日期】 2008-6-23

【发 文 号】 粤高法发[2008]13 号

全省各级人民法院、各级劳动争议仲裁委员会：

现将《广东省高级人民法院、广东省劳动争议仲裁委员会关于适用〈劳动争议调解仲裁法〉、〈劳动合同法〉若干问题的指导意见》印发给你们，供办案时参考。如在处理此类案件时遇到问题，请及时报告省法院民一庭或省劳动争议仲裁委员会办公室。

二 00 八年六月二十三日

广东省高级人民法院
广东省劳动争议仲裁委员会
关于适用《劳动争议调解仲裁法》、《劳动合同法》
若干问题的指导意见

为了及时公正处理劳动争议案件，依据《中华人民共和国劳动争议调解仲裁法》（以下简称《劳动争议调解仲裁法》）、《中华人民共和国劳动合同法》（以下简称《劳动合同法》）等有关规定，结合我省实际情况，提出如下指导意见：

第一条 人民法院、劳动争议仲裁委员会处理劳动争议案件应遵循平等保护劳动者和用人单位合法权益、充分利用劳动仲裁资源和合理配置审判资源、合法公正及时、法不溯及既往、法律效果与社会效果相统一等原则。

第二条 下列争议，应作为劳动争议处理：

- （一）劳动者与用人单位因养老保险缴费年限发生的争议；
- （二）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；
- （三）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。

第三条 劳动者与用人单位因住房公积金产生的争议，不作劳动争议处理。

第四条 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、医疗费等劳动债权清单提出异议，管理人不予更正，劳动者可以直接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。

第五条 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。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。

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上诉人或被告，并可视案情需要将施工的自然人的转包人、违法分包人列为被上诉人或被告、第三人。

第六条 当事人以劳动争议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，劳动者应向人民法院提交劳动争议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。

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，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，应予以受理。人民法院在审查时可以要求劳动者提供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。

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。

第七条 《劳动争议调解仲裁法》中规定的“三日”、“五日”，均指工作日。

第八条 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。

第九条 《劳动争议调解仲裁法》第四十七条应作如下理解：

（一）劳动者追索劳动报酬、工伤医疗费、经济补偿金或赔偿金，其仲裁请求涉及数项，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；

（二）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二条规定的社会保险争议，仲裁裁决为终局裁决。

申请人的仲裁请求同时涉及仲裁终局裁决和非终局裁决事项的，劳动争议仲裁委员会应分别就仲裁终局裁决与非终局裁决事项作出裁决。

第十条 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，中级人民法院应不予受理。已经受理的，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撤销仲裁之诉和劳动者不服终局裁决的起诉，以便两级法院就有关案件进行协调和沟通。

第十一条 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的裁定。劳动者在仲裁裁决生效或者人民法院判决生效后三个月内未申请人民法院强制执行，用人单位要求解除保全的，人民法院应当解除保全措施。劳动者确因经济困难不能提供财产担保的，也可提供保证人担保。

第十二条 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所在地的基层人民法院执行时，应向人民法院提供以下材料：

（一）移送执行函（函中注明案件双方当事人的联系电话及住所）；

(二) 先予执行的裁决书;

(三) 裁决书的送达证明。

第十三条 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。

第十四条 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。在收到人民法院的函件后, 劳动争议仲裁委员会应于五日内提供案卷。

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。

第十五条 用人单位没有为劳动者缴纳工伤保险费, 劳动者请求用人单位承担其工伤待遇, 却不能提供劳动行政部门作出的工伤认定书的, 劳动争议仲裁委员会应裁决不予支持, 人民法院应裁定驳回其起诉。但下列情形除外:

(一) 用人单位对构成工伤并无异议;

(二) 非法用工单位与非法用工中的伤亡人员就赔偿问题发生争议的。

第十六条 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》。

第十七条 用人单位招用已达法定退休年龄但未享受养老保险待遇或退休金的人员, 双方形成的用工关系可按劳动关系处理。

用人单位招用已享受养老保险待遇或退休金的人员, 双方形成的用工关系应按雇佣关系处理。

第十八条 外国人、港澳台地区居民在中国内地就业产生的用工关系应按劳动关系处理。外国人、港澳台居民未依法办理《外国人就业证》、《台港澳人员就业证》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。

第十九条 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。

第二十条 用人单位在《劳动合同法》实施前制定的规章制度, 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者重大事项时, 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。但规章制度或者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, 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。

第二十一条 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。

自用工之日起超过一个月不足一年, 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, 用人单位无须支付两倍工资。但用人单位提出终止劳动关系的, 须支付经济补偿金。

第二十二条 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:

(一) 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;

- (二) 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;
- (三) 通过非法劳务派遣的;
- (四) 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,办理了解除劳动合同手续并依法支付经济补偿金的,工作年限不连续计算。

第二十三条 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。劳动者要求解除劳动关系并由用人单位(投资人)支付经济补偿金的,不予支持。

第二十四条 劳动者以用人单位在《劳动合同法》实施前未按当地规定的险种缴纳社会保险费为由,请求解除劳动合同并要求用人单位支付经济补偿金的,不予支持。

《劳动合同法》实施后,用人单位未按当地规定的险种为其建立社会保险关系,劳动者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,但经济补偿金支付年限应从2008年1月1日起开始计算。劳动者以用人单位未足额缴纳或欠缴社会保险费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,不予支持。

第二十五条 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,用人单位未及时足额支付劳动报酬,劳动者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。

第二十六条 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,劳动者可要求用人单位履行竞业限制协议。至工作交接完成时,用人单位尚未承诺给予劳动者经济补偿的,竞业限制条款对劳动者不具有约束力。

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。

第二十七条 用人单位与劳动者虽然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,可以认定用人单位已支付的工资包含加班工资。但折算后的正常工作时间工资低于当地最低工资标准的除外。

第二十八条 劳动者加班工资计算基数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。

第二十九条 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。

劳动者追索两年前的加班工资,原则上由劳动者负举证责任,如超过两年部分的加班工资数额确实无法查证的,对超过两年部分的加班工资一般不予保护。

第三十条 《劳动合同法》实施后,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,但无需另行支付经济补偿金。该赔偿金的计算年限自2008年1月1日起计算,以前的工作年限按《劳动法》的规定计算赔偿金。

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,应当向劳动者每月支付二倍的工资,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。

第三十一条 本意见自下发之日起，供全省各级人民法院、劳动争议仲裁委员会参照执行。本意见施行前下发的有关指导意见与本意见规定不一致的，以本意见的规定为准。法律法规、司法解释有新规定的，按法律法规、司法解释的规定执行。

資料來源：廣東省勞動和社會保障廳網站

http://www.gd.lss.gov.cn/gdlss/zcfg/zxzcfg/t20080708_69462.htm