

2017年12月25日

## 环球法律专递

### GLO Legal Updates



#### 《天津法院劳动争议案件审理指南》之亮点解读

作者：李昭 | 胡高崇 | 陈一薇

2017年10月20日，天津市高级人民法院审判委员会通过了《天津法院劳动争议案件审理指南》（以下简称“《指南》”），该《指南》于2017年11月30日印发并将自2018年1月1日起执行。上述《指南》针对42个实务问题提出了明确的审判意见，对天津地区用人单位的用工管理和律师实务具有积极深远的指导意义，笔者现选取《指南》中的亮点内容介绍如下。

#### 一、劳动关系的认定标准更加具有可操作性

针对实践中劳动关系的认定存在模糊和争议之处，《指南》第6条对如何认定劳动关

系进行了细化，强调了可供考虑的八点综合因素：（1）用人单位与劳动者订立劳动合同；（2）劳动者实际接受用人单位的管理、指挥与监督；（3）用人单位向劳动者支付工资性劳动报酬；（4）劳动者被纳入用人单位的组织体系中从事劳动，而不是从事独立的业务或者经营活动；（5）劳动者无权将工作分包给他人完成；（6）生产资料一般由用人单位提供；（7）劳动者提供的劳务是继续性的而不是一次性的；（8）用人单位为劳动者缴纳社会保险费。

劳动法理论一般将人身依附性和财产从属性两大方面作为考察是否认定为劳动关系的关键，《指南》也从这两大视角出发，但侧重强调了实践中的具体操作标准，细化了可以重点考虑的因素。其中，（4）（5）（6）（7）往往是容易忽视的因素，《指南》的上述规定有助于为仲裁机构及法官针对未签订书面劳动合同、未缴纳社

会保险费的员工和单位之间劳动关系的确  
认提供具有操作性的指引。

## 二、雇用退休人员的关系认定更加具有灵活性

在实践中，如果累计缴纳养老保险的年限少于 15 年或未办理退休手续，劳动者将无法享有养老保险待遇。《劳动合同法》第四十四条规定，劳动者开始依法享受基本养老保险待遇的，劳动合同终止。《劳动合同法实施条例》第二十一条规定，劳动者达到法定退休年龄的，劳动合同终止。法律法规之间的冲突性规定，导致实践中，对于未享有养老保险待遇、但已达到法定退休年龄的员工，是否能够与用工单位之间建立劳动关系出现争议。

《指南》第十条对“雇用退休人员的关系认定”进行了详细解答：对于已经享受基本养老保险待遇或退休金的人员又工作的，按劳务关系处理；若因用人单位原因致使劳动者达到法定年龄未享受基本养老保险待遇的，按照劳动关系处理。

《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》（以下简称“《北京会议纪要（一）》”）第十二条关于已经享受养老保险待遇或退休金的，达到法定退休

年龄的人员工作后，按劳务关系处理的规定与《指南》一致；但在达到法定退休年龄却未享受养老保险待遇的情况处理并不一致，例如《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适用法律问题研讨会会议纪要（二）》（以下简称“《北京会议纪要（二）》”）第四十九条规定，超过法定退休年龄的农民工在工作期间发生工伤要求认定劳动关系的，应当驳回其请求，可在裁判文书中确认属于劳务关系。

相比较北京地区的审判实践，天津地区《指南》的规定有利于保护未享有退休待遇的劳动者的利益，但社会效果如何还有待进一步通过司法实践检验。

## 三、未续订书面劳动合同二倍工资差额的仲裁时效得以明确

在劳动合同到期未续订、但劳动者继续在用人单位工作，且用人单位未提出异议的情况下，劳动者对于未签订书面劳动合同而向用人单位主张二倍工资差额的仲裁时效如何计算问题，《指南》进行了明确，其第十四条规定，二倍工资作为一个整体计算仲裁时效。

而北京地区的《2014 年部分劳动争议法律适用疑难问题研讨会会议纪要》则有不同

的规定，根据其中所涉及的问题三，未订立劳动合同或未续订劳动合同二倍工资差额的仲裁时效按天起算，不再按整段起算。与该会议纪要相比，《指南》的计算方式将未续签劳动合同二倍工资差额的仲裁时效作为一个整体考量，体现了不同地区之间审判角度的不同。

#### 四、规章制度民主制定程序的认定尺度更加宽松

《劳动合同法》第四条第二款规定，用人单位在制定、修改或者决定有关劳动报酬、工作时间、休息休假、劳动安全卫生、保险福利、职工培训、劳动纪律以及劳动定额管理等直接涉及劳动者切身利益的规章制度或者重大事项时，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。该规定强调了规章制度的民主制定程序，但对于如何认定规章制度是否经过民主程序未予以明确。实践中，往往容易出现用人单位的规章制度制订和修改的民主程序不甚规范和完善的情况，在审判中是否能被认定为有效的民主程序是争议双方关注的焦点之一。

《指南》对规章制度民主程序的认定进行了细化，并对这一程序要求进行了一定程度的放宽，满足以下条件之一的，都可以

被认定为民主程序：经过职工代表大会或者全体职工的讨论协商；工会协商；职工代表协商。《指南》的上述规定尊重了客观实际，有利于引导用人单位进行切实可行的民主制定程序。

#### 五、违法解除劳动合同后的工资损失被划定了封顶线

在仲裁或诉讼中，当用人单位解除劳动合同的行为被裁判为违法而被撤销时，劳动者自违法解除之日起至仲裁/诉讼期间的工资损失的支付标准如何确定在实践中存在不同认识。《北京会议纪要（一）》第二十四条规定，（1）用人单位作出的处理决定仅因程序方面存在瑕疵而被依法撤销的，用人单位应按最低工资标准支付工资；（2）用人单位作出的处理决定因在实体方面存在问题而被依法撤销的，用人单位应按劳动者正常劳动时的工资标准支付工资。

相较于北京地区的司法实践，天津地区并不区分用人单位程序违法或实体违法，但对用人单位所支付的工资损失划定了封顶线：《指南》第二十八条规定，用人单位支付的工资损失是指用人单位违法解除劳动合同之日前劳动者十二个月的月平均应得工资，若不满十二个月则按实际工作月数计算平均工资；若工资数额高于天津市

公布的上年度职工月平均工资三倍的情况，按照职工月平均工资三倍的数额确定。

## 六、违法解除劳动合同赔偿金的计算年限分段认定

按照《劳动合同法》第八十七条规定，用人单位违反本法规定解除或者终止劳动合同的，应当依照本法第四十七条规定的经济补偿标准的二倍向劳动者支付赔偿金。由于《劳动合同法》于2008年1月1日起实施，因此在2008年之后，用人单位违法解除劳动合同时，其所应支付的赔偿金所涉及的工作年限应全部按照劳动者的工作年限计算还是仅按照2008年1月1日之后的工作年限计算，是实践中经常遇到的问题。

针对这一问题，《指南》第三十一条规定，赔偿金计算年限应当区分《中华人民共和国劳动合同法》实施前后而分别计算。《劳动合同法》实施前，是否支持劳动者提出的赔偿金的诉讼请求，应当按照当时的法律法规执行；《劳动合同法》实施后，赔偿金计算年限自用工之日起计算，最早自2008年1月1日起算。

相较之下，《北京会议纪要（一）》第二十五条规定经济补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，不再分段计算，赔偿金是以按上述规定计算出的经济补偿金为基础，再乘以2计算出赔偿金。赔偿金的计算年限自用工之日起计算。《北京会议纪要（一）》和《指南》的差异之处体现出了不同地域之间，劳动争议审判思路的不同之处。

## 七、加班事实举证责任的分配以两年为限

关于加班事实的举证责任，《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（三）》第九条规定，劳动者主张加班费的，应当就加班事实的存在承担举证责任。但劳动者有证据证明用人单位掌握加班事实存在的证据，用人单位不提供的，由用人单位承担不利后果。具体到地方实践，由何方承担举证责任以及举证的年限，仍然是仲裁和诉讼实践中难点问题之一。

《指南》第三十二条规定：劳动者有证据证明用人单位实行考勤制度，其主张考勤记录、工资台账由用人单位保存的，用人单位应当提交至少两年的考勤记录及工资台账，不能提交的应当承担不利后果。劳动者主张的两年以上的加班事实，应当提供证据予以证明。两年的起算时间为劳动者提起劳动争议仲裁之日。《指南》的上述规定，实际上有分配了用人单位在两年

之内提供证据证明劳动者不存在加班事实的举证责任之嫌。

而《北京会议纪要（一）》第十七条规定，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。劳动者与用人单位因劳动报酬问题产生争议时，在二年保存期间内，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。实际上，在北京地区，有关加班与否的基本事实的举证责任仍然被分配给了劳动者，用人单位有义务提供的仅是保存两年的工资支付记录表。

#### **八、加班费的计算基数可遵从用人单位与劳动者的约定**

关于加班费计算基数是否可以约定这一问题，不同地区有不同的审判观点。《指南》第三十三条规定，用人单位与劳动者约定了加班费计算基数，且不低于最低工资标准的，从其约定。《指南》遵从了当事人意思自治的原则，起到了平衡保护用人单位与劳动者双方利益的作用。

而北京地区的实践基本不允许双方当事人约定加班费的计算基数。尽管《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适用法律问题

的解答》第二十二项规定，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；但同时又强调，若双方同时又约定以本市最低工资标准或者低于劳动合同约定的工资标准作为加班费基数的，劳动者可以主张以劳动合同约定的工资标准作为加班费计算基数。因此，北京地区关于加班费的计算基数约定的自由度不如天津地区。

总而言之，此次《指南》的颁布和实施，可以较好的解决劳动争议案件处理过程中经常出现的问题，对天津地区的人力资源实践具有深远的影响，有利于法律职业者依照《指南》的规定，帮助用人单位和劳动者双方更好的维护合法利益。（完）

**李昭**律师曾在北京市法院从事审判工作，自 2005 年 8 月律师执业以来，曾先后在北京市中伦金通律师事务所、北京市通商律师事务所担任专职律师、合伙人，2012 年 5 月加入北京市环球律师事务所，任合伙人。

邮箱：[lizhao@glo.com.cn](mailto:lizhao@glo.com.cn)

**胡高崇**律师于 2016 年 7 月加入环球律师事务所。加入环球所之前，胡律师曾经长期在北京市海淀区人民法院从事劳动争议审判工作，担任审判长，审理逾千起劳动争议案件，案件类型涵盖终止与解除劳动合同、劳动报酬、竞业限制与服务期等相关纠纷。

邮箱：[hugaochong@glo.com.cn](mailto:hugaochong@glo.com.cn)

**陈一薇**于 2017 年 6 月加入环球律师事务所，其毕业于中国人民大学，获法学硕士学位。

邮箱：[chenyiwei@glo.com.cn](mailto:chenyiwei@glo.com.cn)

**版权.** 环球律师事务所保留对本文的所有权利。如需转载，请注明作者姓名、作者单位以及文章来源，并保证文章的完整性。

**免责.** 本文及其内容并不代表环球律师事务所对有关法律问题的法律意见，同时我们并不保证将会在载明日期之后继续对有关内容进行更新，我们不建议读者仅仅依赖于本文中的全部或部分内容进行任何决策，因此造成的后果将由行为人自行负责。如果您需要法律意见或其他专家意见，我们建议您向具有相关资格的专业人士寻求专业帮助。



微信号：[globallawoffice](https://www.glo.com.cn)