

## 北京市高级人民法院、北京市劳动人事争议仲裁委员会关于审理劳动争议案件解答（一）

为公正、高效处理劳动争议，统一裁判尺度，进一步做好案件服判息诉工作，北京市三级法院从事劳动人事争议审判工作的部分庭长和法官，与北京市、区两级劳动人事争议仲裁委员会从事劳动人事争议仲裁工作的部分领导和仲裁员，根据《中华人民共和国民法典》（简称《民法典》）《中华人民共和国劳动法》（简称《劳动法》）《中华人民共和国劳动合同法》（简称《劳动合同法》）《中华人民共和国民事诉讼法》（简称《民事诉讼法》）《中华人民共和国劳动争议调解仲裁法》（简称《调解仲裁法》）《中华人民共和国劳动合同法实施条例》（简称《劳动合同法实施条例》）《最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律问题的解释（一）》等法律法规、司法解释、相关规定，经广泛深入的讨论，就劳动争议案件审理中的疑难问题作出解答。

同时，《北京市高级人民法院对涉及出租汽车司机的劳动合同及承包合同纠纷案件的处理意见》（京高法发〔2001〕282号 2001年11月6日实施）、《北京市高级人民法院关于审理出租车相关纠纷案件协调会会议纪要》（2002年8月16日实施）、《北京市高级人民法院北京市劳动人事争议仲裁委员会关于劳动争议案件法律适用问题研讨会会议纪要》（2009年8月17日实施）、《北京市高级人民法院关于劳动争议案件审理中涉及的社会保险问题研讨会会议

纪要》（2009年11月2日实施）、《北京市高级人民法院关于处理涉及出租汽车司机的劳动合同及承包合同纠纷案件的通知》（京高法发〔2013〕426号 2013年12月21日实施）、《北京市高级人民法院 北京市劳动争议仲裁委员会关于劳动争议案件法律适用问题研讨会会议纪要（二）》（京高法发〔2014〕220号 2014年5月7日实施）、《2014年部分劳动争议法律适用疑难问题研讨会会议纪要》（2015年1月5日实施）、《北京市高级人民法院、北京市劳动人事争议仲裁委员会关于审理劳动争议案件法律适用问题的解答》（京高法发〔2017〕142号 2017年4月24日实施），不再执行。

## 一、劳动争议案件受理范围与案件管辖

### 1. 涉社会保险纠纷的受理范围？

用人单位未为劳动者建立社会保险关系、欠缴社会保险费或未按照规定的工资基数足额缴纳社会保险费的，劳动者主张予以补缴的，不属于劳动争议案件受理范围，告知劳动者通过劳动行政部门解决。

由于用人单位未按规定为劳动者缴纳社会保险费，导致劳动者不能享受工伤、失业、生育、医疗保险待遇，劳动者要求用人单位赔偿损失或按规定给付相关费用的，应予受理。

用人单位未为农民工缴纳《中华人民共和国社会保险法》实施日之前的养老保险费，农民工在与用人单位终止或解除劳动合同后要求用人单位赔偿损失的，应予受理。

2. 因用人单位迟延转档或将档案丢失，劳动者要求用人单位赔偿损失的纠纷，是否属于劳动争议案件受案范围？

因用人单位迟延转档或将档案丢失，劳动者要求用人单位赔偿损失的纠纷，属于劳动争议案件受理范围，公安机关在特定历史时期接收部分社会人员的档案引发的纠纷除外。

3. 劳动者要求转移户口、归还户口页、终止用人单位与人才中心户口保管合同的纠纷，是否属于劳动争议案件受案范围？

劳动者要求转移户口、归还户口页、终止用人单位与人才中心户口保管合同的纠纷，不属于劳动争议案件受理范围。

4. 劳动者与用人单位因住房公积金的缴纳、办理退休手续发生的争议，是否属于劳动争议案件受案范围？

劳动者与用人单位因住房公积金的缴纳、办理退休手续发生的争议，不属于劳动争议案件受理范围。

5. 劳务派遣单位与用工单位之间基于《劳务派遣协议》而产生的纠纷，是否属于劳动争议案件受案范围？

劳务派遣单位与用工单位基于《劳务派遣协议》而产生的纠纷属于劳动合同以外的其他类型合同纠纷，不属于劳动争议案件受理范围。

6. 在劳动仲裁或诉讼程序中，劳动者依据《劳动合同法》第八十五条的规定，要求用人单位加付赔偿金的，如何处理？

劳动争议仲裁机构或人民法院应当向劳动者释明其应依据《劳动合同法》第八十五条规定先经劳动行政部门处理，劳动者坚持主张用人单位加付赔偿金的，劳动争议仲裁机构不予受理，人民法院应裁定驳回起诉。

劳动者应向劳动争议仲裁机构或人民法院提供已经依法先经劳动行政部门处理的证据，包括提供劳动行政部门责令用人单位限期支付劳动报酬、加班费、经济补偿或低于最低工资标准的差额部分的限期整改证据，以及用人单位逾期不履行上述义务的证据。

劳动行政部门已经责令用人单位加付赔偿金的，由劳动行政部门处理，劳动争议仲裁机构或人民法院不再重复处理。

7. 涉及出租车的劳动合同及承包合同纠纷案件，如何处理？

出租车司机与出租车公司之间以劳动合同、作为劳动合同附件的承包合同为依据提起的诉讼，案由为劳动争议。

出租车司机与出租车公司之间以劳动合同、承包合同为依据提起的诉讼，未经劳动争议仲裁机构处理的，引导当事人先行向劳动争议仲裁机构申请仲裁。

对于劳动争议仲裁机构以出租车司机与出租车公司之间的纠纷属于“承包纠纷”为由出具不予受理通知书，当事人不服向人民法院起诉的，根据《最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律问题的解释（一）》第六条的规定，应视为劳动争议仲裁机构已作出处理，人民法院应当受理。

对于承包人（司机）将出租车再行向第三人转包所发生的纠纷，可由人民法院按与财产有关的合同纠纷直接立案审理。

8. 用人单位指派劳动者长期在北京市从事业务，劳动者以在北京市某区的居住地作为劳动合同履行地而向该地劳动争议仲裁机构申请仲裁或向基层人民法院起诉的，如何处理？

劳动者因用人单位的指派而长期在北京市从事业务，如其在北京有固定的办公地点，可以视办公地点所在地为劳动合同履行地，如因业务原因没有固定办公地点，则可以视其在北京的居住地为劳动合同履行地。劳动者应当向劳动争议仲裁机构、人民法院提供用人单位指派其长期在北京从事业务的证据，以及其在北京有无固定办公地点和长期居住地点的证据。

## 二、劳动争议案件裁审衔接

## 9. 适用一裁终局的劳动争议案件的标准，应如何确定？

根据《调解仲裁法》第四十七条的规定，适用一裁终局的劳动争议案件有两类，一是小额案件，即仅限于追索劳动报酬、工伤医疗费、经济补偿或赔偿金，不超过当事人申请仲裁时当地月最低工资标准十二个月金额的财产争议；二是标准明确的案件，即因执行国家的劳动标准在工作时间、休息休假等方面发生的争议。对于第一类案件，一般应当以仲裁裁决每项裁决结果所确定的数额为标准确定是否属于适用一裁终局的劳动争议案件。对于第二类案件，该类案件一般不涉及具体金额，主要是指因执行国家劳动标准而产生的争议。

## 10. 人民法院是否可以向劳动争议仲裁机构调阅案卷？

根据审理申请撤销仲裁裁决等案件的实际需要，人民法院可以向作出原裁决的劳动争议仲裁机构调阅案卷，劳动争议仲裁机构应当及时提供案卷。人民法院就上述案件作出的裁定，应当送作出原裁决的劳动争议仲裁机构。

11. 当事人双方不服劳动争议仲裁机构作出的同一仲裁裁决，均向同一人民法院起诉的，当事人的诉讼身份如何列明？

当事人双方不服劳动争议仲裁机构作出的同一仲裁裁决，均向同一人民法院起诉的，双方当事人互为原告和被告，先起诉的一方当事人列为“原告（被告）”，后起诉的一方当事人列为“被告（原告）”。

12. 《调解仲裁法》第四十八条和第四十九条涉及的期间的起算如何理解？

《调解仲裁法》第四十八条和第四十九条涉及的期间的起算，应与《民事诉讼法》的有关规定相一致，均从次日起算；《劳动合同法》第十九条所称的“以上”“不满”的界定，应与《民法典》第一千二百五十九条的规定相一致。

13. 劳动者依据《劳动合同法》第三十条第二款和《调解仲裁法》第十六条的规定向人民法院申请支付令的，应符合什么条件？

劳动者依据《劳动合同法》第三十条第二款和《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。

14. 当事人向劳动争议仲裁机构申请仲裁后又撤回申请，向人民法院起诉，如何处理？

当事人申请仲裁后又撤回申请的，人民法院不能视为已经过仲裁前置程序，应告知其先向劳动争议仲裁机构申请仲裁，已经受理的裁定驳回起诉。

对于当事人在撤回申请后，再次向劳动争议仲裁机构申请仲裁，经劳动争议仲裁机构裁决或作出不予受理通知书后，人民法院可以受理。

15. 当事人申请仲裁后，无正当理由拒不到庭或者未经仲裁庭同意中途退庭，劳动争议仲裁机构按照撤回仲裁申请处理，并作出决定书的，当事人起诉到人民法院，如何处理？

当事人再次就同样的仲裁请求提出仲裁申请的，劳动争议仲裁机构应出具不予受理通知书；当事人持该不予受理通知书起诉到人民法院，人民法院经审查符合劳动争议受理条件的，可以受理。

16. 仲裁裁决作出后当事人未起诉，或裁决有多项内容，当事人仅就部分内容提起诉讼的，如何处理？

仲裁裁决作出后当事人未在法定期限内起诉，或仅就部分内容提起诉讼，人民法院只需审理当事人在法定期限内起诉的请求，保持当事人诉讼请求与审理内容的一致性。

人民法院对于案件事实的审理不受当事人诉讼请求的限制，人民法院应当结合证据对事实进行综合判断和认定。

17. 在仲裁程序中，证人出庭作证并接受质询，诉讼中证人是否仍需出庭？

证人可不再出庭，但仍有需要质询的事实或当事人又提供反证的除外。

18. 仲裁程序中当事人已经认可的相关案件事实，在诉讼程序中当事人又否认的，如何处理？



在诉讼程序中，除经对方当事人同意，或者有充分证据证明与事实不符的，对当事人否认在仲裁程序中所认可事实的主张不予支持。

19. 对于劳动争议仲裁申请人依法提出的仲裁请求，仲裁裁决书遗漏未予处理，当事人起诉至人民法院的如何处理？

人民法院应当予以审理，不得以相应请求未经仲裁前置程序为由不予处理。

20. 劳动争议案件一审判决主文应如何表述？

(1) 对双方当事人均未起诉的仲裁结果部分，一般应在判决“本院认为”的理由部分中表示予以确认，并可直接写入一审判决主文。

(2) 仲裁结果为给付金钱，当事人不服起诉，一审人民法院认定不应给付金钱，判决主文表述为“无需支付”；一审人民法院认定应当给付金钱，则将给付金钱内容写入判决主文，不应写驳回当事人的请求；一审人民法院认定应当给付金钱但具体数额应调整，则在一审判决主文中写明经调整后需给付金钱的数额。

(3) 仲裁结果未支持当事人某项请求，当事人不服起诉，一审人民法院认为应当支持该项请求，可直接写入一审判决主文；一审人民法院认为不应支持该项请求，应当判决驳回当事人该项请求。

三、劳动关系及责任主体的认定

21. 在认定用人单位与劳动者之间具有劳动关系时，应考虑何种因素？

在认定用人单位与劳动者之间具有劳动关系时，可考虑下列因素：

(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工作的组成部分。

对于以自己的技能、知识或设施为用人单位提供劳动或服务，自行承担经营风险，与用人单位没有身份隶属关系，一般不受用人单位的管理或支配的人员，应认定其与用人单位之间的关系不属于劳动关系。

22. 用人单位和劳动者长期两不找的，如何认定权利义务？

劳动者长期未向用人单位提供劳动，用人单位也长期不再向劳动者支付劳动报酬等相关待遇，双方长期两不找的，可以认定此期间双方不享有和承担劳动法上的权利义务。

23. 外国人、无国籍人、港澳台地区居民未依法办理《外国人就业证》《台港澳人员就业证》与用人单位签订劳动合同的，如何处理？

港澳台地区居民未依法办理《台港澳人员就业证》与用人单位于2018年7月28日以前的用工关系并非劳动关系，签订的劳动合同

无效；于2018年7月28日后（含当日）的用工关系，可以认定为劳动关系。

外国人、无国籍人、港澳台地区居民与用人单位虽非劳动关系，但已经付出劳动的，由用人单位参照合同约定支付劳动报酬。

24. 外国企业常驻代表机构未通过涉外就业服务单位直接招用中国雇员的，应如何认定法律关系？

外国企业常驻代表机构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劳务关系。

25. 企业停薪留职人员、未达到法定退休年龄的内退人员、下岗待岗人员以及企业经营性停产放长假人员在退休之前与新用人单位建立用工关系的，如何处理？

企业停薪留职人员、未达到法定退休年龄的内退人员、下岗待岗人员以及企业经营性停产放长假人员在退休之前与新用人单位建立用工关系，应按劳动关系处理，但对于新用人单位因客观原因不能为其缴纳社会保险费，该劳动者以此为由提出解除劳动合同并要求经济补偿的，不予支持。

26. 企业停薪留职人员、未达到法定退休年龄的内退人员、下岗待岗人员以及企业经营性停产放长假人员在退休之前与新用人单位建立用工关系的，其与原用人单位的关系如何认定？

企业停薪留职人员、未达到法定退休年龄的内退人员、下岗待岗人员以及企业经营性停产放长假人员在退休之前与新用人单位建立用工关系的，一般情况下可以认定原用人单位与其保持劳动关系，相关待遇依双方的约定。双方未约定或约定不明的，考虑国家法律法规和政策、同行业同类型劳动者保护标准，从保护劳动者的基本利益和用人单位现实情况进行综合判断。

27. 用人单位自动歇业、视为自动歇业、被撤销或吊销营业执照，如何确定当事人？

用人单位自动歇业、视为自动歇业、被撤销、被吊销营业执照应列该用人单位为当事人。如用人单位成立清算组清理债权债务的，由清算组负责人代表用人单位参加仲裁或诉讼；尚未成立清算组的，由原法定代表人代表用人单位参加仲裁或诉讼。清算组负责人或原法定代表人可以委托诉讼代理人参加仲裁或诉讼。

28. 劳动者向未办理营业执照、被吊销营业执照或者营业期限届满仍继续经营的用人单位提供劳动，如何处理？

劳动者向未办理营业执照、被吊销营业执照或者营业期限届满仍继续经营的用人单位提供劳动，劳动者可以依照《劳动合同法》的规定向用人单位主张权利，用人单位不存在或者无力承担责任时，出资人应当依法承担相应责任。

出资人的诉讼地位列为被告。如果出资人有多个，应当全部追加。

出借营业执照的，出借方对借用方招聘的劳动者可以比照前款处理。

29. 涉及建筑工程的用工关系中，包工头能否主张工人劳务费、工资、劳动报酬？

包工头与发包单位之间存在承包合同关系，可另行依据合同追索承包费用，其以存在劳动关系为由，提起仲裁或诉讼要求支付劳务费、工资、劳动报酬的，不予支持。

30. 《最高人民法院关于审理工伤保险行政案件若干问题的规定》（法释〔2014〕9号）第三条第一款第四项中“用工单位”、“不具备用工主体资格的组织或者自然人”，第五项中“被挂靠单位”、“个人”与“因工死亡职工（人员）”之间产生争议，如何处理？

“用工单位”、“被挂靠单位”与“因工死亡职工（人员）”之间不是劳动关系或雇佣关系。“用工单位”、“被挂靠单位”仅是承担工伤保险责任的单位。

“不具备用工主体资格的组织或者自然人”、“个人”与“因工死亡职工（人员）”之间不是劳动关系，而是雇佣关系。

社会保险行政部门以“用工单位”、“被挂靠单位”与“因工死亡职工（人员）”之间无劳动关系为由，作出不予受理工伤认定申请或者决定不予认定工伤产生的纠纷，属于行政争议。

承担工伤保险责任的单位承担赔偿责任或者社会保险经办机构从工伤保险基金支付工伤保险待遇后，向“不具备用工主体资格的组织或者自然人”、“个人”追偿产生的纠纷，不属于劳动争议。

31. 发包单位将业务发包给有用人主体资格的用人单位（包括有用人主体资格的组织、个体经营者），从事该发包业务的劳动者与上述主体发生争议的，如何处理？

应当认定劳动者与承包的有用人主体资格的用人单位存在劳动关系，但发包单位与劳动者存在劳动关系的除外。

32. 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，发生争议时如何处理？

劳动者虽在被派往单位工作，应认定其与签订劳动合同的用人单位存在劳动关系。可根据案件审理情况，追加实际用人单位或用工单位参加仲裁或诉讼。

33. 因工死亡职工的亲属能否要求确认劳动关系？

因工死亡职工的亲属可以要求确认劳动者与用人单位之间存在劳动关系，因工死亡职工的亲属的范围包括该职工的配偶、父母、子女、兄弟姐妹、祖父母、外祖父母、孙子女、外孙子女和其他具有扶养、赡养关系的亲属，因工死亡职工的亲属中任何一人均可作为仲裁申请人或诉讼原告。

34. 村民委员会、居民委员会成员与村民委员会、居民委员会组织之间是否属于劳动关系？

依照《中华人民共和国村民委员会组织法》和《中华人民共和国城市居民委员会组织法》的规定，村民委员会和居民委员会成员（主任、副主任和委员）依法由选举产生，其与该组织之间不属于劳动关系。

35. 在校学生在用人单位进行实习，是否应认定劳动关系？

在校学生在用人单位进行实习，应当根据具体事实进行判断，对完成学校的社会实习安排或自行从事社会实践活动的实习，不认定劳动关系。但用人单位与在校学生之间名为实习，实为劳动关系的除外。

36. 破产管理人与其聘用人员之间是否属于劳动关系？

破产管理人作为人民法院指定的管理人，不属于用人单位，不能作为用工主体与其聘用人员建立劳动关系，应按劳务关系处理。

37. 破产期间，用人单位与继续从事工作的劳动者之间的法律关系如何认定？

在被宣告破产前的破产期间，用人单位与劳动者未解除、终止劳动关系，且劳动者继续在用人单位从事相关工作的，符合劳动关系认定条件的，按劳动关系处理，双方另有约定的或破产管理人与劳动者建立劳务关系的除外。

在被宣告破产后，用人单位与劳动者之间的法律关系依据《劳动合同法》第四十四条第四项认定。

38. 有关联关系的用人单位交叉轮换使用劳动者，根据现有证据难以查明劳动者实际工作状况的，如何处理？

有关联关系的用人单位交叉轮换使用劳动者的，根据现有证据难以查明劳动者实际工作状况的，参照以下原则处理：（1）订立劳动合同的，按劳动合同确认劳动关系；（2）未订立劳动合同的，可以根据审判需要将有关联关系的用人单位列为当事人，以有关联关系的用人单位发放工资、缴纳社会保险、工作地点、工作内容，作为判断存在劳动关系的因素；（3）在有关联关系的用人单位交叉轮换使用劳动者，工作内容交叉重叠的情况下，对劳动者涉及给付内容的主张，可根据劳动者的主张，由一家用人单位承担责任，或由多家用人单位依法律规定或者当事人约定承担连带责任。

39. 农民专业合作社与其聘用参与日常生产经营活动的社员产生争议，如何认定？

结合农民专业合作社的生产经营性质和用工特点等因素，区分情况予以严格判定。对符合原劳动和社会保障部《关于确立劳动关系有关事项的通知》规定精神的，应依法确认参与农民专业合作社日常生产经营活动的社员与该合作社存在劳动关系。

#### 四、劳动合同的订立



40. 劳动合同期满后未订立劳动合同，劳动者仍在原用人单位继续工作，如何处理？

劳动合同期满后未订立劳动合同，劳动者仍在原用人单位继续工作，应适用《劳动合同法》第十条、第十四条第三款、第八十二条，《劳动合同法实施条例》第六条、第七条的规定进行处理。在此情况下，因为用人单位对原劳动合同期满和继续用工的法律后果均有预期，因此不需要再给予一个月的宽限期，原劳动合同期满次日，即是用人单位应当订立劳动合同之日和承担未订立劳动合同的法律后果之日。两倍工资的计算基数应以相对应的月份的应得工资为准。

劳动合同期满后仍继续工作，经用人单位通知，劳动者不续签劳动合同的，用人单位可适用《劳动合同法实施条例》第六条终止劳动关系。

41. 《劳动合同法》第八十二条“二倍工资”的认定与起止时间、计算方法、仲裁时效的适用？

(1) 依据《劳动合同法》第十条、第八十二条第一款规定，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的，自用工之日满一个月的次日起开始计算二倍工资，截止点为双方订立书面劳动合同的前一日，最长不超过十一个月。

(2) 依据《劳动合同法》第十四条第三款规定，用人单位自用工之日满一年不与劳动者订立书面劳动合同，视为用人单位与劳动者已

订立无固定期限劳动合同的情况下,劳动者可以向劳动争议仲裁机构、人民法院主张确认其与用人单位之间属于无固定期限劳动合同关系。在此情况下,劳动者同时主张用人单位支付用工之日满一年后的二倍工资的不予支持。

劳动者未主张确认无固定期限劳动合同关系,只主张支付用工之日满一年后的二倍工资,对二倍工资中增加一倍的部分不予支持。

(3) 如果劳动合同期满后,劳动者仍在用人单位工作,用人单位未与劳动者订立书面劳动合同的,计算二倍工资的起算点为自劳动合同期满的次日,截止点为双方补订书面劳动合同的前一日,最长不超过十二个月。

(4) 用人单位违反《劳动合同法》第十四条第二款、第八十二条第二款规定,不与劳动者订立无固定期限劳动合同的,二倍工资自应订立无固定期限劳动合同之日起算,截止点为双方实际订立无固定期限劳动合同的前一日,不受支付十二个月二倍工资上限限制。

(5) 二倍工资按未订立劳动合同所对应时间,用人单位应当正常支付的工资为标准计算。

二倍工资中属于劳动者正常工作时间劳动报酬的部分,仲裁时效适用《调解仲裁法》第二十七条第四款的规定。

二倍工资中增加一倍的工资属于惩罚性赔偿的部分,不属于劳动报酬,仲裁时效适用《调解仲裁法》第二十七条第一款的规定。增加一

倍部分的仲裁时效，可自劳动者主张权利之日起向前一年按日计算，据此实际给付的二倍工资不超过十二个月，但有证据证明没有超过仲裁时效期间的除外。

仲裁时效抗辩应由用人单位提出，人民法院不应主动适用仲裁时效。

42. 用人单位与劳动者补签劳动合同，劳动者主张未订立劳动合同二倍工资可否支持？

用人单位与劳动者建立劳动关系后，未依法自用工之日一个月内订立书面劳动合同，在劳动关系存续一定时间后，用人单位与劳动者在签订劳动合同时将日期补签到实际用工之日，视为用人单位与劳动者达成合意，劳动者主张二倍工资可不予支持，但劳动者有证据证明补签劳动合同并非其真实意思表示的除外。

用人单位与劳动者虽然补签劳动合同，但未补签到实际用工之日的，对实际用工之日与补签之日间相差的时间，依法扣除一个月订立书面劳动合同的宽限期，劳动者主张未订立劳动合同二倍工资的可以支持。

43. 存在劳动者患病或者非因工负伤在规定的医疗期内，女职工在孕期、产期、哺乳期期间等《劳动合同法》第四十二条规定的情形，劳动合同期满时，用人单位未与劳动者续订劳动合同，是否认定为未订立劳动合同而支付二倍工资？

劳动合同期满，有《劳动合同法》第四十二条规定的情形的，劳动合同应当续延至相应的情形消失时终止，故在续延期间用人单位与劳动者无须订立书面劳动合同，故不应支付二倍工资。

44. 用人单位法定代表人、高管人员、人事管理部门负责人或主管人员未与用人单位订立书面劳动合同并依据《劳动合同法》第八十二条规定向用人单位主张二倍工资的，应否支持？

用人单位法定代表人依据《劳动合同法》第八十二条规定向用人单位主张二倍工资的，一般不予支持。

用人单位高管人员依据《劳动合同法》第八十二条规定向用人单位主张二倍工资的，可予支持，但用人单位能够证明该高管人员职责范围包括管理订立劳动合同内容的除外。对有证据证明高管人员向用人单位提出签订劳动合同而被拒绝的，仍可支持高管人员的二倍工资请求。

用人单位的人事管理部门负责人或主管人员依据《劳动合同法》第八十二条规定向用人单位主张二倍工资的，如用人单位能够证明订立劳动合同属于该人事管理部门负责人的工作职责，可不予支持。有证据证明人事管理部门负责人或主管人员向用人单位提出签订劳动合同，而用人单位予以拒绝的除外。

45. 用人单位与劳动者约定劳动合同到期续延，在劳动合同到期后劳动者继续工作，并主张未签订劳动合同的二倍工资是否支持？

因用人单位与劳动者在劳动合同中已经约定劳动合同到期续延，但未约定续延期限，在劳动合同到期后，劳动者仍继续工作，双方均未提出解除或终止劳动合同时，属于双方意思表示一致续延劳动合同，可视为双方订立一份与原劳动合同内容和期限相同的合同，故劳动者主张未签订劳动合同的二倍工资不应支持。

46. 用人单位与劳动者约定劳动合同到期续延，此后劳动者以连续订立两次固定期限劳动合同为由，提出或者同意续订、订立无固定期限劳动合同，如何处理？

用人单位与劳动者约定劳动合同到期续延，且实际续延劳动合同的，合同约定了续延期限的，续延期限届满时，劳动者以连续订立两次固定期限劳动合同为由，提出或者同意续订、订立无固定期限劳动合同，用人单位应当与劳动者订立无固定期限劳动合同。用人单位不与劳动者订立无固定期限劳动合同的，可以依劳动者的主张确认存在无固定期限劳动合同关系。

47. 用人单位与劳动者连续订立二次固定期限劳动合同的，第二次固定期限劳动合同到期时，用人单位能否终止劳动合同？

根据《劳动合同法》第十四条第二款第三项规定，劳动者有权选择订立固定期限劳动合同或者终止劳动合同，用人单位无权选择订立固定期限劳动合同或者终止劳动合同。上述情形下，劳动者提出或者

同意续订、订立无固定期限劳动合同，用人单位应当与劳动者订立无固定期限劳动合同。

48. 用人单位与劳动者连续订立二次固定期限劳动合同后，劳动者与用人单位再次订立固定期限劳动合同的，最后一次固定期限劳动合同到期时，用人单位是否可以终止劳动合同？

在用人单位与劳动者连续订立二次固定期限劳动合同后，劳动者与用人单位再次订立固定期限劳动合同的，适用《劳动合同法》第十四条规定。在最后一次固定期限劳动合同到期时，应认定符合连续订立二次固定期限劳动合同的条件，排除法定情形外，劳动者提出或者同意续订、订立无固定期限劳动合同，用人单位应当与劳动者订立无固定期限劳动合同。

49. 劳动者要求劳动争议仲裁机构裁决或人民法院判决与用人单位签订书面劳动合同的，如何处理？

订立书面劳动合同需要当事人意思表示一致，由劳动者与用人单位平等协商，以确定合同期限、工作内容、劳动报酬等事项。经劳动者与用人单位协商，双方就劳动合同必要条款能够达成一致的，可以裁判双方订立书面劳动合同，并在裁判文书中就达成一致的条款予以表述。

双方就劳动合同必要条款不能达成一致的，由劳动争议仲裁机构裁决或人民法院直接判令双方订立书面劳动合同有违当事人意思自

治原则，亦无法确定具体执行内容和申请强制执行。故在此情况下，劳动者要求与用人单位订立书面劳动合同的，劳动争议仲裁机构、人民法院可释明当事人变更请求，主张确认双方存在劳动关系。

因可归责于用人单位的原因导致无法订立书面劳动合同的，劳动者可另行依法主张用人单位承担未订立书面劳动合同的法律责任。

50. 对用人单位存在规避签订无固定期限劳动合同和连续计算工作年限的情况，如何处理？

用人单位存在规避《劳动合同法》第十四条规定的下列行为，劳动者订立固定期限劳动合同的次数和工作年限仍应连续计算：

(1) 为减少计算劳动者的工作年限，迫使劳动者与其解除或终止劳动合同后重新与其签订劳动合同的；

(2) 利用关联用人单位与劳动者交替变换签订劳动合同的；

(3) 仅就劳动合同的终止期限进行变更，用人单位无法做出合理解释的；

(4) 采取注销原单位、设立新单位的方式，将劳动者重新招用到新单位，且单位经营内容与劳动者的工作地点、工作内容均没有实质性变化的；

(5) 其他明显违反诚信和公平原则的规避行为。

51. 劳动者与用人单位实际建立了全日制劳动关系，但双方订立的是非全日制劳动合同，用人单位是否需要向劳动者支付未订立劳动合同二倍工资差额？

劳动者已经与用人单位订立合同的情况下，劳动者主张未订立劳动合同二倍工资差额不予支持。在审理中注意全日制劳动关系与非全日制劳动关系的区分，充分保障劳动者实际权利。

52. 劳动者依照《劳动合同法》规定符合与用人单位签订无固定期限劳动合同条件，但已与用人单位签订了固定期限劳动合同的，现劳动者要求将其固定期限合同变更为无固定期限合同的，如何处理？

劳动者与用人单位签订了固定期限劳动合同后，劳动者要求变更为无固定期限劳动合同的，不予支持，但有证据证明用人单位存在欺诈、胁迫、乘人之危等情形的除外。

## 五、劳动合同的履行和变更

53. 劳动者与用人单位因劳动报酬问题产生争议时，举证责任如何分配？

用人单位应当按照工资支付周期编制工资支付记录表，并至少保存二年备查，涉及农民工工资支付的，应当至少保存三年。劳动者与用人单位因劳动报酬问题产生争议时，在上述保存期间内，由用人单位承担举证责任。超出这一期间的则应适用“谁主张，谁举证”的证明责任分配规则。



“两年”或“三年”从劳动者申请仲裁之日起往前推算。

54. 工资结算支付周期届满后，用人单位最迟应当在何时向劳动者支付工资？

工资结算支付周期届满后，除《北京市工资支付规定》第二十六条规定的情形外，用人单位应当在与劳动者约定的日期内支付工资，最迟不应超过约定支付日期的七天。

55. 用人单位给付劳动者的工资标准计算基数按哪些原则确定？

(1) 劳动者每月应得工资与实得工资的主要差别在于各类扣款和费用，应得工资包括个人应当承担的社会保险费、税款等。对于社会保险费、税款，用人单位承担的仅是代缴义务，劳动者的纳税由税务机关负责，社会保险费缴纳由社会保险机构负责，审理中一般按照劳动者应得工资确定工资标准。

(2) 用人单位与劳动者在劳动合同中约定了工资标准的，以该约定为准。劳动合同没有约定的，按照集体合同约定的工资标准确定。劳动合同、集体合同均未约定的，按照劳动者本人正常劳动实际发放的工资标准确定。依照本款确定的工资标准不得低于本市规定的最低工资标准。

(3) 计算“二倍工资”的工资标准时，因基本工资、岗位工资、职务工资、工龄工资、级别工资等按月支付的工资组成项目具有连续性、稳定性特征，金额相对固定，属于劳动者正常劳动的应得工资，

应作为未订立劳动合同二倍工资差额的计算基数，不固定发放的提成工资、奖金等一般不作为未订立劳动合同二倍工资差额的计算基数。

(4) 《劳动合同法》第四十七条规定的计算经济补偿的月工资标准应依照《劳动合同法实施条例》第二十七条规定予以确定；《劳动合同法实施条例》第二十七条中的“应得工资”包含由个人缴纳的社会保险费和住房公积金以及所得税。在计算劳动者解除或终止劳动合同前十二个月平均工资时，应当包括计时工资或者计件工资以及奖金、津贴和补贴等货币性收入。其中包括正常工作时间的工资，还包括劳动者的加班费。劳动者应得的年终奖或年终双薪，计入工资基数时应按每年十二个月平均分摊。

(5) 劳动者所得实际工资扣除该月加班费后的数额低于本市规定的最低工资标准的，按照本市规定的最低工资标准执行。

## 56. 劳动者主张存在加班事实如何认定？

经双方确认的考勤记录可以作为认定是否存在加班事实的依据。劳动者未能提供加班事实的依据，仅凭电子打卡记录要求认定存在加班事实的，一般不予支持。

用人单位因工作性质和生产特点不能实行标准工时制度的，应保证劳动者每天工作时间不超过 8 小时、每周工作时间不超过 40 小时，每周至少休息一天，职工少休息的一天，不应视为加班。

下列情形中，劳动者要求用人单位支付加班工资的，一般不予支持：（1）用人单位因安全、消防、节假日等需要，安排劳动者从事与本职工作无关的值班任务；（2）用人单位安排劳动者从事与其本职工作有关的值班任务，但值班期间可以休息的。

在上述情况下，劳动者可以要求用人单位按照劳动合同、规章制度、集体合同等支付相应待遇。

出租车行业实行不定时工作制，休息、休假由出租车司机自行安排，故对出租车司机主张休息日和法定节假日加班费的不予支持。

57. 劳动者加班费计算基数，应当按照法定工作时间内劳动者提供正常劳动应得工资确定，劳动者每月加班费不计到下月加班费计算基数中。具体情况如下：

（1）用人单位与劳动者在劳动合同中约定了加班费计算基数的，以该约定为准；双方同时又约定以本市规定的最低工资标准或低于劳动合同约定的工资标准作为加班费计算基数，劳动者主张以劳动合同约定的工资标准作为加班费计算基数的，应予支持。

（2）劳动者正常提供劳动的情况下，双方实际发放的工资标准高于原约定工资标准的，可以视为双方变更了合同约定的工资标准，以实际发放的工资标准作为计算加班费计算基数。实际发放的工资标准低于合同约定的工资标准，能够认定为双方变更了合同约定的工资标准的，以实际发放的工资标准作为计算加班费的计算基数。

(3) 劳动合同没有明确约定工资数额, 或者合同约定不明确时, 应当以实际发放的工资作为计算基数。用人单位按月直接支付给职工的工资、奖金、津贴、补贴等都属于实际发放的工资, 具体包括国家统计局《〈关于工资总额组成的规定〉若干具体范围的解释》中规定“工资总额”的几个组成部分。加班费计算基数应包括“基本工资”、“岗位津贴”等所有工资项目。不能以“基本工资”、“岗位工资”或“职务工资”单独一项作为计算基数。在以实际发放的工资作为加班费计算基数时, 加班费(前月)、伙食补助等应当扣除, 不能列入计算基数范围。国家相关部门对工资组成规定有调整的, 按调整的规定执行。

(4) 劳动者的当月奖金具有“劳动者正常工作时间工资报酬”性质的, 属于工资组成部分。劳动者的当月工资与当月奖金发放日期不一致的, 应将这两部分合计作为加班费计算基数。用人单位不按月、按季发放的奖金, 根据实际情况判断可以不作为加班费计算基数。

(5) 在确定职工日平均工资和小时平均工资时, 应当按照原劳动和社会保障部《关于职工全年月平均工作时间和工资折算问题的通知》规定, 以每月工作时间为 21.75 天和 174 小时进行折算。

(6) 实行综合计算工时工作制的用人单位, 当综合计算周期为季度或年度时, 应将综合周期内的月平均工资作为加班费计算基数。

58. 用人单位支付劳动者的工资是否包含加班工资应如何认定?

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不得低于当地最低工资标准。

#### 59. 用人单位调整劳动者工作岗位的, 如何处理?

用人单位与劳动者约定可根据生产经营情况调整劳动者工作岗位的,经审查用人单位证明生产经营情况已经发生变化,调岗属于合理范畴,应支持用人单位调整劳动者工作岗位。

用人单位与劳动者在劳动合同中未约定工作岗位或约定不明的,用人单位有正当理由,根据生产经营需要,合理地调整劳动者工作岗位属于用人单位自主用工行为。判断合理性应参考以下因素:用人单位经营必要性、目的正当性,调整后的岗位为劳动者所能胜任、工资待遇等劳动条件无不利变更。

用人单位与劳动者签订的劳动合同中明确约定工作岗位但未约定如何调岗的,在不符合《劳动合同法》第四十条所列情形时,用人单位自行调整劳动者工作岗位的属于违约行为,给劳动者造成损失的,用人单位应予以赔偿,参照原岗位工资标准补发差额。对于劳动者主张恢复原工作岗位的,根据实际情况进行处理。经审查难以恢复原工作岗位的,可释明劳动者另行主张权利,释明后劳动者仍坚持要求恢复原工作岗位,可驳回请求。

用人单位在调整岗位的同时调整工资，劳动者接受调整岗位但不接受同时调整工资的，由用人单位说明调整理由。应根据用人单位实际情况、劳动者调整后的工作岗位性质、双方合同约定等内容综合判断是否侵犯劳动者合法权益。

60. 用人单位与劳动者在劳动合同中宽泛地约定工作地点是“全国”、“北京”等，用人单位在履行劳动合同过程中调整劳动者的工作地点，劳动者不同意，用人单位依据规章制度作出解除劳动合同决定是否支持？

用人单位与劳动者在劳动合同中宽泛地约定工作地点是“全国”、“北京”等，如无对用人单位经营模式、劳动者工作岗位特性等特别提示，属于对工作地点约定不明。劳动者在签订劳动合同后，已经在实际履行地点工作的，视为双方确定具体的工作地点。用人单位不得仅以工作地点约定为“全国”、“北京”为由，无正当理由变更劳动者的工作地点。

用人单位与劳动者在劳动合同中明确约定用人单位可以单方变更工作地点的，仍应对工作地点的变更进行合理性审查。具体审查时，除考虑对劳动者的生活影响外，还应考虑用人单位是否采取了合理的弥补措施（如提供交通补助、班车）等。

61. 劳动者按变更后的工作地点实际履行合同，又以未采用书面形式为由主张劳动合同变更无效的是否支持？

劳动者已经按变更后的工作地点实际履行合同，又以未采用书面形式为由主张劳动合同变更无效的，适用《最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律问题的解释（一）》第四十三条的规定处理。

## 62. 如何计算劳动者享受带薪年假的时间？

《职工带薪年休假条例》中规定职工累计已满 1 年不满 10 年的，年休假 5 天；已满 10 年不满 20 年的，年休假 10 天；已满 20 年的，年休假 15 天。其中“累计”应指工作时间的相加，其中中断工作时间予以扣除。对于参加工作第 1 年的时间的“累计”，应按《企业职工带薪年休假实施办法》“连续工作满 12 个月”的规定执行。“连续工作满 12 个月”，指劳动者在参加工作后曾经在同一个或两个以上用人单位连续不中断工作满 12 个月。

劳动者在符合参加工作后曾经“连续工作满 12 个月”条件后，此后年休假时间以当年度在用人单位已工作时间计算。

用人单位未安排职工休满应休年休假的，应当按照职工当年已工作时间折算应休未休年休假天数并支付未休年休假工资报酬，但折算后不足 1 整天的部分不支付未休年休假工资报酬。未休年休假折算方法为：当年度在本单位已过日历天数÷365 天×职工本人全年应当享受的年休假天数-当年度已安排年休假天数。

## 63. 用人单位在《劳动合同法》实施前制定的规章制度的效力如何认定？

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。

64. 用人单位与劳动者在劳动合同或保密协议中约定了竞业限制条款，用人单位如在此后认为劳动者不必履行竞业限制约定的，应如何处理？

用人单位与劳动者在劳动合同或保密协议中约定了竞业限制条款，用人单位如在此后认为劳动者不必履行竞业限制约定的，应当明确告知劳动者。劳动者在用人单位告知前已按约定履行了义务，因此要求用人单位支付履行期间经济补偿的，应予支持。

65. 用人单位与劳动者在劳动合同或保密协议中约定了竞业限制条款，但未就补偿费的给付或具体给付标准进行约定，应如何处理？

用人单位与劳动者在劳动合同或保密协议中约定了竞业限制条款，但未就补偿费的给付或具体给付标准进行约定，不应据此认定竞业限制条款无效，双方在劳动关系存续期间或在解除、终止劳动合同时，可以通过协商予以补救，经协商不能达成一致的，可按照双方劳动合同解除或终止前十二个月平均工资的 30% 确定补偿费数额，但不得低于劳动合同履行地最低工资标准。用人单位明确表示不支付补偿费的，竞业限制条款对劳动者不具有约束力。



劳动者与用人单位未约定竞业限制期限的，应由双方协商确定，经协商不能达成一致的，限制期最长不得超过两年。

## 六、劳动合同的解除和终止

66. 《劳动合同法》施行之日存续的劳动合同，在《劳动合同法》施行后解除或者终止，经济补偿应如何计算？

《劳动合同法》施行之日存续的劳动合同，在《劳动合同法》施行后解除或者终止，依照《劳动合同法》第四十六的规定应当支付经济补偿的，2007年12月31日前的经济补偿依照《劳动法》及其配套规定计算，2008年1月1日后的经济补偿依照《劳动合同法》的规定计算。

经济补偿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，不再分段计算。

根据《劳动合同法》第四十七条、第八十七条、《劳动合同法实施条例》第二十五条的规定，用人单位违反劳动合同法的规定解除或终止劳动合同，应支付的赔偿金的计算方法为：自用工之日起依照《劳动合同法》第四十七条的规定计算出经济补偿，再乘以2，即为赔偿金，不再分段计算。

用人单位违反《劳动合同法》的有关规定，需向劳动者每月支付二倍工资的，其加付的一倍工资不应计入经济补偿和赔偿金的计算基数。

67. 用人单位未提前三十日通知劳动者劳动合同到期终止，劳动者要求用人单位支付赔偿金的如何处理？

用人单位未提前三十日通知劳动者劳动合同到期终止，劳动者要求用人单位按照《劳动合同法》第八十七条规定支付赔偿金的，不予支持；劳动者与用人单位按照《北京市劳动合同规定》第四十七条规定，已约定“每延迟一日支付一日工资赔偿金”，劳动者要求用人单位支付赔偿金的，应予支持。

68. 用人单位与劳动者解除或终止劳动合同时，自愿签订的和解协议效力如何认定？

用人单位与劳动者解除或终止劳动合同时，自愿签订的和解协议，不违反法律和行政法规的强制性规定，在履行完毕后，一方当事人反悔，主张双方约定无效的，一般不予支持。但协议中双方的权利义务明显失衡，劳动争议仲裁机构或人民法院可予以适当调整。

用人单位与劳动者就工伤保险待遇达成的协议在履行完毕后，劳动者以双方约定的给付标准低于法定标准为由，在仲裁时效内要求用人单位按法定标准补足差额部分的，应予支持。

69. 女职工在未知自己怀孕的情况下与用人单位协商解除劳动合同后，又要求撤销解除协议或者要求继续履行原合同的，如何处理？

女职工与用人单位协商解除劳动合同后，发现自己怀孕后又要求撤销协议或者要求继续履行原合同的，一般不予支持。

70. 劳动者未按规定提前三十天（在试用期内提前三天）通知用人单位解除劳动合同即自行离职，或虽然履行通知义务，但有未履行的相关义务，给用人单位造成损失的，应否赔偿？

劳动者未提前三十天（在试用期内提前三天）通知用人单位解除劳动合同，自行离职，或虽然履行通知义务，但有未履行的相关义务，如其应当履行的办理工作交接等义务，给用人单位造成直接经济损失的，应当承担相应的赔偿责任，对所造成的经济损失，用人单位负有举证责任。

71. 劳动者以用人单位未依法为其缴纳社会保险为由提出解除劳动合同，要求用人单位支付经济补偿的，如何处理？

劳动者提出解除劳动合同前一年内，存在因用人单位过错未为劳动者建立社保账户或虽建立了社保账户但缴纳险种不全情形的，劳动者依据《劳动合同法》第三十八条的规定以用人单位未依法为其缴纳社会保险为由提出解除劳动合同并主张经济补偿的，一般应予支持。用人单位与劳动者在 2008 年 1 月 1 日之前建立劳动关系的，经济补偿支付年限应从 2008 年 1 月 1 日起开始计算。

用人单位已为劳动者建立社保账户且险种齐全，但存在缴纳年限不足、缴费基数低等问题的，劳动者的社保权益可通过用人单位补缴或社保管理部门强制征缴的方式实现，在此情形下，劳动者以此为由主张解除劳动合同经济补偿的，一般不予支持。

72. 劳动者要求用人单位不缴纳社会保险，后又以用人单位未缴纳社会保险为由提出解除劳动合同并主张经济补偿的，应否支持？

依法缴纳社会保险是《劳动法》规定的用人单位与劳动者的法定义务，即便是因劳动者要求用人单位不为其缴纳社会保险，劳动者按照《劳动合同法》第三十八条的规定主张经济补偿的，仍应予支持。

73. 劳动者以《劳动合同法》第三十八条规定之外的情形为由提出解除劳动合同的，在仲裁或诉讼阶段又主张是用人单位存在前述法定情形迫使其解除劳动合同，请求用人单位支付经济补偿或赔偿金的如何处理？

对于劳动者提出解除劳动合同的，应以劳动者当时实际解除劳动合同时提出理由作为认定案件事实的依据，劳动者以《劳动合同法》第三十八条规定之外的情形为由提出解除劳动合同，在仲裁或诉讼阶段又主张是用人单位存在前述法定情形迫使其解除劳动合同，请求用人单位支付经济补偿或赔偿金的，劳动争议仲裁机构、人民法院不予支持，但劳动者证明在解除劳动合同时，存在欺诈、胁迫、重大误解等违背其真实意思表示的情形的除外。

74. 在不属于《劳动合同法》第三十八条规定的情况下，劳动者违反劳动合同约定的期限提前解除合同，用人单位拒绝继续履行约定的正常劳动报酬、福利外的经济方面的特殊待遇，或者要求劳动者返还正常劳动报酬、福利外的经济方面的特殊待遇，如何处理？

用人单位除向劳动者支付正常劳动报酬外，还特别给予劳动者如汽车、房屋、住房补贴等经济方面特殊待遇，双方对特殊待遇与约定工作期限的关联性有明确约定的按约定；虽无明确约定，但能够认定用人单位系基于劳动者的工作期限给予劳动者特殊待遇的，由于劳动者未完全履行合同，用人单位可以就劳动者未履行合同对应部分拒绝给付特殊待遇，对已经预先给付的，可以按照相应比例要求返还。

75. 用人单位违法解除或终止劳动合同，劳动者要求继续履行劳动合同的，如何处理？

劳动者要求继续履行劳动合同的，一般应予以支持。

在仲裁或者诉讼中发现确实无法继续履行劳动合同的，应做好释明工作，告知劳动者将要求继续履行劳动合同的请求变更为要求用人单位支付违法解除劳动合同赔偿金等请求。如经充分释明，劳动者仍坚持要求继续履行劳动合同的，应尊重劳动者的诉权，驳回劳动者的请求，告知其可另行向用人单位主张违法解除劳动合同赔偿金等。如经释明后，劳动者的请求变更为要求用人单位支付违法解除劳动合同赔偿金的，应当继续处理。

76. 用人单位违法解除或终止劳动合同后，劳动者要求继续履行劳动合同，哪些情形可以认定为“劳动合同确实无法继续履行”？

劳动合同确实无法继续履行主要有以下情形：（1）用人单位被依法宣告破产、吊销营业执照、责令关闭、撤销，或者用人单位决定提

前解散的；（2）劳动者在仲裁或者诉讼过程中达到法定退休年龄的；（3）劳动合同在仲裁或者诉讼过程中到期终止且不存在《劳动合同法》第十四条规定应当订立无固定期限劳动合同情形的；（4）劳动者原岗位对用人单位的正常业务开展具有较强的不可替代性和唯一性（如总经理、财务负责人等），且劳动者原岗位已被他人替代，双方不能就新岗位达成一致意见的；（5）劳动者已入职新单位的；（6）仲裁或诉讼过程中，用人单位向劳动者送达复工通知，要求劳动者继续工作，但劳动者拒绝的；（7）其他明显不具备继续履行劳动合同条件的。

劳动者原岗位已被他人替代的，用人单位仅以此为由进行抗辩，不宜认定为“劳动合同确实无法继续履行的”情形。

77. 劳动者与用人单位因劳动合同是否为违法解除发生争议，劳动者要求继续履行劳动合同的情况下，原单位提交了其他单位为劳动者缴纳社会保险的凭证，并以此主张劳动者与新单位之间已经形成劳动关系，此时社会保险缴纳记录能否作为认定劳动者与新单位形成劳动关系的依据？并由此导致劳动者与用人单位“劳动合同已经不能继续履行”？

不能仅以社会保险缴纳记录作为认定劳动者与新单位形成劳动关系的依据。但此时举证责任转移，由劳动者证明其与新用人单位之间不是劳动关系。若劳动者不能提出反证，则依据其与新用人单位之间的社保缴费记录确认劳动者与原用人单位“劳动合同确实无法继续履

行”。新用人单位不是案件当事人的，劳动者与新用人单位之间的社保缴费记录仅为“劳动合同确实无法继续履行”的裁判理由，不应径行裁判劳动者与新用人单位之间是否形成劳动关系。

78. 用人单位依据《劳动合同法》第三十九条第一项的规定解除劳动合同的，如何处理？

用人单位在录用劳动者时应当向劳动者明确告知录用条件，用人单位在解除劳动合同时应当向劳动者说明理由及法律依据。

用人单位证明已向劳动者明确告知录用条件，并且提供证据证明劳动者在试用期间不符合录用条件的，可依照《劳动合同法》第三十九条第一项的规定解除劳动合同。

就劳动者是否符合录用条件的认定，在试用期的认定标准可适当低于试用期届满后的认定标准。劳动者不符合录用条件的情况主要有以下情形：（1）劳动者违反诚实信用原则对影响劳动合同履行的自身基本情况有隐瞒或虚构事实的，包括提供虚假学历证书、假身份证、假护照等个人重要证件；对履历、知识、技能、业绩、健康等个人情况说明与事实有重大出入的；（2）在试用期间存在工作失误的，对工作失误的认定以劳动法相关规定、用人单位规章制度以及双方合同约定内容为判断标准；（3）双方约定属于用人单位考核劳动者试用期不符合录用条件的其他情况。

79. 哪些情形属于《劳动合同法》第四十条第三项规定的“劳动合同订立时所依据的客观情况发生重大变化”？

“劳动合同订立时所依据的客观情况发生重大变化”是指劳动合同订立后发生了用人单位和劳动者订立合同时无法预见的变化，致使双方订立的劳动合同全部或者主要条款无法履行，或者若继续履行将出现成本过高等显失公平的状况，致使劳动合同目的难以实现。

下列情形一般属于“劳动合同订立时所依据的客观情况发生重大变化”：（1）地震、火灾、水灾等自然灾害形成的不可抗力；（2）受法律、法规、政策变化导致用人单位迁移、资产转移或者停产、转产、转（改）制等重大变化的；（3）特许经营性质的用人单位经营范围等发生变化的。

80. 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和职业道德的，用人单位是否可以解除劳动合同？

《劳动法》第三条第二款中规定：“劳动者应当遵守劳动纪律和职业道德”。上述规定是对劳动者的基本要求，即便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，如劳动者存在严重违反劳动纪律或职业道德的行为，用人单位可以依据《劳动法》第三条第二款的规定与劳动者解除劳动合同。



81. 二次固定期限劳动合同到期后，用人单位发出终止劳动合同通知，劳动者主张用人单位支付违法终止劳动合同的赔偿金，是否支持？

在劳动者不符合《劳动合同法》第三十九条和第四十条第一项、第二项规定情形时，用人单位在二次固定期限劳动合同到期后直接发出终止劳动合同（关系）通知，不符合《劳动合同法》第十四条第二款第三项之规定，应认定为违法终止劳动合同（关系）。劳动者主张用人单位支付违法终止劳动合同的赔偿金，应予支持。

82. 用人单位为其招用的劳动者办理了本市户口，双方据此约定了服务期和违约金，用人单位要求劳动者支付违约金的，如何处理？

用人单位为其招用的劳动者办理了本市户口，双方据此约定了服务期和违约金，用人单位以双方约定为依据要求劳动者支付违约金的，不应予以支持。确因劳动者违反了诚实信用原则，给用人单位造成损失的，劳动者应当予以赔偿。

83. 解除或终止劳动合同后，用人单位拒不向劳动者出具终止或者解除劳动关系证明或者未在法律规定的期限内为劳动者办理档案和社会保险关系转移手续，造成劳动者无法就业的，劳动者请求用人单位赔偿损失的，如何处理？

劳动者能够证明因用人单位的过错造成其无法就业并发生实际经济损失的，应当予以支持。劳动者对用人单位过错与其无法就业有直

接的因果关系以及因此所造成经济损失的具体数额负有举证责任,不能证明有直接因果关系的不予支持,如确实造成经济损失,但无法确定经济损失具体数额的,可以按照劳动者在解除或终止劳动合同前十二个月平均工资确定。

84. 因用人单位的过错而使档案迟延移转,劳动者要求用人单位赔偿损失,如何确定赔偿数额?

因用人单位的过错而使档案迟延移转,劳动者要求用人单位赔偿损失,劳动争议仲裁机构或人民法院在确定赔偿额时,可参照《北京市失业保险规定》及相关政策文件的规定;劳动者因其档案丢失而向用人单位主张赔偿损失的,劳动争议仲裁机构或人民法院可根据当事人的过错程度和受损情况酌情确定赔偿数额,一般不超过十万元。

85. 固定期限劳动合同履行过程中,用人单位与劳动者协商对劳动合同终止时间作出变更,是否认定属于签订了两次劳动合同?

用人单位与劳动者协商一致变更固定期限合同终止时间的,如变更后的终止时间晚于原合同终止时间,使整个合同履行期限增加,视为用人单位与劳动者连续订立两次劳动合同。对初次订立固定期限合同时间变更的,按连续订立两次固定期限劳动合同的相关规定处理,对两次及多次订立固定期限合同时间变更的,按订立无固定期限劳动合同的相关规定处理。如变更后的终止时间比原合同终止时间提前,使整个合同履行期限减少,则仅视为对原合同终止时间的变更。

86. 出租车公司与司机签订的承包合同、劳动合同期满后，出租车公司对车辆进行更新，承包金在市政府规定的标准内作相应调整的，劳动者不同意续订劳动合同，并以用人单位降低劳动合同条件为由，要求用人单位应支付终止劳动合同经济补偿的，如何处理？

应视为出租车公司维持原劳动合同约定的条件与劳动者续订劳动合同，劳动者不同意续订的，不应支付其终止劳动合同经济补偿。

87. 劳动者在用人单位设立筹备阶段的工作时间是否计入本单位工作年限？

劳动者在用人单位设立筹备阶段的工作时间一般不计算为本单位工作年限，但双方另有约定的除外。

## 七、其他

88. 因第三人侵权而发生的工伤，如用人单位未为劳动者缴纳工伤保险费，应如何处理？

因第三人侵权而发生的工伤，如用人单位未为劳动者缴纳工伤保险费，应由用人单位按照《工伤保险条例》的有关规定向劳动者（或直系亲属）支付工伤保险待遇。侵权的第三人已全额给付劳动者（或直系亲属）医疗费，用人单位不必再重复给付。

89. 用人单位未按规定为劳动者缴纳医疗保险费，导致劳动者不能享受医疗保险待遇，劳动者要求用人单位赔偿相关医疗保险待遇损失的，如何处理？

因用人单位未按规定为劳动者缴纳医疗保险费，劳动者要求用人单位赔偿相关医疗保险待遇损失，劳动争议仲裁机构受理后，应要求劳动者提交相关医疗单据，并委托所在区的医疗保险经办机构协助核算应由用人单位承担的医疗费数额。劳动争议仲裁机构和人民法院在处理相应案件时，均可参照。

未经过仲裁前置程序直接起诉到人民法院的医保待遇损失争议案件，人民法院在受理后，应要求劳动者提交相关医疗单据，并可委托相应医疗保险经办机构协助核算应由用人单位承担的医疗费数额。

90. 用人单位与劳动者约定，工资中包括用人单位负担的养老、医疗、失业等社会保险费，而不向社会保险经办机构缴纳社会保险费的，其效力如何认定？

用人单位负有自行申报按时足额缴纳社会保险费的法定责任，劳动者应当缴纳的社会保险费由用人单位代扣代缴。用人单位与劳动者约定工资中包括社会保险费，而不向社会保险经办机构缴纳社会保险费的行为无效。

劳动者主张未办社会保险损失赔偿的，可以从赔偿额中扣减用人单位已按约定支付给劳动者的社会保险费。

91. 用人单位已向劳动者支付金钱代替缴纳社会保险的, 用人单位在补缴社会保险后能否要求劳动者返还已付金钱?

如果用人单位补缴社会保险后劳动者在社会保险方面已不存在损失的, 用人单位可以要求劳动者返还为代替缴纳社会保险而支付的金钱。

92. 近亲属间如何分配劳动者的工亡赔偿待遇?

除供养亲属抚恤金外, 其他享受劳动者的工亡赔偿待遇的近亲属范围的顺位可参照《民法典》中法定继承顺位考虑。