**浙江省劳动争议仲裁委员会关于劳动争议案件处理若干问题的指导意见（试行）**

**浙江省劳动争议仲裁委员会关于印发《关于劳动争议案件处理若干问题的指导意见（试行）》的通知**
浙仲〔2009〕2号

各市、县（市、区）劳动争议仲裁委员会：

针对《劳动合同法》、《劳动合同法实施条例》、《劳动争议调解仲裁法》实施以来我省劳动争议处理过程中遇到的新情况和新问题，我们在充分征求省高院、省总工会、省企联、全省各级劳动争议仲裁委员会等各方意见的基础上，经过多次讨论，形成了《浙江省劳动争议仲裁委员会关于劳动争议案件处理若干问题的指导意见（试行）》，现印发给你们，供参考。实施过程中如遇到新的问题，请及时报告省劳动仲裁院。

浙江省劳动争议仲裁委员会
2009年8月21日

**关于印发《关于劳动争议案件处理若干问题的指导意见（试行）》的通知**

为正确审理劳动争议案件，根据《中华人民共和国劳动合同法》（以下简称《劳动合同法》）、《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》）等有关法律、法规及司法解释的规定，结合我省实际情况，制定本意见。

一、处理原则

1．审理劳动争议案件应遵循平等保护、公正及时、优先调解、法不溯及既往等原则。

二、受案范围

2．劳动者与用人单位因住房公积金产生的争议，不属于劳动争议。

3．达到法定退休年龄的劳动者与用人单位形成的用工关系，按雇佣关系处理。未达到法定退休年龄而内退的劳动者，与其他用人单位形成的用工关系，一般应按劳动关系处理。但原用人单位继续为其缴纳社会保险费，劳动者又要求现用人单位为其缴纳社会保险费的，不予支持。

4．外国人、无国籍人或台港澳人员与用人单位形成的用工关系，按劳动关系处理。上述人员未依法办理《外国人就业证》、《台港澳人员就业证》的，应当认定有关劳动合同无效；但劳动者已经付出劳动的，应由用人单位参照合同约定支付劳动报酬。

5．外国企业常驻代表机构或台港澳企业未依规定通过相关就业服务单位，而直接招用劳动者形成的用工关系，按雇佣关系处理。

6．在校学生在勤工俭学或实习期间，与所在用人单位发生争议的，不属劳动争议。

7．高校毕业生根据国家和省有关规定在就业见习期间与见习单位之间发生的争议不属劳动争议。

8．法定代表人或主要负责人与所在用人单位之间发生的支付劳动报酬等争议，属于主体不适格，劳动争议仲裁委员会（以下简称仲裁委员会）一般不予受理。但法定代表人或主要负责人已经工商登记变更，原法定代表人或主要负责人就其任职期间的社会保险问题与用人单位发生争议的除外。

9．劳动者请求工伤待遇，但未提供劳动行政部门作出的工伤认定的，仲裁委员会应予受理。申请人无法提供工伤认定结论的，仲裁委员会可以证据不足驳回请求，但未参加工伤保险的用人单位与劳动者对工伤事故均无异议的除外。

10.劳动者与未经依法登记、不具备合法经营资格的非法用工主体因用工发生争议的，仲裁委员会不予受理。但用人单位被吊销营业执照、责令关闭、撤销以及用人单位浃定提前解散、歇业的，仲裁委员会应当受理。

三、仲裁主体

11.劳动者与用人单位签订劳动合同后，被该用人单位派往其他单位工作，并在其他单位领取工资或办理社会保险，因用工发生争议的，指派单位应作为当事人，并可视案情需要将实际用工单位作为共同当事人或第三人并承担连带责任。

12.用人单位挂靠在其他单位名下或借用其他单位的营业执照进行生产经营，劳动者与用人单位发生劳动争议的，用人单位和被挂靠单位或营业执照出借人应作为共同当事人并承担连带责任。但用人单位本身具备用工主体资格的除外。

13.在建设工程层层转包、分包中，作为实际施工人的自然人与其招用的劳动者发生劳动争议的，最近的上一层转包、分包关系中具备合法用工主体资格的单位应作为当事人，并可视案情需要将实际施工的自然人及违法转包人、分包人作为共同当事人。

14.用人单位被吊销营业执照、责令关闭、撤销以及用人单位决定提前解散、歇业，应当将用人单位或清算组织作为当事人；用人单位或清算组织不能承担相关责任的，应当将出资人或开办单位作为共同当事人。

仲裁委员会受理后作出裁决前，用人单位注销、被吊销营业执照、关闭、撤销的，当事人应按前款规定申请变更主体。当事人不申请的，仲裁委员会可终结案件审理。

四、仲裁时效

15.对《劳动争议调解仲裁法》实施前发生的劳动争议，申请人于《劳动争议调解仲裁法》实施后申请仲裁的，不适用该法中关于申请时效的规定，仍按原有规定执行。

16.劳动者与用人单位之间因加班工资发生争议的，其申请仲裁的时效期间为二年，从当事人知道或者应当知道其权利被侵害之日起计算；但劳动关系解除或终止的，其申请仲裁的时效期间为一年，从劳动关系终止之日起计算。

五、举证责任

17.在劳动争议案件处理过程中，劳动者与用人单位对是哪一方提出解除劳动合同或终止劳动关系的事实发生争议的，应根据“谁主张谁举证”的原则确定举证责任。

18.劳动者主张加班工资的，应对加班事实负举证责任。劳动者证明加班事实的相关证据由用人单位持有的，仲裁委员会应责令用人单位提供；用人单位不提供的，由其承担不利的法律后果。

19.劳动者与用人单位对有无支付加班工资的事实发生争议的，应由用人单位对其已经支付加班工资的事实负举证责任。用人单位已支付的工资具有以下情形的，仲裁委员会可认定其中不包含加班工资：

（1）折算后的正常工作时间工资低于当地最低工资标准的；

（2）计件工资有劳动定额且定额明显不合理的。

20．劳动者与用人单位约定业务提成在货款回收后才支付，且货款回收由劳动者经手的，劳动者应当财货款回收的事实负举证责任。

21.用人单位以劳动者违反劳动合同中有关服务期的约定为由，请求劳动者支付违约金的，应当对其已为劳动者提供专项培训及具体费用等相关事实负举证责任。

六、裁审衔接

22.仲裁委员会依据《劳动争议调解仲裁法》第四十四条裁决先予执行的，应移送至被执行人住所地或财产所在地基层人民法院，并提供以下材料：

（1）移送执行函（注明案件双方当事人的联系电话及住所）；

（2）先予执行裁决书；

（3）裁决书的送达回执。

在整个案件结案时，对已作出先予执行裁决部分一并处理，并注明已先予执行的内容。

23.当事人委托公民代理的，仲裁委员会应参照《浙江省高级人民法院浙江省司法厅关于依法规范民事行政诉讼活动中公民代理的若干规定（试行）》的规定执行，要求当事人提交《受委托人在仲裁代理中不收取任何报酬的承诺书》及身份证明、授权委托书等相关材料。

24.《劳动争议调解仲裁法》第四十七条第（一）项所规定的劳动者追索劳动报酬、工伤医疗费、经济补偿金或赔偿金的争议，如仲裁请求涉及数项的，应分项计算争议金额。

《劳动争议调解仲裁法》第四十七条第（二）项所列争议事项是指是否违反国家有关工作时间、休息休假等劳动标准和社会保险缴纳但不涉及具体金额的案件；因用人单位违反国家有关劳动标准，劳动者要求用人单位支付相关社会保险待遇或赔偿金等事项的，是否属于一裁终局案件，应按第四十七条第（一）项规定的数额标准执行。

25.根据《劳动争议调解仲裁法》第四十七条规定，申请事项同时涉及终局裁决和非终局裁决事项的，仲裁委员会应在同一份裁决书中分别就终局裁决与非终局裁决事项作出裁决，并分别告知权利救济。

26.根据《劳动争议调解仲裁法》第二十九条、第四十三条的规定，因仲裁委员会逾期未做出受理决定或仲裁裁决，当事人可直接向人民法院提起诉讼，但下列情形除外：

（1）移送管辖的；

（2）送达延误的；

（3）等待工伤复议、诉讼、评残结论的；

（4）启动鉴定程序，或委托其他部门调查取证的；

（5）因当事人确有正当理由，不能按时参加仲裁活动的；

（6）其他合理的事由。

当事人直接向人民法院提起诉讼的，可以要求仲裁委员会出具接受申请但尚未受理立案、或已受理但未裁决的证明，仲裁委员会在出具证明后应当终结案件的审理。

27.当事人不服仲裁裁决向人民法院起诉或用人单位依据《劳动争议调解仲裁法》第四十九条规定申请撤销仲裁裁决，人民法院审理案件过程中向仲裁委员会调阅案卷的，仲裁委员会应予配合。

28.当事人依据《劳动争议调解仲裁法》第十五条的规定申请仲裁，仲裁委员会应当认定双方当事人原已达成的调解协议具有劳动合同性质，经审理该调解协议不存在无效或可撤销情形的，应当确认其效力并作为裁决依据。

29.人民法院裁定终结督促程序后，劳动者申请仲裁的，仲裁委员会应予受理。但属于最高人民法院<关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释（二）》第三条、第十七条第二款规定，或有证据证明用人单位拖欠劳动报酬，且申请请求不涉及劳动关系其他争议的，仲裁委员会可不予受理，并告知劳动者直接向人民法院起诉。

七、规章制度和竞业限制

30.用人单位在《劳动合同法》实施前制定的规章制度，虽未经过该法第四条第二款规定的民主程序，但内容不违反法律、行政法规、政策及集体合同规定，不存在明显不合理的情形，并已向劳动者公示或告知的，可以作为仲裁委员会处理劳动争议案件的依据。

《劳动合同法》实施后，用人单位制定、修改或者决定直接涉及劳动者切身利益的规章制度盛者重大事项时，未经过该法第四条第二款规定的民主程序的，一般不能作为仲裁委员会处理劳动争议案件的依据。但规章制度或者重大事项决定的内容不违反法律、行政法规、政策及集体合同规定，不存在明显不合理的情形，并已向劳动者公示或告知，且劳动者没有异议的，可以作为仲裁委员会处理劳动争议的依据。

31.用人单位与劳动者约定竞业限制但未同时约定经济补偿，或者约定经济补偿的数额明显过低、不足以维持劳动者在当地的最低生活标准的，属于《劳动合同法》第二十六条第（二）项规定的“用人单位免除自己的法定责任、排除劳动者权利的”情形，该竟业限制条款或协议无效。

用人单位与劳动者约定的竞业限制补偿费虽然高于当地的最低生活标准，但与双方约定的违约金相比显失公正的，仲裁委员会可以根据用人单位支付的补偿金标准，按照公平合理的原则对违约金予以适当变更。

32.具有以下情形之一的，竞业限制条款对劳动者不再具有约束力：

（1）劳动者依《劳动合同法》第三十八条第二款规定，被迫解除劳动合同的；

（2）用人单位依《劳动合同法》第四十一条规定，解除劳动合同的；

（3）用人单位破产、关闭、停业、转行或解散的；

（4）用人单位未按约定支付经济补偿的。

33.用人单位对劳动者作出开除、除名、辞退等决定，劳动者不服申请仲裁的，仲裁委员会可按<劳动合同法》第三十九条和本意见第30条的规定进行审查，并直接按照解除劳动合同争议进行处理。

八、劳动合同的签订和履行

34．依据《劳动合同法》第十四条第三款规定，视为双方已订立无固定期限劳动合同而未签书面劳动合同的，劳动者要求依据《劳动合同法》第八十二条支付二倍工资的，仲裁委员会不予支持。

35.劳动合同期满后，劳动者仍在原用人单位工作，超过一个月双方仍未签订劳动合同的，劳动者根据《劳动合同法》第八十二条规定要求支付二倍工资的，仲裁委员会应予支持。

36.用人单位调整劳动者工作岗位，一般应经劳动者同意。如没有变更劳动合同主要内容，或虽有变更但确属用人单位生产经营所必需，且对劳动者的报酬及其他劳动条件未作不利变更的，劳动者不服申请仲裁的，仲裁委员会不予支持。

37.女职工产假期间，用人单位经本人同意安排女职工工作的，按以下情形支付工资：

（1）已参加生育保险的，女职工领取生育津贴外，用人单位应支付正常上班的工资；

（2）未参加生育保险的，用人单位应参照生育保险待遇支付生育津贴，同时支付正常上班的工资。

38.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以职工所在的岗位（职位）相对应的标准工资为基数。

前款标准工资难以确定的，按以下方式确定计算基数：

（1）劳动合同有约定的，按劳动合同约定的工资为基数；

（2）劳动合同没有约定的，实行岗位技能工资制的单位，以职工本人的岗位工资与技能工资之和为基数；

（3）岗位、技能工资难以确定的，以上月职工正常工作情况下的工资为基数，同时应扣除绩效、奖金和物价补贴；难以区分工资、奖金、物贴等项目的，以职工上月实得工资的70%为基数。

上述计发基数低于当地最低工资标准的，按当地最低工资标准为计发基数。

39.用人单位确因工作需要不能当年安排年休假，次年安排补休时，劳动者主张不同意补休，要求按日工资300%支付年休假工资的，不予支持。

九、劳动合同的解除和终止

40.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，如果该事实发生在《劳动合同法》实施前，除符合最高人民法院《关于审理劳动争议适用法律若干问题的解释（-）》第十五条规定的情形以外，不予支持；如果该事实发生在《劳动合同法》实施后，且在提出解除时未超过仲裁申请时效的，应予支持，但用人单位确有特殊困难、合理理由或劳动者曾经认可的除外。

41.劳动者以用人单位在《劳动合同法》实施前未依法缴纳社会保险为由，请求解除劳动合同并要求用人单位支付经济补偿金的，不予支付。如果该事实发生在<劳动合同法》实施后，且在提出解除时未超过仲裁申请时效的，应予支持。

42．劳动者以用人单位未足额缴纳或已经征收部门审批的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。

43．劳动者以其他事由提出解除劳动合同后，又以系因用人单位存在《劳动合同法》第三十八条第一款所列情形迫使其辞职为由，要求用人单位支付经济补偿金的，一般不予支持。

44.劳动者提前三十日以书面形式通知用人单位，可以依法解除劳动合同。用人单位在劳动合同中设定违约金条款以限制劳动者上述解除权的，该违约金条款无效。但由于劳动者行使上述解除权而违反劳动合同有关约定，并给用人单位造成直接经济损失的，劳动者应予赔偿。

45.依据《劳动合同法》第二十二条的规定，劳动者违反劳动合同中有关服务期约定的，应当按照约定支付违约金，但属于《劳动合同法》第三十八条、第四十一条规定情形约除外。

约定违约金过高的，仲裁委员会应当依据《劳动合同法》第二十二条第二款的规定予以调整。

《劳动合同法》第二十二条中规定的“培训费用”，不包括劳动者接受专项培训期间的基本工资；“专业技术培训”是指为提高劳动者特定技能而提供的培训，不包括上岗前的培训和日常业务培训。

46.对劳动者无正当理由未办理请假手续，擅自离岗连续超过十五日，用人单位规章制度已有规定的，按相关规定执行；用人单位规章制度无规定的，用人单位可以劳动者严重违反劳动纪律为由，解除劳动合同。

用人单位以劳动者擅自离岗为由，做出解除劳动合同决定，但确因客观原因无法将该决定送达给劳动者，后劳动者以用人单位未履行送达等相关手续为由主张解除决定无效的，不予支持。

47.用人单位支付劳动者解除劳动合同经济补偿金或赔偿金时，劳动者根据《劳动合同法》第八十二条规定所得二倍工资中加付的一倍工资、应休未休年休假额外支付的工资报酬不计入经济补偿金和赔偿金的计算基数。

48.解除劳动合同后，用人单位依法应付而未支付劳动者经济补偿金，劳动者根据原劳动部《违反和解除劳动合同的经济补偿办法》第十条规定要求用人单位支付百分之五十的额外经济补偿金的，应予支持。但双方对劳动合同是否已经解除、是否应支付经济补偿金或支付标准等事项存在异议的除外。

49.《劳功合同法》实施以前已经建立的劳动关系，《劳动合同法》实施以后解除或终止的，计算经济补偿金时按以下原则处理：

（1）《劳动合同法》实施以前无需支付经济补偿金的，劳动者工作年限自《劳动合同法》实施之日起计算；

（2）《劳动合同法》实施前后均需要支付经济补偿金的，劳动者工作年限以《劳动合同法》实施日为界分别计算。《劳动合同法》实施以前的按当时相关规定执行，实施后的按《劳动合同法》相关规定执行。

（3）劳动者的月工资标准按《劳动合同法》第四十七条第二款、第三款规定执行。

50.  除《劳动合同法》第十四条、第四十五条规定的情形外，劳动合同期满即可终止。用人单位未在劳动合同期限届满前30日通知劳动者终止劳动合同，劳动者要求多支付一个月工资的，不予支持。

51．本意见自下发之日起施行。法律、法规、规章等有新规定的，按新规定执行。