



深圳律师

2018

《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劳动人事争议仲裁与诉讼衔接若干意见》学习研讨会

深圳市律师协会劳动与社会保障法律专业委员会

主讲人：

黄彪 北京市中银（深圳）律师事务所律师、
深圳市劳动人事争议仲裁院兼职仲裁员

胡庆海 北京观韬中茂（深圳）律师事务所律师

主持人：

曾凡新 市律协劳动与社会保障法律专业委员会主任

时间：2018年9月13日（星期四）
下午14:30-17:30

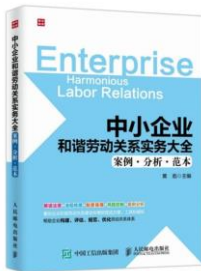
地点：市律协多功能厅

广东·关于劳动人事争议 仲裁与诉讼衔接若干意见 学习研讨会

胡庆海 黄彪 律师



简介 Introduction



13537501021

GoodLawyer@vip.qq.com

黄彪

北京市中银（深圳）律师事务所 律师

深圳市劳动人事争议仲裁委员会 兼职仲裁员（优秀兼职仲裁员）

深圳律师协会劳动和社会保障法律专业委员会 特邀委员

深圳市公司治理研究会法律专业委员会 委员

深圳律师协会风险管理法律专业委员会 委员

深圳市人力资源和社会保障局劳动争议调解员 授课讲师

中国仲裁CNARB仲裁研究院 青年会员

武汉大学深圳校友会法学分会 理事



18938638169

huqh@guantao.com

胡庆海

北京观韬中茂（深圳）律师事务所 律师/合伙人

深圳律师协会劳动和社会保障法律专业委员会 特邀委员

深圳市人力资源和社会保障局劳动争议调解员 授课讲师

加入律师行业10年，长期从事企业一侧的劳动法争议解决及非诉服务，对于劳动法实务和理论问题有长期的兴趣和研究，服务的客户有华南地区知名的零售业、金融业、政府部门等企业、机构。

条文	模块	内容
1-3	一、新型用工劳动关系认定	出租车；网络平台；村委会/居委会/农村集体经济组织
4-7	二、特殊情况下的工资标准	不能证明工资数额时；停产限产；产假；停工留薪期
8-9	三、未签合同二倍工资	具劳动合同特征的协议；未签无固定期限合同时二倍工资起算日
10-12	四、经济补偿金与赔偿金	《违反和解除劳动合同的经济补偿办法》废止衔接；患病或非因工负伤解除；补偿/赔偿金切换
13	五、违反计划生育政策	以违反计划生育政策为由解除
14-15	六、建设工程领域工伤责任	违法分包转包；按项目参加工伤保险
16	七、退休年龄劳动关系终止	退休终止，享工伤待遇
17-19	八、劳务派遣	劳务派遣的无固定期限合同；劳务派遣无效情形
20-29	九、裁审衔接	职业病诊断鉴定裁审程序；裁决执行中的补正或监督；仲裁阶段财产保全；终局非终局裁决；仲裁法院协助调查取证；委托手续；裁决无异议事实的确认；送达；仲裁时效审查与抗辩；鼓励裁审一体化

一、新型用工劳动关系的认定

1、出租汽车（巡游车和网约车）驾驶员与经营者订立劳动合同并按劳动合同履行的，认定为劳动关系；双方订立承包、租赁、联营等合同，并建立营运风险共担、利益共享分配机制的，按双方约定执行。实际履行与约定不一致或双方未约定的，以实际履行情况认定。

文义重述

- 出租车公司/网约车平台公司可以和出租车司机/网约车司机自主签订劳动合同，自愿建立劳动关系； → 资方可以决定建立或不建立劳动关系，进一步地，行业没有充分竞争时，资方几乎不会主动建立劳动关系。
- 出租车公司/网约车平台公司可以和出租车司机/网约车司机可以约定彼此存在承包、租赁、联营等关系，并建立运营风险共担、利益共享机制； → 不建立劳动关系的选项，是建立普通民商事关系，适用《合同法》，而非《劳动合同法》。
- 实质大于形式，实际履行优先于合同约定； → 约定的意义何在？劳动关系判断的表征！

一、新型用工劳动关系的认定

1、出租汽车（巡游车和网约车）驾驶员与经营者订立劳动合同并按劳动合同履行的，认定为劳动关系；双方订立承包、租赁、联营等合同，并建立营运风险共担、利益共享分配机制的，按双方约定执行。实际履行与约定不一致或双方未约定的，以实际履行情况认定。

何为劳动关系？

- 劳动关系是约定出来的，还是评价出来的？

用工！用工！用工！

- 劳动关系的有无是一个法律判断，还是一个事实判断？

准事实判断或类事实判断——小前提层面的问题

（类似刑法上的“犯罪构成”，但又无权威、明确的描述性条款）

一、新型用工劳动关系的认定

1、出租汽车（巡游车和网约车）驾驶员与经营者订立劳动合同并按劳动合同履行的，认定为劳动关系；双方订立承包、租赁、联营等合同，并建立营运风险共担、利益共享分配机制的，按双方约定执行。实际履行与约定不一致或双方未约定的，以实际履行情况认定。

何为劳动关系？

- 劳动关系为什么不能有一个类似公式一样的定义？

《劳动合同法》第十条“用工”：

“用人单位与劳动者在用工前订立劳动合同的，劳动关系自用工之日起建立。”

劳社部发[2005]12号第1条、深圳中院关于审理劳动争议案件的裁判指引第52条（2015）

- （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。

一、新型用工劳动关系的认定

1、出租汽车（巡游车和网约车）驾驶员与经营者订立劳动合同并按劳动合同履行的，认定为劳动关系；双方订立承包、租赁、联营等合同，并建立营运风险共担、利益共享分配机制的，按双方约定执行。实际履行与约定不一致或双方未约定的，以实际履行情况认定。

何为劳动关系？

- 原则上自然人直接与机构建立的服务关系，属于劳动关系；例外情况需有具体、明确的规定
→ 劳动关系这一概念创立的初衷无非是矫正劳动者个体面对大型产业组织的弱势地位（劳动关系的本质决定了其认定必然是“泛化”的）
- 建立劳动关系是享受统一的法定劳动保护的前提，劳动法不可能区分行业，不为任何行业“量身定做”
→ 现行劳动法律框架中的很多内容，更切合简单制造业的工作模式，与金融业、服务业、互联网、创新行业的违和感太强。。。比如：对加班工作的规制是一个典型（场景想象）

一、新型用工劳动关系的认定

1、出租汽车（巡游车和网约车）驾驶员与经营者订立劳动合同并按劳动合同履行的，认定为劳动关系；双方订立承包、租赁、联营等合同，并建立营运风险共担、利益共享分配机制的，按双方约定执行。实际履行与约定不一致或双方未约定的，以实际履行情况认定。

劳动法的妥协？

- 行业形态明显不适合劳动法保护，鼓励创新

约定为“承包”、“租赁”、“联营”真的重要吗？重要的是行业形态或商业模式！一家银行能否把法律部“承包”给总法律顾问，把财务部“租赁”给财务总监，能不能和自身的市场部或销售部搞“联营”。。。

- 特定产业界的游说、部门保护、长期沿袭的惯例，等等

比如：民航总局对飞行员流动的限制；保险行业的销售员（代理人？）的暧昧身份；建筑工程队工人的暧昧身份；医药代表不是“代表”。。。

一、新型用工劳动关系的认定

1、出租汽车（巡游车和网约车）驾驶员与经营者订立劳动合同并按劳动合同履行的，认定为劳动关系；双方订立承包、租赁、联营等合同，并建立营运风险共担、利益共享分配机制的，按双方约定执行。实际履行与约定不一致或双方未约定的，以实际履行情况认定。

法规回顾

- 《广东省出租汽车经营管理办法》（2018年）
不硬性要求订立劳动合同。。。
- 广东省高级人民法院关于审理劳动争议案件疑难问题的解答（2017年8月1日）
除了代班司机外，应为劳动关系，即使约定为承包、租赁等方式。。。
- 最高院《第八次全国法院民事商事审判工作会议（民事部分）》（2016年11月30日）
坚持依法保护劳动者合法权益和维护用人单位生存发展并重的原则，严格依法区分劳动关系的和劳务关系，防止认定劳动关系泛化。
- 国务院办公厅《关于深化改革推进出租汽车行业健康发展的指导意见》（国办发【2016】58号）
依法与司机订立劳动合同或经营合同。。。“要保护驾驶员合法权益，构建和谐劳动关系。。。”
- 交通运输部《出租汽车经营服务管理规定》（2014年）
不硬性要求订立劳动合同。。。
- 国务院办公厅《关于进一步规范出租汽车行业管理有关问题的通知》（国办发【2004】81号）
出租汽车企业必须依法与司机签订劳动合同。。。

一、新型用工劳动关系的认定

1、出租汽车（巡游车和网约车）驾驶员与经营者订立劳动合同并按劳动合同履行的，认定为劳动关系；双方订立承包、租赁、联营等合同，并建立营运风险共担、利益共享分配机制的，按双方约定执行。实际履行与约定不一致或双方未约定的，以实际履行情况认定。

- **《广东省出租汽车经营管理办法》（2018年）**

第十七条：“出租汽车经营者应当按照有关法律、法规的规定保障驾驶员的合法权益，规范与驾驶员签订的劳动合同、经营合同或者协议。出租汽车经营者与驾驶员签订的劳动合同，应当明确约定劳动合同期限、劳动报酬、工作时间、休息休假、社会保险等事项。出租汽车经营者与驾驶员签订的经营合同或者协议，应当明确双方的权利和义务，建立营运风险共担、利益共享的分配机制。”

- **广东省高级人民法院关于审理劳动争议案件疑难问题的解答（2017年8月1日）**

第三点：“出租车公司与出租车司机的用工关系如何认定中：国务院办公厅《关于进一步规范出租汽车行业管理有关问题的通知》及广东省人民政府《广东省出租汽车管理办法》均规定出租汽车企业须依法与驾驶员签订劳动合同和参加社会保险，因此，以承包、租赁等方式经营的出租车司机主张与出租车公司存在劳动关系的，予以支持。但出租车司机自行招用的代班司机系出租车司机自行招用，不受出租车公司管理和支配，不宜认定代班司机与出租车公司存在劳动关系。”

- **国务院办公厅《关于深化改革推进出租汽车行业健康发展的指导意见》（国办发【2016】58号）**

第三点：“深化巡游车改革，第（五）点出租汽车经营者要依法与驾驶员签订劳动合同或经营合同。”

- **交通运输部《出租汽车经营服务管理规定》（2014年）（已被修改）**

第三十五条：“出租汽车经营者应当按照有关法律法规的规定保障驾驶员的合法权益，规范与驾驶员签订的劳动合同或者经营合同。”

- **国务院办公厅《关于进一步规范出租汽车行业管理有关问题的通知》（国办发【2004】81号）**

第四点：“规范企业行为，切实保障从业人员合法权益中，指出出租汽车企业必须依法与司机签订劳动合同并向司机详细解释合同的主要条款。”

一、新型用工劳动关系的认定

1、出租汽车（巡游车和网约车）驾驶员与经营者订立劳动合同并按劳动合同履行的，认定为劳动关系；双方订立承包、租赁、联营等合同，并建立营运风险共担、利益共享分配机制的，按双方约定执行。实际履行与约定不一致或双方未约定的，以实际履行情况认定。

个人观察

- 各个层级的劳动法律法规规章指导意见会谈纪要等等，都具有“素材”和“依据”两种属性
 - 层级越高，“依据”属性越明显；层级越低，“素材”属性越明显
- 原则上，自然人个人直接与机构建立的服务关系/用工关系，都是劳动关系；如有例外，请尽量找出相应的规定！！
 - “法无明文规定不突破原则”

一、新型用工劳动关系的认定

2、网络平台经营者与相关从业人员之间的用工关系性质，原则上按约定处理。如双方属于自负盈亏的承包关系或已订立经营合同、投资合同等，建立了风险共担、利益共享的分配机制的，不应认定双方存在劳动关系。实际履行与约定不一致或双方未约定的，以实际履行情况认定。

- “原则上按约定处理”，如何理解？

前提是网络平台经营者与从业人员之间的用工关系，重点在于“行业”，而不是“约定”！

（因为只要行业竞争不充分，所谓约定就是一个语词而已）

- 约定了风险共担、利益共享的分配机制，但实际履行与约定不一致的情形，如何处理？

以实际履行情况认定！

（那约定又有什么意义呢，表征之一）

（何为“风险共担、利益分享”？销售提成的例子。。。）

一、新型用工劳动关系的认定

3、村民委员会、居民委员会、农村集体经济组织与其对外聘用人员发生的用工关系，符合劳动关系特征的，应认定为劳动关系。

- 这些组织（特别是村民小组）如何缴纳社保及住房公积金？
- 对外是什么意思？集体组织成员以外的人？差别待遇的理由？

二、特殊情况下工资标准的认定

1、
用人单位
和劳动者
均不能对
工资数额
举证的
(第4条)

1

参照本单位同岗位平均工资

2

或参照当地城镇非私营/私营单位单位就业人员年平均工资

3

参照政府人力资源市场工资指导价位等因素综合确定（如按1、2确定的工资与该行业（或岗位）的普遍工资收入明显不符的）



2017年深圳市城镇单位从业人员年平均工资数据公报

文章来源：深圳市统计局 发布时间：2018-06-04

经国家统计局和广东省统计局核定反馈，我市2017年城镇非私营单位从业人员年平均工资为99139元，同比增长10.8%。其中，**城镇非私营单位在岗职工年平均工资为100173元**，同比增长11.6%。扣除物价因素，我市2017年城镇非私营单位从业人员、在岗职工年平均工资实际分别增长9.3%、10.1%。

根据城镇私营单位抽样调查，我市2017年**城镇私营单位从业人员年平均工资为59297元**。

深圳市统计局

2018年6月4日



智能检索

请输入关键词

您的位置：首页 > 信息公开 > 统计数据 > 专项统计信息

2017年深圳市人力资源市场工资指导价位

来源：深圳市人力资源和社会保障局 发布日期：2017-09-18 [内容纠错]

目录

关于 2017 年深圳市人力资源市场工资指导价位的说明.....	1+
第一部分 2017 年深圳市人力资源市场工资指导价位.....	1+
一、整体工资指导价位.....	1+
(一) 行业工资指导价位	1+
(二) 经济类型工资指导价位.....	1+
(三) 企业规模工资指导价位.....	2+
(四) 学历工资指导价位	3+
(五) 管理岗位工资指导价位.....	3+
(六) 专业技术职称工资指导价位.....	3+
(七) 职业技能等级工资指导价位.....	4+
二、分职业工资指导价位.....	5+
三、分行业工资指导价位.....	19+
(一) 农、林、牧、渔业	19+
(二) 制造业	19+
(三) 建筑业	48+

二、特殊情况下工资标准的认定

1、用人单位和劳动者均不能对工资数额举证的（第4条）

《劳动合同法》

第十一条 用人单位未在用工的同时订立书面劳动合同，与劳动者约定的劳动报酬不明确的，新招用的劳动者的劳动报酬按照集体合同规定的标准执行；没有集体合同或者集体合同未规定的，实行同工同酬。

《广东省工资支付条例》

第八条 用人单位与劳动者应当在劳动合同中依法约定正常工作时间工资，约定的工资不得低于所在地政府公布的本年度最低工资标准。

未约定的或者约定不明确的，以用人单位所在地县级人民政府公布的上年度职工月平均工资作为正常工作时间工资；实际支付的工资高于当地公布的上年度职工月平均工资的，实际支付的工资视为与劳动者约定的正常工作时间工资。

《深圳市中级人民法院关于审理劳动争议案件的裁判指引》

二十五、当事人因工资支付发生争议的，举证责任如下分配：

(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。

二、特殊情况下工资标准的认定

2、停工 限产（第 5条）

生产经营
陷入严重
困境，有
丧失清偿
能力的可
能并致用
人单位停
产、限产

1

可以客观情况发生重大变化为由解除合同并支付经济补偿；
也可与劳动者协商约定停工限产期限

2

≤1个月：正常工作时间工资100% (广东)、80% (深圳)
>1个月：最低工资的80%

3

停工限产超过合理/约定期限：被迫解除+经济补偿

二、特殊情况下工资标准的认定

2、停工限产工资（第5条）

《劳动合同法》

第三十八条 用人单位有下列情形之一的，劳动者可以解除劳动合同：

（一）未按照劳动合同约定提供劳动保护或者劳动条件的；

第四十条 有下列情形之一的，用人单位提前三十日以书面形式通知劳动者本人或者额外支付劳动者一个月工资后，可以解除劳动合同：

（三）劳动合同订立时所依据的客观情况发生重大变化，致使劳动合同无法履行，经用人单位与劳动者协商，未能就变更劳动合同内容达成协议的。

《广东省工资支付条例》

第三十九条 非因劳动者原因造成用人单位停工、停产，未超过一个工资支付周期（最长三十日）的，用人单位应当按照正常工作时间支付工资。超过一个工资支付周期的，可以根据劳动者提供的劳动，按照双方新约定的标准支付工资；用人单位没有安排劳动者工作的，应当按照不低于当地最低工资标准的百分之八十支付劳动者生活费，生活费发放至企业复工、复产或者解除劳动关系。

《深圳市员工工资支付条例》

第二十八条 非因员工本人过错，用人单位部分或者整体停产、停业的，用人单位应当按照下列正常工作时间支付停工员工在停工期间的工资

（一）停工一个月以内的，按照员工本人正常工作时间工资的百分之八十支付；

（二）停工超过一个月的，按照不低于最低工资的百分之八十支付。

二、特殊情况下工资标准的认定

基本 产假

98天：原工资标准（产假前12个月平均工资），全部劳动报酬，计时工资/计件工资、奖金、津贴、补贴等货币性收入

奖励假

80天：照发工资（正常出勤的应得工资）。
+福利待遇和全勤评奖 - 加班工资、高温津贴、支付周期超过一个月或未确定支付周期的劳动报酬。

陪产假

15天：
同奖励假

3、 产假工资 (第6条)

二、特殊情况下工资标准的认定

3、产假（基本产假、奖励假、陪产假）工资（第6条）

《女职工劳动保护特别规定》

第七条 女职工生育享受98天产假，其中产前可以休假15天；难产的，增加产假15天；生育多胞胎的，每多生育1个婴儿，增加产假15天。

女职工怀孕未满4个月流产的，享受15天产假；怀孕满4个月流产的，享受42天产假。

《广东省人口与计划生育条例》

第三十条 符合法律、法规规定生育子女的夫妻，女方享受八十日的奖励假，男方享受十五日的陪产假。在规定假期内照发工资，不影响福利待遇和全勤评奖。

二、特殊情况下工资标准的认定

3、产假（基本产假、奖励假、陪产假）工资（第6条）

《广东省实施〈女职工劳动保护特别规定〉办法》（2017-2-1）

第十三条 女职工按照规定休产假或者计划生育手术假的，享受国家和省规定的生育保险待遇。用人单位未参加生育保险或者欠缴生育保险费，造成女职工不能享受生育保险待遇的，由用人单位按照本省及所在统筹地区规定的生育保险待遇标准向女职工支付费用；其中生育津贴低于女职工原工资标准的，用人单位还应补足差额部分。

前款所称女职工原工资标准，是指女职工依法享受产假或者计划生育手术假前12个月的月平均工资。前12个月的月平均工资按照女职工应得的全部劳动报酬计算，包括计时工资或者计件工资以及奖金、津贴、补贴等货币性收入。前12个月的月平均工资低于女职工正常工作时间工资的，按照正常工作时间工资标准计算。女职工享受假期前在用人单位工作未满12个月的，按照其实际参加工作的月份数计算。

二、特殊情况下工资标准的认定

3、产假（基本产假、奖励假、陪产假）工资（第6条）

《广东省职工生育保险规定》（2015-01-01）

第十七条 职工按照规定享受**产假**或者计划生育手术休假期间，其生育津贴由用人单位按照职工**原工资标准逐月垫付**，再由社会保险经办机构按照规定**拨付**给用人单位。有条件的统筹地区可以由社会保险经办机构委托金融机构将生育津贴直接发放给职工。

职工已享受生育津贴的，视同用人单位已经支付相应数额的工资。生育津贴高于职工原工资标准的，用人单位应当将生育津贴余额支付给职工；生育津贴低于职工原工资标准的，差额部分由用人单位补足。

职工依法享受的生育津贴，按规定免征个人所得税。

本条所称职工**原工资标准**，是指职工依法享受产假或者计划生育手术休假**前12个月的月平均工资**。职工依法享受假期前参加工作不满12个月的，按其实际参加工作的月份数计算。

二、特殊情况下工资标准的认定

3、产假（基本产假、奖励假、陪产假）工资（第6条）

《广东省职工生育保险规定》（2015-01-01）

Step 1

- 用人单位
- 按照职工原工资标准逐月垫付

Step 2

- 社会保险经办机构
- 拨付

Step 3

- 用人单位
- 补足差额

二、特殊情况下工资标准的认定

3、产假（基本产假、奖励假、陪产假）工资（第6条）

《深圳市员工工资支付条例》

第二十二条 员工依法享受年休假、探亲假、婚假、丧假、**产假**、看护假、节育手术假等假期的，用人单位应当**视为提供正常劳动并支付工资**。

《深圳市中级人民法院关于审理劳动争议案件的裁判指引》（2015-09-02）

一百〇三、未参加生育保险的女职工产假期间的生育津贴，应由用人单位按该女职工**产假前12个月包括加班工资在内的平均工资**计发。

关于印发《深圳市人力资源和社会保障局关于<广东省职工生育保险规定>的**实施办法**》的通知（2015-07-09）

第十条 职工累计参加生育保险满1年且用人单位已按《规定》向其垫付生育津贴的，用人单位可在职工生育或者施行计划生育手术的次月起1年内，向市社会保险经办机构申请支付生育津贴，并提供以下材料：……

（五）符合计划生育规定的证明（分娩的提供）；

（六）用人单位**垫付生育津贴的凭证**。

二、特殊情况下工资标准的认定

4、 工伤停工 留薪期工 资(第7条)

停工留 薪期

原工资福利待遇不变，按月支付：
工伤前十二个月的平均工资（包括加班工资）。

二、特殊情况下工资标准的认定

4、工伤停工留薪期工资（第7条）

《工伤保险条例》

第三十三条 职工因工作遭受事故伤害或者患职业病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。

《广东省工伤保险条例》

第二十六条 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。停工留薪期根据医疗终结期确定，由劳动能力鉴定委员会确认，最长不超过二十四个月。

《深圳市中级人民法院关于审理工伤保险待遇案件的裁判指引》（2015-03）

十四、停工留薪期**原工资福利待遇**按劳动者工伤前十二个月的**包含加班工资在内**的平均工资福利待遇标准确定。

二、特殊情况下工资标准的认定

01

停工限产超过合理/约定期限，被迫解除：经济补偿

02

以欠付产假工资为由被迫解除：经济补偿

03

以欠付停工留薪期工资为由被迫解除：经济补偿

二、特殊情况下工资标准的认定

以欠付停工留薪期工资为由被迫解除：经济补偿

停工留薪期工资**性质**：劳动报酬？工伤待遇？双重属性

《2017年深圳市劳动人事争议疑难问题研讨会会议纪要》

十、劳动者以用人单位未及时足额支付停工留薪期工资为由，提出被迫解除劳动合同并要求经济补偿的，**应予支持**。

《深圳市中级人民法院关于审理工伤保险待遇案件的裁判指引》（2015）

二十一、劳动者在劳动能力鉴定委员会认定的医疗期内回用人单位上班的，其停工留薪期仍然按照劳动能力鉴定委员会认定的医疗期确定，劳动者请求同时支付停工留薪期工资和实际工作期间工资的，不予支持，应按照**就高不就低的原则择一支持**。

实务中应结合案件情况，考量工伤待遇属性因素：对期限及工资标准的理解不同，建议综合考虑停工留薪期工资争议产生的原因，考量用人单位的主观恶意，是否存在“未及足额”。

三、未签合同二倍工资

8、劳动者与用人单位虽未签订名称为劳动合同的书面协议，但双方签订的包含工资、岗位、工作时间、劳动期限等内容的书面协议，具备劳动合同本质特征的，应当认定双方已经订立书面劳动合同。

- 法律的应有之义，看本质不看语词
- 劳动合同到底有哪些必备条款，不具备又如何？
《劳动合同法》第17条规定了9种必备条款
(不具备也不要紧啊。。。从宽解释)
- 个案判断，实质上看有无书面文件对劳动关系之存在予以明确，劳动者的权益是否受损
(裁判者的自由裁量必不可少！)
(主体明确、用工明确，参照《合同法》？)

三、未签合同二倍工资

9、用人单位违反《劳动合同法》第十四条第二款的规定，未与劳动者订立无固定期限劳动合同的，用人单位应根据《劳动合同法》第八十二条第二款的规定，从依法应订立无固定期限劳动合同之日满一个月的次日起向劳动者每月支付二倍工资。

- 符合法律规定的应当订立无固定期限劳动合同情形（**第十四条**关键点是“除劳动者提出订立固定期限劳动合同外”），未与劳动者订立无固定期限劳动合同，从依法应当订立无固定期限劳动合同之日满一个月的次日，支付双倍工资。
- 自愿订立了固定期限劳动合同，是否属于上述情况？
（“劳动者提出订立固定期限合同”的形式？）
- 《广东省两高座谈会纪要（2012年）》（〔2012〕284号）
第17条：“劳动者虽然符合《劳动合同法》第十四条第二款规定的可签订无固定期限劳动合同的条件，但与用人单位签订了固定期限劳动合同，在该固定期限劳动合同履行过程中，又请求与用人单位签订无固定期限劳动合同的，不予支持。”

四、经济补偿金与赔偿金

1、《违反和解除劳动合同的经济补偿办法》废止后的衔接（第10条）

（二）统一适用劳动合同法

1 月数上限

> 社平工资3倍：
3倍
×
12年

2 不满6个月

≥6个月:1年
<6个月:0.5年

3 计发基数

解除或者终止
前十二个月的
平均工资

《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》（2012）

31. 用人单位支付劳动者解除或终止劳动合同经济补偿或赔偿金时，经济补偿或赔偿金的**基数**为劳动者在劳动合同解除或者终止前十二个月的平均工资，**不再以《劳动合同法》施行之日为界分段计算**。劳动者月工资高于用人单位所在地上年度职工月平均工资三倍的，经济补偿或赔偿金的基数按用人单位所在地上年度职工月平均工资的**三倍计算**。 ✓

(2) 跨08年劳动合同年限规定比较：2012 V. 2018

《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》（2012）

（一）按《劳动合同法》实施以前的有关规定，用人单位无需支付经济补偿的，劳动者工作年限自《劳动合同法》实施之日起计算。

（二）按《劳动合同法》实施前后的有关规定，用人单位**均需支付经济补偿的，劳动者的工作年限自用工之日起计算**。用人单位与劳动者**协商一致**解除劳动合同或因劳动者**不能胜任**工作、经培训及调整岗位仍不能胜任工作为由解除劳动合同的，劳动者在**《劳动合同法》实施以前计发经济补偿的工作年限最多不超过12年**。劳动者月工资高于用人单位所在地上年度职工月平均工资的三倍，非因协商一致或劳动者不能胜任工作为由解除劳动合同的，劳动者在《劳动合同法》实施以前计发经济补偿的工作年限自用工之日起计算，不受最多不超过12年的限制。

《广东省高院、广东省劳动人事争议仲裁委关于劳动人事争议仲裁与诉讼衔接若干意见》（2018）

十、原劳动部《违反和解除劳动合同的经济补偿办法》废止后，经济补偿**月数上限**、工作年限不满六个月经济补偿计发月数、经济补偿的计发基数问题统一适用《劳动合同法》第四十七条的规定。

根据《劳动合同法》第九十七条第三款的规定，《劳动合同法》施行之日存续的劳动合同在该法施行后解除或终止的，依照《劳动合同法》第四十六条规定用人单位应当支付经济补偿的，补偿年限**从该法施行之日起计算**。在《劳动合同法》施行前，按照当时的规定用人单位应当支付经济补偿的，**仍适用当时规定**。

四、经济补偿金与赔偿金

《违反和解除劳动合同的经济补偿办法》V. 《劳动合同法》

解除情形	违反和解除劳动合同的经济补偿办法	劳动合同法
协商一致	N (≤12个月)	N
被迫解除	(司法解释一)	N
患病或非因工负伤鉴定	N+医疗补助费	N+1
不胜任	N (≤12个月)	N+1
客观情况发生重大变化	N	N+1
裁员	N	N
合同期满终止	-	N
宣告破产/吊销执照/责令关闭/撤销/提前解散	-	N

四、经济补偿金与赔偿金

被迫解除：《劳动争议司法解释一》V. 《劳动合同法》

《劳动争议司法解释一》第15条	《劳动合同法》第38条
以暴力、威胁或者非法限制人身自由的手段强迫劳动的	+违章指挥、强令冒险作业危及劳动者人身安全的（不需告知立即解除）
未按照劳动合同约定支付劳动报酬或者提供劳动条件的	未按照劳动合同约定提供劳动保护或者劳动条件的；未及时足额支付劳动报酬的
克扣或者无故拖欠劳动者工资的	
拒不支付劳动者延长工作时间工资报酬的	
低于当地最低工资标准支付劳动者工资的	
-	未依法为劳动者缴纳社会保险费的
-	规章制度违反法律、法规的规定，损害劳动者权益的
-	以欺诈、胁迫的手段或者乘人之危，使劳动者在违背真实意思的情况下订立或者变更劳动合同的

案例：深圳某公司8位高管，均是1994年3月1日入职，月工资30000元，在职期间，公司仅按最低工资标准为员工交社保。2017年7月31日均离职。

- 1994. 3. 1-2007. 12. 31: 13年10个月;
- 2008. 1. 1-2017. 7. 31: 9年7个月;
- 1994. 3. 1-2017. 7. 31: 23年5个月。

案例来源：冼武杰律师

2012意见

赵某	合同期满公司终止劳动合同	$7480 \times 3 \times (0+10) = 224400$
钱某	不胜任工作被解除	$7480 \times 3 \times (12+10) = 490380$
孙某	医疗期满不能工作解除	$7480 \times 3 \times 23.5 = 527340$
李某	因公司提出协商一致解除	$7480 \times 3 \times (12+10) = 490380$
周某	以拖欠工资为由被迫解除	$7480 \times 3 \times 23.5 = 527340$
吴某	以拖欠加班工资为由被迫解除	$7480 \times 3 \times (0+10) = 224400$ (无拒不支付证据)
郑某	提前一个月通知补交，公司未补，以未依法交社保为由被迫解除	$7480 \times 3 \times (0+10) = 224400$
王某	被违法解除	$7480 \times 3 \times 12 \times 2 = 538560$

案例：深圳某公司8位高管，均是1994年3月1日入职，月工资30000元，在职期间，公司仅按最低工资标准为员工交社保。2017年7月31日均离职。

- 1994. 3. 1-2007. 12. 31: 13年10个月;
- 2008. 1. 1-2017. 7. 31: 9年7个月;
- 1994. 3. 1-2017. 7. 31: 23年5个月。

案例来源：冼武杰律师

2018意见

赵某	合同期满公司终止劳动合同	$7480 \times 3 \times (0+10) = 224400$
钱某	不胜任工作被解除	$7480 \times 3 \times 12 = 269280$
孙某	医疗期满不能工作解除	$7480 \times 3 \times 12 = 269280$
李某	因公司提出协商一致解除	$7480 \times 3 \times 12 = 269280$
周某	以拖欠工资为由被迫解除	$7480 \times 3 \times 12 = 269280$
吴某	以拖欠加班工资为由被迫解除	$7480 \times 3 \times (0+10) = 224400$ (无拒不支付证据)
郑某	提前一个月通知补交，公司未补，以未依法交社保为由被迫解除	$7480 \times 3 \times (0+10) = 224400$
王某	被违法解除	$7480 \times 3 \times 12 \times 2 = 538560$

案例：深圳某公司8位高管，均是1994年3月1日入职，月工资10000元，在职期间，公司仅按最低工资标准为员工交社保。2017年7月31日均离职。

- 1994. 3. 1-2007. 12. 31: 13年10个月;
- 2008. 1. 1-2017. 7. 31: 9年7个月;
- 1994. 3. 1-2017. 7. 31: 23年5个月。

案例来源：冼武杰律师

2012意见

赵某	合同期满公司终止劳动合同	$10000 \times (0+10) = 100000$
钱某	不胜任工作被解除	$10000 \times (12+10) = 220000$
孙某	医疗期满不能工作解除	$10000 \times 23.5 = 235000$
李某	因公司提出协商一致解除	$10000 \times (12+10) = 220000$
周某	以拖欠工资为由被迫解除	$10000 \times 23.5 = 235000$
吴某	以拖欠加班工资为由被迫解除	$10000 \times (0+10) = 100000$ (无拒不支付证据)
郑某	提前一个月通知补交，公司未补，以未依法交社保为由被迫解除	$10000 \times (0+10) = 100000$
王某	被违法解除	$10000 \times 23.5 \times 2 = 470000$

案例：深圳某公司8位高管，均是1994年3月1日入职，月工资10000元，在职期间，公司仅按最低工资标准为员工交社保。2017年7月31日均离职。

- 1994. 3. 1-2007. 12. 31: 13年10个月;
- 2008. 1. 1-2017. 7. 31: 9年7个月;
- 1994. 3. 1-2017. 7. 31: 23年5个月。

案例来源：冼武杰律师

2018意见

赵某	合同期满公司终止劳动合同	$10000 \times (0+10) = 100000$
钱某	不胜任工作被解除	$10000 \times (12+10) = 220000$
孙某	医疗期满不能工作解除	$10000 \times (14+10) = 240000$
李某	因公司提出协商一致解除	$10000 \times (12+10) = 220000$
周某	以拖欠工资为由被迫解除	$10000 \times (14+10) = 240000$
吴某	以拖欠加班工资为由被迫解除	$10000 \times (0+10) = 100000$ (无拒不支付证据)
郑某	提前一个月通知补交，公司未补，以未依法交社保为由被迫解除	$10000 \times (0+10) = 100000$
王某	被违法解除	$10000 \times 23.5 \times 2 = 470000$

四、经济补偿金与赔偿金

2、医疗期满解除（第11条）

患病、非因工负伤医疗期满后，经劳动能力鉴定委员会鉴定为完全丧失劳动能力或大部分丧失劳动能力，不能从事原工作、也不能从事由用人单位另行安排的工作而解除劳动合同的

N+6个月医疗补助费

《劳动合同法》第四十条：N（+1）

《违反和解除劳动合同的经济补偿办法》第六条：**N+6个月医疗补助费**（重病/绝症+）

四、经济补偿金与赔偿金

3、解除劳动合同经济补偿金和赔偿金直接转换（第12条）



《广东省高级人民法院关于审理劳动争议案件疑难问题的解答》（2017）

19. 劳动者在仲裁时仅主张解除劳动合同的经济补偿金，后在诉讼中主张赔偿金如何处理
解除劳动合同的经济补偿金和违法解除劳动合同的赔偿金均系基于解除劳动合同这一事实产生，当事人在申请劳动仲裁时主张解除劳动合同的经济补偿金，后在诉讼中变更为主张违法解除劳动合同的赔偿金的，可认定该诉讼请求与讼争劳动争议具有不可分性，应予合并审理。

五、违反计划生育政策

13、用人单位以劳动者违反计划生育政策为由解除劳动合同的，应承担违法解除劳动合同的法律责任。

文义疑问：规章制度已经将“违反计划生育政策”规定为“严重违反规章制度”的情况下呢？也不行。。。

政策回顾：

- 2017年《广东省高级人民法院关于审理劳动争议案件疑难问题的解答》
(2017年8月1日印发，第147号文)

第七条：“用人单位以劳动者违反计划生育规定为由解除劳动合同，劳动者能否要求用人单位支付违法解除劳动合同的赔偿金？”

用人单位以劳动者违反计划生育规定为由解除与劳动者劳动合同的，劳动者要求用人单位支付违法解除劳动合同的赔偿金，予以支持。但劳动合同、集体合同、用人单位规章制度另有约定的除外。”

五、违反计划生育政策

13、用人单位以劳动者违反计划生育政策为由解除劳动合同的，应承担违法解除劳动合同的法律责任。

文义疑问：规章制度已经将“违反计划生育政策”规定为“严重违反规章制度”的情况下呢？也不行。。。

政策回顾：

- 2014年《广东省人口与计划生育条例》

第四十三条：“对拒不履行避孕节育和孕情检查义务的流动人口育龄夫妻，有关单位和业主应当依照合同规定停止承包或者租赁、辞退解雇、收回房屋。（现行有效的是2016年版的《广东省人口与计划生育条例》已经删除此条）”

五、违反计划生育政策

13、用人单位以劳动者违反计划生育政策为由解除劳动合同的，应承担违法解除劳动合同的法律责任。

文义疑问：规章制度已经将“违反计划生育政策”规定为“严重违反规章制度”的情况下呢？也不行。。。

政策回顾：

- 2012年《深圳市劳动合同管理深圳市劳动合同管理疑难问题研讨会会议纪要》（深人社专纪[2012]11号）

第七条：“女职工违法计划生育问题。女职工违法计划生育仍然适用《女职工劳动保护特别规定》的有关条款，用人单位不得以女职工违法计划生育为由解除劳动合同。劳动合同、集体合同、规章制度另有约定的除外。

（产假有，但80天奖励假无，能否开具计划生育证明影响生育津贴。。。）

六、建设工程领域工伤责任

1、违法转包工伤责任的承担（第14条）

建设单位、施工总承包单位或者具有用人单位资格的专业分包或劳务分包单位

违法
转包

不具备用人单位资格的组织或者自然人

工伤认定 → 工伤保险责任

单位以不存在劳动关系为由抗辩的：✘

劳动者主张停工留薪期工资的：✓

六、建设工程领域工伤责任

1、违法转包工伤责任的承担（第14条）

《深圳市中级人民法院关于审理工伤保险待遇案件的裁判指引》（2015-03-19）

四、用工单位违法将承包业务发包给不具备用工主体资格的组织或自然人，该组织或自然人聘用的职工从事承包业务时因工伤亡的，**用工单位承担工伤保险责任**。

不具备用工主体资格的组织或自然人挂靠具有用工主体资格的单位对外经营，不具备用工主体资格的组织或自然人聘用的人员因工伤亡的，**被挂靠单位承担工伤保险责任**。

前述两款规定的承担工伤保险责任的单位承担赔偿责任后，有权向有关组织、单位和个人追偿。

《深圳市中级人民法院关于审理劳动争议案件的裁判指引》（2015-09）

五十八、个人承包、挂靠他人经营或借用他人营业执照经营的，承包人、挂靠人或借用人招用的劳动者**请求确认其与具有用工主体资格的发包人、被挂靠人或被借用人存在劳动关系的，不予支持**，但社会保险行政部门**已认定工伤的除外**。劳动者依据《广东省工资支付条例》第三十二条、第三十三条或《劳动合同法》第九十四条与《非法用工单位伤亡人员一次性赔偿办法》直接主张由发包人、被挂靠人或被借用人、承包人或借用人连带承担相应法律责任的，应予支持。

六、建设工程领域工伤责任

1、违法转包工伤责任的承担（第14条）

《广东省高级人民法院关于审理劳动争议案件疑难问题的解答》（2017）

1. 个人承包、挂靠、借用他人营业执照经营情形下的用工关系如何确定

个人承包、挂靠他人经营或借用他人营业执照经营的，承包人、挂靠人或借用人自行招用的劳动者不受发包人、被挂靠人或被借用人管理和支配，劳动者的工资也并非由发包人、被挂靠人或被借用人支付，双方之间的关系不符合劳动关系的特征，因此，被招用的劳动者主张与具有用工主体资格的发包人、被挂靠人或被借用人存在劳动关系的，一般不予支持。发包人、被挂靠人或被借用人须承担相应责任的，可结合具体的案情并参照《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》第13条规定处理。

《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》（2012）

13. 发包单位将建设工程非法发包给不具有用工主体资格的实际施工人或者承包单位将承包的建设工程非法转包、分包给不具有用工主体资格的实际施工人，实际施工人招用的劳动者请求确认其与具有用工主体资格的发包单位或者承包单位存在劳动关系的，不予支持，但社会保险行政部门已认定工伤的除外。劳动者依照《广东省工资支付条例》第三十二条、第三十三条或《广东省工伤保险条例》第四十二条与《非法用工单位伤亡人员一次性赔偿办法》直接主张由发包单位或者承包单位与实际施工人连带承担相应法律责任的，应予支持。

六、建设工程领域工伤责任

2、按建设项目参加工伤保险的（第15条）

(1) 根据工伤认定结论：由所列的工伤保险责任单位作为工伤待遇支付主体。

(2) 工伤认定结论仅列建筑工程项目部，未明确工伤保险责任单位的：
劳动者以不具备用人单位资格的项目部作为被申请人提起劳动仲裁的，不予受理。
劳动者可以请求社会保险行政部门重新作出结论。

《人力资源社会保障部关于进一步做好建筑业工伤保险工作的通知》（人社厅函〔2017〕53号）

《人力资源社会保障部 住房城乡建设部 安全监管总局 全国总工会关于进一步做好建筑业工伤保险工作的意见》（人社部发〔2014〕103号）

《广东省人力资源和社会保障厅 广东省住房和城乡建设厅 广东省地方税务局 广东省安全生产监督管理局 广东省总工会关于进一步做好我省建筑业工伤保险工作的实施意见》（粤人社规〔2015〕5号）

深圳市人力资源和社会保障局《深圳市建筑施工企业参加工伤保险管理办法》（2016）

六、建设工程领域工伤责任

2、按建设项目参加工伤保险的（第15条）

深圳市人力资源和社会保障局《深圳市建筑施工企业参加工伤保险管理办法》（2016）

第二条 在本市行政区域内从事房屋建筑和市政基础设施工程建设的建筑施工企业，应当按本办法参加工伤保险，缴纳工伤保险费，落实工伤保险待遇。

在本市行政区域内从事交通运输、铁路、水利等专业工程建设的企业参照本办法执行。

第三条 本办法所称建筑施工企业，是指在本市行政区域范围内从事土木工程、建筑工程、线路管道和设备安装工程及装修工程的新建、扩建、改建和拆除等有关活动的建筑业企业，包括施工总承包企业、专业承包企业和劳务分包企业。

第四条 建筑施工企业对相对固定的职工，应当按照《工伤保险条例》、《广东省工伤保险条例》的规定执行，按用人单位参加工伤保险。

建筑施工企业对建设项目使用的职工，不能按用人单位参加工伤保险的，应当按照本办法的规定执行，按建设项目参加工伤保险。

第五条 按建设项目参加工伤保险的，工伤保险涵盖建设项目使用的所有职工，包括施工总承包企业、专业承包企业、劳务分包企业等使用的职工，但已按用人单位参加工伤保险的职工除外。

七、退休年龄劳动关系终止

16、劳动者达到法定退休年龄或者已经享受基本养老保险待遇的，劳动关系终止。劳动者所受伤害如被社会保险行政部门认定为工伤，劳动者要求用工单位**参照**《广东省工伤保险条例》规定的工伤保险待遇支付有关费用的，应予支持，但不包括一次性就业补助金。

- 劳动关系终止，是一个事件，不是一个行为
- 劳动者达到法定退休年龄或者已经享受基本养老保险待遇，二选一
- 法律框架——既然不是劳动关系，因“工”负伤待遇，宜从其约定，适用《合同法》、《侵权责任法》。

（人身损害赔偿 vs 工伤保险待遇）

七、退休年龄劳动关系终止

16、劳动者达到法定退休年龄或者已经享受基本养老保险待遇的，劳动关系终止。劳动者所受伤害如被社会保险行政部门认定为工伤，劳动者要求用工单位**参照**《广东省工伤保险条例》规定的工伤保险待遇支付有关费用的，应予支持，但不包括一次性就业补助金。

- 《劳动合同法》第44条“开始依法享受基本养老保险待遇”（2008. 1. 1）
- 《劳动合同法实施条例》第21条“达到法定退休年龄”（2008. 9. 18）
- 《劳动争议案件适用法律（三）》第7条（2010. 7. 17）
用人单位与其招用的已经依法享受养老保险待遇或领取退休金的人员发生争议，向法院起诉的，按照劳务关系处理。

七、退休年龄劳动关系终止

16、劳动者达到法定退休年龄或者已经享受基本养老保险待遇的，劳动关系终止。劳动者所受伤害如被社会保险行政部门认定为工伤，劳动者要求用工单位**参照**《广东省工伤保险条例》规定的工伤保险待遇支付有关费用的，应予支持，但不包括一次性就业补助金。

● 案例分享

某金融机构内勤员工，现已经52周岁，从50岁开始就被当地社保局告知无法继续缴纳社会保险，单位继续用工至今；经咨询，该员工有条件将社保关系转回老家后，在其老家（户籍所在地）继续缴纳社保，故员工不认为自己符合劳动终止条件；但是，单位担心没有社保覆盖，风险不可控。

● 涉及问题——法定退休年龄涉及的身份认定？

当地政策及单位配合（女工人vs女干部；技术管理岗vs普通员工）——50周岁时最后一份劳动合同明确为“管理”岗位且做满1年，或查看人事档案、调令，可以去窗口申请修改）

七、退休年龄劳动关系终止

16、劳动者达到法定退休年龄或者已经享受基本养老保险待遇的，劳动关系终止。劳动者所受伤害如被社会保险行政部门认定为工伤，劳动者要求用工单位**参照**《广东省工伤保险条例》规定的工伤保险待遇支付有关费用的，应予支持，但不包括一次性就业补助金。

- 工伤认定是否必须以劳动关系存在为前提？

七、退休年龄劳动关系终止

16、劳动者达到法定退休年龄或者已经享受基本养老保险待遇的，劳动关系终止。劳动者所受伤害如被社会保险行政部门认定为工伤，劳动者要求用工单位参照《广东省工伤保险条例》规定的工伤保险待遇支付有关费用的，应予支持，但不包括一次性就业补助金。

● 《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》第十一条

雇员在从事雇佣活动中遭受人身损害，雇主应当承担赔偿责任。雇佣关系以外的第三人造成雇员人身损害的，赔偿权利人可以请求第三人承担赔偿责任，也可以请求雇主承担赔偿责任。雇主承担赔偿责任后，可以向第三人追偿。

雇员在从事雇佣活动中因安全生产事故遭受人身损害，发包人、分包人知道或者应当知道接受发包或者分包业务的雇主没有相应资质或者安全生产条件的，应当与雇主承担连带赔偿责任。

属于《工伤保险条例》调整的劳动关系和工伤保险范围的，不适用本条规定。

七、退休年龄劳动关系终止

16、劳动者达到法定退休年龄或者已经享受基本养老保险待遇的，劳动关系终止。劳动者所受伤害如被社会保险行政部门认定为工伤，劳动者要求用工单位**参照**《广东省工伤保险条例》规定的工伤保险待遇支付有关费用的，应予支持，但不包括一次性就业补助金。

- 《中华人民共和国侵权责任法》未提及个人与机构之间的民事雇佣或劳务关系

第三十四条 用人单位的工作人员因执行工作任务造成他人损害的，由用人单位承担侵权责任。

劳务派遣期间，被派遣的工作人员因执行工作任务造成他人损害的，由接受劳务派遣的用工单位承担侵权责任；劳务派遣单位有过错的，承担相应的补充责任。

第三十五条 个人之间形成劳务关系，提供劳务一方因劳务造成他人损害的，由接受劳务一方承担侵权责任。提供劳务一方因劳务自己受到损害的，根据双方各自的过错承担相应的责任。

八、劳务派遣

1、劳务派遣单位也应签无固定期限合同（第17条）

劳务派遣无特权：符合《劳动合同法》第十四条第二款、第三款规定的情形的，劳务派遣单位应依法与被派遣的劳动者订立无固定期限劳动合同。

《劳动合同法》

第十四条 【无固定期限劳动合同】无固定期限劳动合同，是指用人单位与劳动者约定无确定终止时间的劳动合同。

用人单位与劳动者协商一致，可以订立无固定期限劳动合同。有下列情形之一，劳动者提出或者同意续订、订立劳动合同的，除劳动者提出订立固定期限劳动合同外，应当订立无固定期限劳动合同：

- （一）劳动者在该用人单位连续工作满**十年**的；
- （二）用人单位初次实行劳动合同制度或者国有企业改制重新订立劳动合同时，劳动者在该用人单位连续工作满十年且距法定退休年龄不足十年的；
- （三）连续订立**二次固定**期限劳动合同，且劳动者没有本法第三十九条和第四十条第一项、第二项规定的情形，续订劳动合同的。

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的，视为用人单位与劳动者已订立无固定期限劳动合同。

八、劳务派遣

2、违反用工范围和比例的：有效+行政处理（第18条）

用工单位违反《劳务派遣暂行规定》第三条、第四条规定的劳务派遣用工范围和用工比例的，由人力资源社会保障行政部门依法处理，不影响劳务派遣合同的效力。

《劳务派遣暂行规定》

第二章 用工范围和用工比例

第三条 用工单位只能在临时性、辅助性或者替代性的工作岗位上使用被派遣劳动者。

前款规定的临时性工作岗位是指存续时间不超过6个月的岗位；辅助性工作岗位是指为主营业务岗位提供服务的非主营业务岗位；替代性工作岗位是指用工单位的劳动者因脱产学习、休假等原因无法工作的一定期间内，可以由其他劳动者替代工作的岗位。

用工单位决定使用被派遣劳动者的辅助性岗位，应当经职工代表大会或者全体职工讨论，提出方案和意见，与工会或者职工代表平等协商确定，并在用工单位内公示。

第四条 用工单位应当严格控制劳务派遣用工数量，使用的被派遣劳动者数量不得超过其用工总量的10%。

前款所称用工总量是指用工单位订立劳动合同人数与使用的被派遣劳动者人数之和。

计算劳务派遣用工比例的用工单位是指依照劳动合同法和劳动合同法实施条例可以与劳动者订立劳动合同的用人单位。

八、劳务派遣

2、违反用工范围和比例的：有效+行政处理（第18条）

用工单位违反《劳务派遣暂行规定》第三条、第四条规定的劳务派遣用工范围和用工比例的，由人力资源社会保障行政部门依法处理，不影响劳务派遣合同的效力。

《劳动合同法》

第九十二条 【劳务派遣单位的法律责任】违反本法规定，未经许可，擅自经营劳务派遣业务的，由劳动行政部门责令停止违法行为，没收违法所得，并处违法所得一倍以上五倍以下的罚款；没有违法所得的，可以处五万元以下的罚款。

劳务派遣单位、用工单位违反本法有关劳务派遣规定的，由劳动行政部门责令限期改正；逾期不改正的，以每人五千元以上一万元以下的标准处以罚款，对劳务派遣单位，吊销其劳务派遣业务经营许可证。用工单位给被派遣劳动者造成损害的，劳务派遣单位与用工单位承担连带赔偿责任。

八、劳务派遣

3、无派遣资质的：无效（第19条）

- 未取得经营劳务派遣业务行政**许可**的，劳务派遣协议**无效**。
- 因劳务派遣协议无效给劳动者造成损害的，劳务派遣单位与用工单位承担**连带**责任，但用工单位能证明其**已尽审查义务**的**除外**。

《劳动合同法》

第五十七条 【劳务派遣单位的设立】经营劳务派遣业务应当具备下列条件：

- （一）注册资本不得少于人民币二百万元；
- （二）有与开展业务相适应的固定的经营场所和设施；
- （三）有符合法律、行政法规规定的劳务派遣管理制度；
- （四）法律、行政法规规定的其他条件。

经营劳务派遣业务，应当向劳动行政部门依法申请行政许可；经许可的，依法办理相应的公司登记。未经许可，任何单位和个人不得经营劳务派遣业务。

九、裁审衔接

20、职业病诊断、鉴定过程中，在确认劳动者职业史、职业病危害接触史时，当事人对劳动关系、工种、工作岗位或者在岗时间有争议的，可以向劳动人事争议仲裁委员会申请仲裁。劳动者对仲裁裁决不服的，可以依法向人民法院提起诉讼。

用人单位对仲裁裁决不服的，可以在职业病诊断、鉴定程序结束之日起十五日内依法向人民法院提起诉讼；诉讼期间，劳动者的治疗费用按照职业病待遇规定的途径支付。

● 略

九、裁审衔接

21、对仲裁裁决主文或仲裁调解书中的文字、计算错误以及仲裁机构已经认定但在裁决主文中遗漏的事项，可以补正或说明的，人民法院应当告知仲裁机构补正或说明，或向仲裁机构调卷查明。仲裁机构不补正也不说明，且人民法院调卷后执行内容仍然不明确无法执行的，可以裁定驳回执行申请。如仲裁机构通过监督程序对案件重新作出处理，原裁决书或调解书已经执行的，被执行人依据生效的法律文书可向人民法院申请执行回转。仲裁裁决被人民法院裁定不予执行的，当事人可以向人民法院起诉。

生效仲裁裁决书或调解书，申请人应向被执行人住所地或被执行财产所在地基层人民法院申请执行。

● 略

九、裁审衔接

22、仲裁过程中，用人单位可能出现逃匿、转移财产等情形的，劳动者应当通过仲裁机构向人民法院申请财产保全，仲裁机构在接到劳动者提交的申请后48小时内向被申请人住所地或被申请保全的财产所在地的基层人民法院移交保全申请书、财产线索清单、用人单位情况说明等相关材料。人民法院裁定采取保全措施或者裁定驳回申请的，应当将裁定书送达当事人，并通知仲裁机构。

人民法院经审查认为劳动者经济确有困难，或有证据证明用人单位存在欠薪逃匿可能的，可以减轻或免除劳动者提供担保的义务，及时采取保全措施。

- 《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》（2008）

第11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。”

- 仲裁过程中的财产保全，而未包括仲裁受理前。。

九、裁审衔接

23、申请人的仲裁请求同时涉及终局裁决事项和非终局裁决事项的，仲裁机构在同一份裁决书中分别列明终局裁决事项和非终局裁决事项，并分别告知权利救济途径，视为已分别制作仲裁裁决书。

- 略

九、裁审衔接

24、仲裁机构可以根据案件审理需要，申请基层人民法院签发调查令，由仲裁机构向有关单位和个人调查取证。调查取证的事项包括银行代发工资情况及相关单位、个人保存的证据材料等。

人民法院可以根据案件审理需要，要求仲裁机构就仲裁阶段的案件处理情况作出说明，或委托仲裁机构向劳动监察、社会保险经办机构等调取、核实相关材料。

- 仲裁审理过程中的依职权调查。

九、裁审衔接

25、当事人在仲裁阶段办理委托代理手续时，可同时明确诉讼和执行阶段的委托代理人及委托权限。对当事人已明确诉讼和执行阶段委托代理人及委托权限的，仲裁机构可依据当事人申请提供有关授权委托书材料。

- 如果当事人只提交了一份授权，之后可以申请仲裁委复印文件，向法院提供仲裁委盖章的授权材料复印件？

九、裁审衔接

26、当事人对仲裁裁决认定的事实无异议的，人民法院可直接采信。当事人在仲裁阶段承认的对己方不利的事实或认可的证据，人民法院可以予以确认，但当事人反悔并有相反证据足以推翻的除外。对当事人服裁部分，人民法院可在说理部分直接确认，并形成相应判项。

- 与民事诉讼法上的自认规则一致：没有相反证据，不得反悔推翻自己一方过往的自认的事实或证据
- 过往承认有劳动关系，但依法不属于有劳动关系的情况？
- 自认的事实或证据违反常识，无法通过自认予以确认的情形？年龄、性别、岗位，等等

九、裁审衔接

27、根据《广东省劳动人事争议处理办法》第五十八条第三款的规定，受送达人无法联系，或者以直接送达、委托送达、邮寄送达、留置送达等方式无法送达的，可在人力资源社会保障行政部门的门户网站公告和在受送达人住所地张贴公告，自发出公告之日起，经过30日即视为送达。根据《广东省劳动人事争议处理办法》第五十八条第四款的规定，劳动者人数在10人以上的集体争议，仲裁机构以直接送达方式无法送达用人单位的，可以在有关基层组织见证下，在用人单位住所地或者生产经营场所张贴有关文书，并采用拍照、录像等方式记录，自张贴之日起即视为送达。

劳动仲裁过程中送达困难的解决方式及依据：

- 30日张贴公告送达（《广东省劳动人事争议处理办法》第五十八条第三款）
方式——人力资源社会保障行政部门的门户网站公告和在受送达人住所地张贴公告，自发出公告之日起，经过30日即视为送达。
- 3日留置送达（《劳动人事争议仲裁办案规则》第二十条第二款）
方式——因企业停业等原因导致无法送达且劳动者一方在十人以上的，或者受送达人拒绝签收仲裁文书的，通过在受送达人住所留置、张贴仲裁文书，并通过拍照、录像等方式记录，自留置、张贴之日起经过3日即视为送达，是否签署送达回证在所不问。

九、裁审衔接

27、根据《广东省劳动人事争议处理办法》第五十八条第三款的规定，受送达人无法联系，或者以直接送达、委托送达、邮寄送达、留置送达等方式无法送达的，可在人力资源社会保障行政部门的门户网站公告和在受送达人住所地张贴公告，自发出公告之日起，经过30日即视为送达。根据《广东省劳动人事争议处理办法》第五十八条第四款的规定，劳动者人数在10人以上的集体争议，仲裁机构以直接送达方式无法送达用人单位的，可以在有关基层组织见证下，在用人单位住所地或者生产经营场所张贴有关文书，并采用拍照、录像等方式记录，自张贴之日起即视为送达。

劳动仲裁过程中送达困难的解决方式及依据：

- 即日送达（《广东省劳动人事争议处理办法》第五十八条第四款）
方式——劳动者人数在10人以上的集体争议，仲裁机构以直接送达方式无法送达用人单位的，可以在有关基层组织见证下，在用人单位住所地或者生产经营场所张贴有关文书，并采用拍照、录像等方式记录，自张贴之日起即视为送达。（单位其他低于10人的职工也适用）
- 民事诉讼60日公告送达-有区别。。。

九、裁审衔接

27、根据《广东省劳动人事争议处理办法》第五十八条第三款的规定，受送达人无法联系，或者以直接送达、委托送达、邮寄送达、留置送达等方式无法送达的，可在人力资源社会保障行政部门的门户网站公告和在受送达人住所地张贴公告，自发出公告之日起，经过30日即视为送达。根据《广东省劳动人事争议处理办法》第五十八条第四款的规定，劳动者人数在10人以上的集体争议，仲裁机构以直接送达方式无法送达用人单位的，可以在有关基层组织见证下，在用人单位住所地或者生产经营场所张贴有关文书，并采用拍照、录像等方式记录，自张贴之日起即视为送达。

劳动仲裁过程中送达困难的解决方式及依据：

- 《2017年深圳市劳动人事争议疑难问题研讨会会议纪要》（2017年9月）

第五点：“对用人单位无法直接送达的10人以上集体争议案件，仲裁委员会可以适用《广东省劳动人事争议处理办法》第五十八条第四款规定，在有关基层组织见证下，在用人单位住所地或者生产经营场所张贴有关文书，并采用拍照、录像等方式记录，自张贴之次日起视为送达；也可以适用《劳动人事争议仲裁办案规则》第二十条第二款规定，通过在用人单位住所地留置、张贴仲裁文书，并采用拍照、录像等方式记录，自留置、张贴之日起经过三日视为送达。”

九、裁审衔接

28、根据《劳动人事争议仲裁办案规则》第三十条的规定，仲裁机构受理案件时不再主动审查仲裁时效。案件受理后，当事人未就仲裁时效进行抗辩的，仲裁机构不主动审查，但案件涉及虚假仲裁，恶意串通损害国家、集体或第三人合法权益的除外。当事人在仲裁阶段未提出时效抗辩，在诉讼阶段又主张时效抗辩的，人民法院不予支持，但其基于新的证据能够证明对方当事人的仲裁请求权已过时效期间的情形除外。

《劳动人事争议仲裁办案规则》实施前，申请人的仲裁请求已超过仲裁时效，申请人在《劳动人事争议仲裁办案规则》实施后申请仲裁不受前款关于仲裁机构不主动审查时效规定的限制。

- 不涉及公共利益或第三方利益的情况下，仲裁委不主动审查时效
- 但是，仲裁阶段虽未提出时效抗辩，时效利益方在一审阶段基于新证据提出时效抗辩的情况除外

九、裁审衔接

29、鼓励有条件的地区建立劳动人事争议一体化处理工作机制，尝试构建裁审一体化处理网络平台，促进仲裁机构和人民法院立案、保全、证据调查、裁判文书等案件信息共享，实现劳动人事争议公正高效处理。

- 鼓励有条件的地区建立劳动人事争议一体化处理工作机制，尝试构建裁审一体化处理网络平台，促进仲裁机构和人民法院立案、保全、证据调查、裁判文书等案件信息共享，实现劳动人事争议公正高效处理。

九、裁审衔接

30、本意见从下发之日起供全省各级人民法院、仲裁机构参照执行。本意见下发之前的会议纪要、指导意见与本意见不一致的，按本意见处理。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。

● 略。

条文	模块	内容
1-3	一、新型用工劳动关系认定	出租车；网络平台；村委会/居委会/农村集体经济组织
4-7	二、特殊情况下的工资标准	不能证明工资数额时；停产限产；产假；停工留薪期
8-9	三、未签合同二倍工资	具劳动合同特征的协议；未签无固定期限合同时二倍工资起算日
10-12	四、经济补偿金与赔偿金	《违反和解除劳动合同的经济补偿办法》废止衔接；患病或非因工负伤解除；补偿/赔偿金切换
13	五、违反计划生育政策	以违反计划生育政策为由解除
14-15	六、建设工程领域工伤责任	违法分包转包；按项目参加工伤保险
16	七、退休年龄劳动关系终止	退休终止，享工伤待遇
17-19	八、劳务派遣	劳务派遣的无固定期限合同；劳务派遣无效情形
20-29	九、裁审衔接	职业病诊断鉴定裁审程序；裁决执行中的补正或监督；仲裁阶段财产保全；终局非终局裁决；仲裁法院协助调查取证；委托手续；裁决无异议事实的确认；送达；仲裁时效审查与抗辩；鼓励裁审一体化

感谢聆听!



联系我们



黄彪

电话: 13537501021

邮箱: Goodlawyer@vip.qq.com



胡庆海

电话: 18938638169

邮箱: huqh@guantao.com