

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

释（四）（2011年8月征求意见稿）

为正确审理劳动争议纠纷案件，根据《中华人民共和国劳动法》、《中华人民共和国劳动合同法》以及《中华人民共和国劳动争议调解仲裁法》等相关法律之规定，结合民事审判实践，就适用法律的若干问题，作如下解释。

第一条【仲裁不予受理后又起诉的处理】 申请人向劳动人事争议仲裁委员会申请仲裁，劳动人事争议仲裁委员会以无管辖权为由不予受理，申请人向人民法院提起诉讼的，人民法院不予受理，应当告知其先向有管辖权的劳动人事争议仲裁委员会申请仲裁。

（劳动争议调解仲裁法第二十一条、第二十九条）

第二条【仲裁裁决类型的认定】 仲裁裁决的类型以仲裁裁决书确定的为准。

仲裁裁决书未列明裁决类型的，视为非终局裁决。用人单位不服该仲裁裁决的，有权向基层人民法院提起诉讼。

(劳动争议调解仲裁法第四十七条、第四十九条、第五十条)

第三条【审理撤销终局裁决案件的审理期限和调解】中级人民法院审理用人单位申请撤销终局裁决的案件，应当在两个月内审结。

申请撤销终局裁决案件的审理，可以采用书面审理形式。

中级人民法院可以组织双方当事人调解，达成调解协议的，制作调解书。

(劳动争议调解仲裁法第三条、第四十七条、第四十九条)

第四条【终局裁决认定主要事实错误的处理】中级人民法院审理撤销终局裁决的案件，用人单位提供了充分证据证明仲裁裁决认定的主要事实错误的，中级人民法院可以撤销该终局裁决。

(劳动争议调解仲裁法第四十七条、第四十九条)

第五条【申请确认调解协议与申请仲裁冲突的处理】用人单位和劳动者在劳动争议调解组织主持下达成的仅负有给付金钱义务的调解协议，双方当事人可以共同向劳动争议调解组织所在地基层人民法院或者它派出的法庭申请确认调解协议。

基层人民法院或者它派出的法庭作出确认决定书之前，另一方反悔向劳动争议仲裁委员会申请仲裁的，基层人民法院或者它派出的法庭应当终止确认调解协议程序，并告知当事人到劳动人事争议仲裁委员会仲裁。

（劳动争议调解仲裁法第十条、第十五条；最高人民法院关于人民调解协议司法确认程序的若干规定第二条、第八条、第九条）

第六条【计算经济补偿时工作年限的确定】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后，劳动者依照劳动合同法第三十八条规定与新用人单位解除劳动合同，或者新用人单位违法解除、终止劳动合同，原用人单位已经向劳动者支付经济补偿的，在计算新用人单位应当支付经济补偿的工作年限时，不再计算劳动者在原用人单位的工作年限。

（实施条例第十条）

第七条【规章制度的适用】劳动合同法施行后，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或者重大事项时，

未经过劳动合同法第四条规定的民主程序，不能作为人民法院审理劳动争议案件的依据。

劳动合同法施行后，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或者重大事项时，虽经民主程序但未达成一致意见，该规章制度的内容不违反法律、行政法规及政策规定，不存在明显不合理的情形且已向劳动者公示或者告知的，可以作为人民法院审理劳动争议案件的依据。

(劳动合同法第四条；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第十九条)

第八条【加班工资的计算基数】劳动者加班工资计算基数为劳动者正常工作时间工资，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。用人单位与劳动者明确约定加班工资计算基数的，从其约定，但约定的加班工资计算基数低于当地最低工资标准的，以最低工资标准作为加班费计算基数。

用人单位与劳动者虽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，可以认定用人单位已支付的工资包含加班工资，但折算后正常工作时间工资低于当地最低工资标准的，以最低工资标准作为加班费计算基数。

（实施条例第二十七条；关于工资总额组成的规定第四条、第五条、第六条）

第九条【竞业限制条款的效力】用人单位在劳动合同或者保密协议中与劳动者约定了竞业限制条款，但未约定解除或者终止劳动合同后给予经济补偿的，该竞业限制条款无效。

（劳动合同法第二十三条、第二十六条）

第十条【竞业限制条款的约束力】用人单位在劳动合同或者保密协议中与劳动者约定了竞业限制条款和经济补偿，劳动合同解除或者终止后，用人单位未按约定支付经济补偿超过一个月的，除劳动者请求继续履行的外，该竞业限制条款对劳动者不再具有约束力。

(劳动合同法第二十三条、第二十九条)

第十一条【特殊情形下竞业限制条款的约束力】用人单位在劳动合同或者保密协议中与劳动者约定了竞业限制条款和经济补偿，且有充分证据证明在劳动合同存续期间已经向劳动者支付了全部经济补偿，劳动合同解除或终止后，劳动者请求用人单位在竞业限制期限内支付经济补偿的，不予支持。

(劳动合同法第二十三条、第二十九条)

第十二条【竞业限制经济补偿的最低标准】竞业限制经济补偿数额，由双方当事人结合劳动者岗位的性质、作用与价值、同行业同级别劳动者的薪酬水平、竞业限制的期限等因素协商确定，但不得低于劳动合同履行地上一年度当地最低工资标准。低于当地最低工资标准的，按照当地最低工资标准补足。

(劳动合同法第二十三条、第二十九条)

第十三条 【违约金的调整】 劳动者违反劳动合同中约定的保密义务或者竞业限制，给用人单位造成损失的，用人单位请求劳动者支付违约金或者承担损害赔偿责任的，应予支持。

约定的违约金低于或者过分高于造成的损失，用人单位或者劳动者请求对违约金数额予以适当调整的，应当参照合同法第一百一十四条第二款、《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释(二)》第二十八条、第二十九条的规定处理。

(劳动合同法第二十三条；合同法第一百一十四条；最高人民法院关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释(二)第二十八条、第二十九条)

第十四条 【竞业限制的解除】 在竞业限制期限内，用人单位或者劳动者请求解除竞业限制约定的，应当协商一致。协商不成的，该竞业限制约定对双方当事人仍然具有约束力。

用人单位因其商业秘密或与知识产权相关的保密事项已经公开，要求解除与劳动者之间的竞业限制约定的，应当至少提前 60 日书面通知劳动者。

（合同法第九十三条；劳动合同法第二十三条）

第十五条【劳动合同解除后竞业限制条款的效力】 劳动合同存续期间，用人单位与劳动者约定了竞业限制条款，用人单位违法解除或者终止劳动合同的，该竞业限制条款对劳动者不具有约束力，但劳动者同意履行竞业限制约定的除外。

劳动合同存续期间，用人单位与劳动者约定了竞业限制条款，劳动者解除或者终止劳动合同的，该竞业限制条款对劳动者仍然具有约束力。

（合同法第六十条；劳动合同法第二十三条、第二十九条）

第十六条【劳动者和新的用人单位违反竞业限制的后果】 劳动者违反竞业限制的约定，到与原用人单位生产或者经营同类产品、从事同类业务的有竞争关系的新的用人单位工作，给原用人单位造

成损失，原用人单位有证据证明新的用人单位知道或者应当知道劳动者订立了竞业限制条款，请求劳动者和新的用人单位承担连带赔偿责任的，应予支持。

（合同法第一百零七条；劳动合同法第二十三条、第二十九条、第九十条）

第十七条【劳动合同种类的变更】劳动合同法施行后，劳动者与用人单位签订了固定期限劳动合同或者以完成一定工作任务为期限的劳动合同，在合同履行过程中，劳动者以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情形为由，请求变更为无固定期限劳动合同的，不予支持。

（劳动合同法第三条、第十四条；实施条例第十一条）

第十八条【劳动合同内容的变更】用人单位与劳动者变更劳动合同虽未采用书面形式，但用人单位与劳动者口头协商一致，双方已实际履行了变更后的合同内容，且自履行之日起六十日内未提出异议的，该变更行为有效。

(劳动合同法第三十五条)

第十九条【工会意见】用人单位建立了工会，在单方解除劳动合同时，未按照劳动合同法第四十三条规定征求工会意见，劳动者以用人单位违法解除劳动合同为由，请求用人单位支付赔偿金的，应予支持。

(劳动法第三十条；劳动合同法第四十三条、第八十七条；工会法第二十一条)

第二十条【未提前通知解除劳动合同的后果】劳动者依据劳动合同法第三十八条第一款的规定提出解除劳动合同的，应当提前三十日以书面形式通知用人单位。

劳动者未履行前款规定的程序给用人单位造成损失的，应当承担赔偿责任，但用人单位仍需支付经济补偿。

(劳动合同法第三十七条、第三十八条、第四十六条、第九十条)

第二十一条【解除权的除斥期间】用人单位有劳动合同法第三十八条规定的情形，劳动者在一年内未提出解除劳动合同的，该权利消灭。

（合同法第九十五条；劳动合同法第三十八条）

第二十二条【解除劳动合同理由不一致的后果】用人单位实际存在劳动合同法第三十八条规定的情形，但劳动者以其他理由提出解除劳动合同，后又以用人单位存在劳动合同法第三十八条规定的情形迫使其解除劳动合同为由，请求用人单位支付经济补偿的，不予支持。

（劳动合同法第三十八条、第四十六条）

第二十三条【末位淘汰的适用】劳动合同存续期间，用人单位通过“末位淘汰”或者“竞争上岗”等形式单方解除劳动合同，劳动者以用人单位违法解除劳动合同为由，请求用人单位支付赔偿金的，应予支持，但用人单位的规章制度明确规定且劳动合同明确约定实行“末位淘汰”或者“竞争上岗”等形式的除外。

(劳动合同法第八十七条)

第二十四条【混合过错导致劳动合同解除的后果】用人单位与劳动者存在混合过错，导致劳动合同解除的，劳动者请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，应当按照劳动者过错的大小，相应减少赔偿金的数额，但不得低于劳动合同法第八十七条规定的赔偿金标准的 50%。

(劳动合同法第八十七条)

第二十五条【经济性裁员】用人单位经济性裁员时未优先留用劳动合同法第四十一条第二款规定的人员，被裁减的应予优先留用的人员请求用人单位支付赔偿金的，应予支持。

(劳动合同法第四十一条、第八十七条)

第二十六条【劳动合同期满顺延的后果】

第一种意见：劳动合同期满后，因具有劳动合同法第四十二条第（一）、（三）、（四）、（六）项规定情形而续延，由此导致劳动者在同一用人单位连续工作满十年，劳动者请求确认与用人单

位之间形成无固定期限劳动合同关系的，除用人单位同意的，不予支持。

第二种意见：劳动合同期满后，因具有劳动合同法第四十二条第（一）、（三）、（四）、（六）项规定情形而续延，导致劳动者由此在同一用人单位连续工作满十年，劳动者请求确认与用人单位之间形成无固定期限劳动合同关系的，应予支持。

（劳动合同法第十四条、第四十二条、第四十五条；实施条例第十一条）

第二十七条【经营期限届满经济补偿金的支付】劳动合同法施行后，因用人单位经营期限届满不再继续经营导致劳动合同终止，劳动者请求用人单位支付经济补偿金的，不予支持。

（劳动合同法第四十四条、第四十六条）

第二十八条【涉外劳动关系的认定】外国人、台港澳居民未依法办理《外国人就业证》、《台港澳人员就业证》的，应认定有关

劳动合同无效。外国人、台港澳地区居民已经付出劳动的，由用人单位参照劳动合同约定支付劳动报酬。

外国企业常驻代表机构、台港澳地区企业驻内地代表处未通过涉外就业服务单位直接招用中国雇员的，不认定为劳动关系。

持有《外国专家证》并取得《外国专家来华工作许可证》的外国人、台港澳居民，与中国境内企业、高校等用人单位建立用工关系的，可以认定为劳动关系。

（台湾香港澳门居民在内地就业管理规定第四条；外国人入境出境管理法实施细则第四十四条；外国人在中国就业管理规定第八条；关于管理外国企业常驻代表机构的暂行规定第十一条；国家外国专家局关于加强《外国专家证》管理工作的通知；国家外国专家局关于印发《外国专家来华工作许可办理规定》等的通知）

第二十九条【发包后的主体界定】 建筑施工、矿山企业等用人单位将工程或经营权发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与具有用工主体资格的发包人之间
存在劳动关系的，不予支持。

劳动者已经付出劳动，请求实际施工人和发包人支付劳动报酬
的，应予支持。

(劳动合同法第二条、第九十三条、第九十四条；关于确立劳动
关系有关事项的通知第四条；最高人民法院关于人身侵权损害赔偿司法
解释第 11 条)