**浙江省高级人民法院民事审判第一庭** **浙江省劳动人事争议仲裁院关于审理劳动争议案件若干问题的解答（五）**

浙江省高级人民法院民事审判第一庭、浙江省劳动人事争议仲裁院关于印发《关于审理劳动争议案件若干问题的解答（五）》的通知

浙高法民一〔2019〕1 号

本省各级人民法院民事审判第一庭（其他相关民事审判庭）、各级劳动人事争议仲裁院：

省高级人民法院民一庭、省劳动人事争议仲裁院经联合调研并广泛征求意见，制定了《关于审理劳动争议案件若干问题的解答（五）》。现印发给你们，供裁判中参考。实践中如遇到新的问题，请及时报告。

浙江省高级人民法院民一庭

浙江省劳动人事争议仲裁院

2019年6月21日

为正确审理劳动争议案件，统一案件裁审尺度，省高级人民法院民一庭、省劳动人事争议仲裁院经广泛调研，制定本解答，供裁判中参考。

**一、股东、合伙人与用人单位之间能否存在劳动关系？**

答：股东、合伙人与劳动者身份原则上并不矛盾，关键在于用人单位与股东、合伙人之间是否存在管理与被管理、支配与被支配的关系，同时可以综合股权比例、公司章程、提供劳动等情况综合认定。

**二、劳动者被母公司指派到子公司担任法定代表人或者总经理等职务，劳动关系如何认定？**

答：劳动者被母公司指派到子公司担任法定代表人或总经理等职务的，在确定与谁建立劳动关系时，有书面劳动合同的以书面劳动合同为准；没有书面劳动合同的，可以根据社会保险缴纳、工资支付、工作地点等情况来综合认定。符合《关于审理劳动争议案件若干问题的意见(试行)》（浙法民一〔2009〕3号）第七条规定的，母公司与子公司作为共同当事人并承担连带责任。

**三、劳动者非因本人原因从原用人单位被安排到新用人单位工作，其在新用人单位连续工作未满十年也未订立两次劳动合同，但在前后用人单位累计连续工作已满十年或者已连续订立两次固定期限劳动合同，劳动者提出与新用人单位订立无固定期限劳动合同的，是否应予支持？**

答：劳动者非因本人原因从原用人单位被安排到新用人单位工作，劳动者在原用人单位的工作年限和订立劳动合同的次数合并计算为新用人单位的工作年限、订立劳动合同次数。因此，如劳动者符合《劳动合同法》第十四条规定，提出与新用人单位订立无固定期限劳动合同的，用人单位应当与其订立。

**四、劳务派遣劳动关系中，用人单位即劳务派遣单位是否适用《劳动合同法》第十四条关于订立无固定期限劳动合同的规定？**

答：《劳动合同法》第五十八条规定：“劳务派遣单位应当与被派遣劳动者订立二年以上的固定期限劳动合同”，此系针对劳务派遣关系的特别规定，而《劳动合同法》第十四条是对劳动合同订立的一般规定。按照特别规定优于一般规定的原则，除双方协商一致外，劳务派遣单位与劳动者无需订立无固定期限劳动合同。

**五、劳动者履行工作职责或执行工作任务时因过错给用人单位造成损失，用人单位请求劳动者赔偿损失的，能否予以支持？**

答：劳动者履行工作职责或执行工作任务时给用人单位造成损失的，属于用人单位经营风险，劳动者一般不承担赔偿责任。但劳动者因故意或重大过失给用人单位造成经济损失的，应予赔偿。在确定赔偿金额时，应当根据劳动者过错程度、单位或其他配合履职的劳动者有无过错等原因力比例、损失大小、劳动报酬水平、劳动合同是否继续履行等因素综合确定。

**六、用人单位与劳动者约定了试用期，试用期内双方协商一致以书面形式约定延长试用期，延长后累计的试用期在法定期限内，该延长约定是否合法有效？**

答: 用人单位与劳动者约定了试用期，试用期内双方协商一致以书面形式约定延长试用期，延长后累计的试用期仍在法定期限内的，不属于同一用人单位与同一劳动者多次约定试用期的情形，该约定合法有效。

**七、加班工资和依据《劳动合同法》第八十二条规定加付的一倍工资的计算基数如何认定？**

答：加班工资和依据《劳动合同法》第八十二条规定加付的一倍工资的计算基数按《关于劳动争议案件处理若干问题的指导意见（试行）》（浙仲〔2009〕2号）第三十八条规定执行。

**八、劳动者未事先告知用人单位，直接依据《劳动合同法》第三十八条第一款规定申请仲裁，请求仲裁或法院解除劳动合同，如何处理?**

答：劳动者依据《劳动合同法》第三十八条第一款规定单方解除劳动合同的，应当事先向用人单位提出。劳动者未事先向用人单位提出，直接请求仲裁或法院裁判解除的，一般不予支持。

**九、劳动者发生工伤后，用人单位未发放或未足额发放停工留薪期工资，劳动者能否以用人单位未及时足额支付劳动报酬为由要求解除劳动合同并支付经济补偿金？**

答：停工留薪期工资性质为工伤保险待遇，劳动者以用人单位未及时足额支付停工留薪期工资为由要求解除劳动合同并支付经济补偿金，不予支持。

**十、劳动合同一方依法提前三十日书面通知另一方解除劳动合同，三十日期间届满前，其可否单方撤销解除通知？**

答：劳动合同一方依法提前三十日书面通知另一方解除劳动合同，三十日期间届满前，提出解除的一方无权单方撤销解除通知。

**十一、在规章制度未作出明确规定、劳动合同亦未明确约定的情况下，劳动者严重违反劳动纪律，用人单位是否可以解除劳动合同？**

答：在规章制度未作出明确规定、劳动合同亦未明确约定的情况下，劳动者严重违反劳动纪律，用人单位可以依据《劳动法》第二十五条第二项规定解除劳动合同。

**十二、劳动者在用人单位注销前与其发生劳动争议，用人单位注销后，劳动者申请仲裁的，仲裁委员会是否受理？**

答：劳动者在用人单位注销前与其发生劳动争议，用人单位注销后申请仲裁，仲裁委员会一般不予受理。但劳动者能够证明用人单位依法应当清算而未经清算或者清算义务人未履行清算责任的，仲裁委员会应当受理，并将清算义务人作为被申请人。

**十三、企业进入法院破产程序后，劳动者与企业发生的劳动争议，仲裁委员会是否受理？**

答：此类纠纷实质为职工破产债权确认纠纷，属于破产衍生案件，无需劳动仲裁前置，仲裁委员会一般不予受理。但纠纷涉及身份性质的，如当事人请求确认存在劳动关系，仲裁委员会应当受理。

**十四、仲裁委员会和法院应否主动审查劳动人事争议仲裁时效？**

答：根据2017年7月1日实施的《劳动人事争议仲裁办案规则》（以下简称《办案规则》）规定，劳动人事争议仲裁委员会受理案件时不再审查仲裁时效。因此，案件受理后审理期间，当事人未就仲裁时效进行抗辩的，仲裁委员会和法院一般不主动审查，但用人单位因停产停业等客观原因无法到庭、案件涉及虚假仲裁、损害国家利益、公共利益或者第三人合法权益等情形的除外。

《办案规则》实施前，申请人的仲裁请求已过申请时效，申请人在《办案规则》实施后申请仲裁的，对仲裁时效的审查不受前款规定的限制。

加班工资的最长保护期间仍为二年，二年的往前推算起点为：劳动关系存续期间劳动者申请仲裁要求支付加班工资的，以劳动者提起仲裁时间为推算起点；劳动关系解除或终止的，劳动者应当在一年内提出，加班工资以解除或终止时间往前推算二年。

**十五、2017年10月1日起实施的《民法总则》规定基层群众性自治组织法人为特别法人。居民委员会、村民委员会等基层自治组织是否属于《劳动合同法》规定的用人单位？**

答：根据《民法总则》规定，基层群众性自治组织法人为特别法人。因此，村民委员会、居民委员会等群众性自治组织可以作为用人单位，其与对外聘用人员发生的用工关系符合劳动关系特征的，按劳动关系处理。

**十六、《调解仲裁法》第二十五条规定：“劳动者死亡的，由其近亲属或者代理人参加仲裁活动。”这里的近亲属包括哪些人？仲裁审理时，应否依职权追加当事人？**

答：劳动者死亡的，由其近亲属或者代理人参加仲裁活动，“近亲属”范围为《中华人民共和国继承法》规定的继承人。仲裁审理时，应当依法按继承顺位通知近亲属，并依职权追加当事人。