|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| **노동분쟁 사건 심리의 법률적용 문제에 관한 해답**1. <최고인민법원의 산재보험행정사건 심리의 몇가지 문제에 관한 규정>(법석[2014]9호) 제3조 제1항 제(4)호에서 언급된 '사용자', '노동사용주체로서의 자격을 구비하지 아니한 조직 또는 자연인' 및 제(5)호에서 언급된 '사업자 명의를 빌려준 업체', '개인'과 '산재로 부상•사망한 직원(인원)' 사이에 발생한 분쟁은 어떻게 처리하여야 하는가?'사용자', '사업자 명의를 빌려준 업체'와 '산재로 부상•사망한 직원(인원)' 사이의 관계는 노동관계 또는 고용관계가 아니다. '사용자', '사업자 명의를 빌려준 업체'는 오로지 산재보험 책임을 부담하는 주체이다. '노동사용주체로서의 자격을 구비하지 아니한 조직 또는 자연인', '개인'과 '산재로 부상•사망한 직원(인원)' 사이의 관계는 노동관계가 아닌 고용관계이다.사회보험행정부서가 '사용자', '사업자 명의를 빌려준 업체'와 '산재로 부상•사망한 직원(인원)' 사이에 노동관계가 성립되지 아니한다는 이유로 산재 인정 신청을 접수하지 아니하거나 산재 불인정 결정을 내림으로써 발생한 분쟁은 행정분쟁에 속한다.산재보험 책임을 부담하는 주체가 배상책임을 부담한 후 또는 사회보험 처리 담당기관이 산재보험기금으로 산재보험 대우를 지급한 후 '노동사용주체로서의 자격을 구비하지 아니한 조직 또는 자연인', '개인'에게 구상하는 것과 관련하여 발생한 분쟁은 노동분쟁에 속하지 아니한다.2. 발주업체가 노동사용주체로서의 자격을 구비한 사용자(노동사용주체로서의 자격을 구비한 조직, 개인사업자 포함)에게 용역을 발주한 후 해당 발주용역에 종사하는 근로자와 상기 주체 사이에 발생한 분쟁은 어떻게 처리하여야 하는가?용역 발주업체와 근로자 사이에 노동관계가 존재하는 경우를 제외하고, 노동사용주체로서의 자격을 구비한 용역 수주업체와 근로자 사이에 노동관계가 존재하는 것으로 인정하여야 한다.3. 농민전문합작사와 그에 의해 채용되어 일상적인 생산경영 활동에 종사하는 사원 사이에 발생한 분쟁은 어떻게 처리하여야 하는가?농민합작사의 생산경영상의 성격 및 노동사용상의 특징 등 요인을 고려하여 상황을 구분하여 엄격히 판정한다. 원(原) 노동및사회보장부의 <노동관계 확인 관련 사항에 관한 통지>에 규정된 취지에 부합하는 경우 법에 따라 농민전문합작사의 일상적인 생산경영 활동에 참여하는 사원과 해당 농민전문합작사 사이에 노동관계가 존재하는 것으로 판정하여야 한다.4. 노동관계 부존재 중재판정이 내려진 후 당사자가 쌍방 간에 노동관계가 존재한다고 주장하면서 소송을 제기하였고 이를 심사하는 과정에서 쌍방 간의 관계가 노무관계 또는 기타 법률관계에 해당되는 것으로 판명됨에 따라 당사자에게 충분하게 설명하였으나 당사자가 여전히 청구취지를 변경하지 아니하는 경우 어떻게 처리하여야 하는가?이러한 상황에서 <민사소송법> 제119조의 규정에 부합되는 경우 소송을 접수하고 청구기각 판결을 내려야 한다.5. 사용자가 근로자의 직무를 조정한 것에 대하여 어떻게 처리하여야 하는가? 사용자와 근로자가 생산경영 상황에 따라 근로자의 직무를 조정할 수 있다고 약정하였고 심사 과정에서 사용자가 그의 생산경영 상황에 변화가 발생하였음을 증명하였으며 직무조정이 합리적인 범위에 속하는 경우 사용자의 근로자 직무 조정을 지지하여야 한다.사용자와 근로자가 체결한 노동계약상에 직무 조정에 관한 약정을 두지 아니하였거나 약정이 명확하지 아니한 상황하에서 사용자가 정당한 사유에 근거하여 생산경영의 수요 따라 근로자의 직무를 합리적으로 조정하는 것은 사용자의 자주적인 노동사용 행위에 속한다. 그 합리성은 다음의 요인을 참고하여 판정하여야 한다 : 사용자의 경영상의 필요성과 목적의 정당성, 조정 후의 직무가 노동자가 능히 감당할 수 있는 직무인지 여부, 급여 등 근로조건에 불리한 변화가 있는지 여부.사용자와 근로자가 노동계약상에 직무 조정에 대하여 명확히 약정하였으나 조정방식에 대하여서는 약정하지 아니하였고 <노동계약법> 제40조에 열거된 사유가 발생하지 아니한 상황하에서 사용자가 일방적으로 근로자의 직무를 조정하는 행위는 위법행위에 해당되며 근로자에게 손실을 초래한 경우 사용자는 손실을 배상하고 원(原) 직무의 급여기준에 따라 차액을 보전하여야 한다. 근로자가 원직 복직을 주장하는 경우 실제상황에 근거하여 처리한다. 심사 결과 원직 복직이 불가능한 것으로 확인된 경우 별도의 권리 주장이 가능함을 근로자에게 설명할 수 있으며 설명이 이뤄진 후에도 근로자가 여전히 원직 복직을 주장하는 경우 그 청구를 기각할 수 있다.사용자가 직무 조정과 더불어 급여 조정도 동시에 실시하였고 근로자가 직무 조정에는 동의하나 급여 조정은 반대하는 경우 사용자느 조정 사유에 대해 설명하여야 한다. 사용자의 실제상황, 조정 후의 직무의 성격, 양 당사자의 계약서 약정내용 등을 종합적으로 고려하여 근로자의 합법적 권익 침해 여부를 판단하여야 한다.6. 사용자와 근로자가 노동계약상에 근무지를 '전국', '북경' 등으로 포괄적으로 약정하였고 노동계약 이행 과정에서 사용자가 근로자의 근무지를 조정하고자 하나 근로자가 이에 불동의하는 상황하에서 사용자가 사내규칙에 의거하여 노동계약 해지 결정을 내린 경우 그 결정을 지지하여야 하는가?사용자와 근로자가 노동계약상에 근무지를 '전국', '북경' 등으로 포괄적으로 약정하였고 사용자의 경영방식, 근로자의 직무 특성 등에 대하여 특별한 규정을 두지 아니한 경우 근무지를 불명확하게 약정한 것에 해당된다. 근로자가 노동계약 체결 후 실제 이행지에서 근무를 보고 있는 경우 양 당사자가 구체적인 근무지를 약정한 것으로 간주한다. 사용자는 근무지를 '전국', '북경'으로 약정하였다는 것을 이유로 정당한 사유 없이 근로자의 근무지를 변경하여서는 아니된다.사용자와 근로자가 노동계약상에 사용자가 일방적으로 근무지를 변경할 권리를 갖는다고 약정한 경우에도 근무지 조정의 합리성에 대하여 심사하여야 한다. 심사 시 근로자의 생활에 미쳐지는 영향을 고려하는 것 외에도 사용자가 합리적인 보상조치(교통수당, 통근차량 제공 등)를 취하였는지 여부 등 요인도 고려하여야 한다.7. 근로자가 변경된 근무지에서 실제로 계약을 이행하고 있는 상황하에서 해당 변경이 서면형식으로 이뤄지지 아니하였다는 것을 이유로 노동계약 변경의 무효를 주장하는 경우 그 주장을 지지하여야 하는가?근로자가 변경된 근무지에서 실제로 계약을 이행하고 있는 상황하에서 해당 변경이 서면형식으로 이뤄지지 아니하였다는 것을 이유로 노동계약 변경의 무효를 주장하는 경우 <최고인민법원의 노동분쟁 사건 심리의 법률적용 문제에 대한 해석(4)> 제11조 규정을 적용하여 처리한다.8. 사용자가 노동계약을 불법 해지 또는 종료한 후 근로자가 노동계약의 계속 이행을 요구하는 경우 어떻게 처리하여야 하는가?근로자가 노동계약의 계속 이행을 요구하는 경우 일반적으로 그 요구를 지지하여야 한다. 중재 과정에서 노동계약의 계속 이행이 불가능한 것으로 확인된 경우 근로자에게 충분하게 설명하고 그의 청구취지를 노동계약의 계속 이행을 요구하는 것에서 사용자에게 노동계약 불법 해지에 따른 배상금 지급을 요구하는 등으로 변경하도록 고지하여야 한다. 충분한 설명이 이뤄졌음에도 불구하고 근로자가 여전히 노동계약의 계속 이행을 요구하는 경우 근로자의 소권을 존중하여야 하며 근로자의 청구를 기각하고 사용자의 노동계약 불법 해지에 따른 배상금 지급 등을 별도 주장하도록 근로자에게 고지하여야 한다. 충분한 설명이 이뤄진 후 근로자가 청구취지를 사용자의 노동계약 불법 해지에 따른 배상금 지급 등으로 변경하는 경우 심리를 계속하여야 한다.소송 과정에서 노동계약의 계속 이행이 불가능한 것으로 확인된 경우 근로자의 청구를 기각하고 사용자의 노동계약 불법 해지에 따른 배상금 지급 등을 별도 주장할 수 있음을 근로자에게 고지하여야 한다.9. 사용자가 노동계약을 불법 해지 또는 종료한 후 근로자가 노동계약의 계속 이행을 요구하는 상황하에서 '노동계약의 계속 이행이 불가능한' 것으로 인정할 수 있는 상황으로는 어떤 것들이 있는가?다음 각 호의 경우 노동계약의 계속 이행이 불가능 한것으로 판정한다. (1) 사용자가 법에 따라 파산을 선고받았거나 영업집조를 취소당하였거나 폐쇠•취소 명령이 내려졌거나 사용자가 해산을 결정한 경우; (2) 중재 또는 소송 진행 과정에서 근로자가 법에 정해진 정년퇴직 연령에 도달한 경우; (3) 노동계약이 중재 또는 소송 진행 과정에서 만기종료되었고 <노동계약법> 제14조에 규정한 비고정기간 노동계약 체결 사유가 존재하지 아니하는 경우; (4) 근로자의 원(原) 직무가 사용자의 정상적인 업무 전개에 있어 비교적 강한 대체불가성과 유일성이 있고(예를 들어 총경리, 재무책임자 등) 근로자의 원(原) 직무가 이미 타인에 의해 대체되었 으며 신규 직무에 대해서도 양 당사자가 합의를 달성하지 못한 경우; (5) 근로자가 이미 다른 직장에 취직한 경우; (6) 중재 또는 소송 진행 과정에서 사용자가 근로자에게 복직통보서를 송달하여 계속 근무할 것을 요구하였으나 근로자가 그 요구를 거절한 경우; (7) 노동계약을 계속 이행할 수 있는 조건이 현저히 결여되는 것으로 판단되는 기타의 경우.사용자가 근로자의 원(原) 직무가 타인에 의해 대체되었다는 것을 유일한 이유로 항변하는 경우 '노동계약의 계속 이행이 불가능'한 것으로 인정하는 것은 적절하지가 않다.10. 근로자와 사용자 사이에 노동계약 해지 여부에 관한 분쟁이 발생하여 근로자가 노동계약의 계속 이행을 요구한 상황하에서 원(原) 사용자가 타사가 근로자를 위하여 사회보험료를 납부한 증빙을 제출하였고 이에 근거하여 근로자와 타사 사이에 이미 노동관계가 성립되었다고 주장하는 경우 사회보험료 납부기록을 근로자와 타사 사이의 노동관계 성립을 인정하는 근거로 사용할 수 있는가? 아울러 이러한 상황이 근로자와 사용자 간의 '노동계약 계속 이행이 불가능'한 상황에 해당되는가? 사회보험료 납부기록만으로 근로자와 타사 사이에 노동관계가 성립되었다고 인정하여서는 아니된다. 단, 입증책임이 근로자에게로 전환되어 근로자가 본인과 타사 사이에 노동관계가 성립되지 아니하였음을 증명하여야 한다. 근로자가 반대의 증거를 제출하지 못하는 경우 타사가 그를 위하여 사회보험료를 납부한 기록에 근거하여 근로자와 원(原) 사용자 간의 '노동계약 계속 이행이 불가능' 한 것으로 인정하여야 한다. 타사가 사건의 당사자가 아닌 경우 타사가 근로자를 위하여 사회보험료를 납부한 기록은 오로지 '노동계약의 계속 이행 불가능'을 판정하는 근거가 될 뿐 이에 근거하여 근로자와 타사 사이에 노동관계가 성립된 것으로 판정하여서는 아니된다. 11. 사용자가 <노동계약법> 제39조 제1항의 규정에 의거하여 노동계약을 해지한 경우 어떻게 처리하여야 하는가?사용자는 근로자 채용 시 근로자에게 채용 자격조건을 명확하게 고지하여야 하며 노동계약을 해지하는 경우 근로자에게 계약해지의 이유와 법률근거에 대하여 설명하여야 한다.사용자가 근로자에게 채용조건을 명확하게 고지한 사실을 증명하였으며 이와 더불어 해당 증거를 제출하여 수습기간 중에 근로자가 채용 자격조건 미달이 확인되었음을 증명한 경우 <노동계약법> 제39조 제1항의 규정에 따라 노동계약을 해지할 수 있다.근로자의 채용 자격조건 부합 여부를 판정함에 있어 수습기간에 대하여 수습기간 만기 후보다 적당히 완화된 기준을 적용할 수 있다. 다음 각 호의 경우 근로자가 채용 자격조건을 충족시키지 못한 것으로 판정한다. (1) 조작된 학력증명서류•신분증•여권 등 중요한 증명서류를 제출하거나 학력•지식•기능•실적•건강상태 등 본인의 상황에 대하여 사실과는 크게 다르게 설명하는 것을 비롯하여 근로자가 신의성실 원칙을 어기고 노동계약의 이행에 영향을 미치는 본인의 기본상황을 은폐 또는 조작한 경우; (2) 수습기간 중에 업무 실수가 발생한 경우(업무 실수에 대한 인정은 노동법 관련 규정, 사용자의 사내규칙 및 양 당사자가 계약서에 약정한 내용을 기준으로 하여 판단); (3) 근로자가 수습기간 중에 사용자의 채용 자격조건에 대한 평가를 통과하지 못한 것으로 간주하기로 양 당사자가 약정한 기타의 경우. 12. <노동계약법> 제40조 제3항에 규정된 '노동계약 체결 당시 의거한 객관적 상황의 중대한 변화'에 해당되는 상황은 어떠한 것들이 있는가?'노동계약 체결 시 의거한 객관적 상황의 중대한 변화'라 함은 노동계약이 체결된 후 노동계약 체결 당시 사용자와 근로자가 예견할 수 없는 변화가 발생함으로써 양 당사자가 체결한 노동계약의 전부 또는 일부 조항이 이행 불가능하게 되었거나 또는 노동계약을 계속 이행하는 경우 현저히 불공평하여 계약목적을 달성할 수 없게 된 경우를 지칭한다. 다음 각 호의 경우 '노동계약 체결 당시 의거한 객관적 상황의 중대한 변화'에 해당된다. (1) 지진, 화재, 홍수 등 자연재해로 인하여 형성된 불가항력; (2) 법률, 법규, 정책의 변화로 인한 사용자의 사업장 이전, 자산 이전 또는 생산중지, 생산전환, 체제전환 등 중대한 변화; (3) 특허경영 성격을 갖고 있는 사용자의 경영범위 등에 변화가 발생한 경우.13. 사내규칙에 명확히 규정되어 있지 아니하고 노동계약에도 명확히 약정되어 있지 아니하는 상황하에서 근로자가 노동기율 및 직업도덕을 중대하게 위반한 경우 사용자는 노동계약을 해지할 권리가 있는가?<노동법> 제3조 제2항에 '근로자는 노동기율 및 직업도덕을 준수하여야 한다'고 규정되어 있다. 이 규정은 근로자에 대한 기본적인 요구사항이기 때문에 사내규칙에 명확히 규정되어 있지 아니하고 노동계약에도 명확히 약정되어 있지 않다 하더라도 근로자가 노동기율 또는 직업도덕을 중대하게 위반하는 경우 사용자는 <노동법> 제3조 제2항의 규정에 의거하여 해당 근로자와의 노동계약을 해지할 권리가 있다.14. <노동계약법> 제38조에 규정된 사유에 해당되지 아니하는 상황하에서 근로자가 계약기간이 만기되기 전에 노동계약을 해지한 후 사용자가 정상적인 근로보수•복지 이외의 경제적인 특별대우에 관한 약정의 계속 이행을 거부하거나 근로자에게 정상적인 근로보수•복지를 제외한 경제적인 특별대우의 반환을 청구하는 경우 어떻게 처리하여야 하는가? 사용자가 근로자에게 정상적인 근로보수 이외에 자동차•주택•주택수당 등 경제적인 특별대우를 추가적으로 지급하기로 약정하였고 특수대우와 근무기한의 연관성에 대해서도 양 당사자가 명확하게 약정한 경우 그 약정에 따른다. 특수대우와 근무기한의 연관성에 대한 명확한 약정은 없지만 사용자가 근로자의 근무기한에 기하여 근로자에게 특별대우를 지급한 것으로 판명이 가능한 경우 사용자는 근로자가 미이행한 계약 부분과 대응되는 특별대우의 지급을 거부할 수 있으며 사전에 이미 지급이 이뤄진 경우에는 해당 비율에 따라 반환을 청구할 권리가 있다.15. 근로자와 사용자 사이에 실제로 전일제 노동관계가 형성되었으나 비전일제 노동계약을 체결한 경우 사용자는 근로자에게 노동계약 미체결에 따른 2배 급여의 차액을 지급할 의무가 있는가?근로자가 이미 사용자와 계약을 체결한 상황하에서 노동계약 미체결에 따른 2배 급여의 차액을 주장하는 경우 이를 지지하지 아니한다. 심리 과정에서 전일제 노동관계와 비전일제 노동관계를 구분하는데 주의를 기함으로써 근로자의 실질적인 권리를 충분히 보장하여야 한다.16. 2차 고정기간 노동계약이 만기된 후 사용자가 노동계약 종료를 통보한 것에 대하여 근로자가 사용자에게 노동계약 불법 종료에 따른 배상금을 주장하는 경우 이를 지지하여야 하는가?근로자에게 <노동계약법> 제39조 및 제40조 제1항, 제1항 해당 사유가 없는 상황하에서 사용자가 2차 고정기간 노동계약이 만기된 후 바로 노동계약(관계)의 종료를 통보하는 것은 <노동계약법> 제14조 제2항 제(3)호의 규정에 어긋나는 바 사용자의 노동계약(관계) 불법 종료로 판정하여야 한다. 근로자가 노동계약 불법 종료에 따른 배상금을 주장하는 경우 그 주장을 지지하여야 한다. 17. 근로자가 <노동계약법>에 규정된 비고정기간 노동계약 체결 조건을 충족시키는 상황하에서 사용자와 고정기간 노동계약을 체결 한 후 비고정기간 노동계약으로의 변경을 요구하는 경우 어떻게 처리하여야 하는가? 근로자가 사용자와 고정기간 노동계약을 체결한 후 비고정기간 노동계약으로의 변경을 요구하는 경우 그 요구를 지지하지 아니한다. 단, 사용자가 사기•협박 행위를 행하였거나 상대방이 위급한 상황에 처한 점을 이용하였다는 사실을 증명하는 증거가 있을 경우에는 예외로 한다.18. 근로자의 연차유급휴가 일수 산정방법은? <종업원 연차유급휴가조례>의 규정에 따라 누계 근무연수가 1년 이상 10년 미만인 근로자는 5일의 연차휴가를 누릴 수 있고; 누계 근무연수가 10년 이상 20년 미만인 근로자는 10일의 연차휴가를 누릴 수 있으며; 누계 근무연수가 20년 이상인 근로자는 15일의 연차휴가를 누릴 수 있다. 그 중에서 '누계'라 함은 근무시간의 합계를 뜻하며 중단된 시간은 공제된다. 직장에서의 최초 1년의 근무시간 '누계'는 <기업 종업원 연차유급휴가 실시방법>에 규정된 '12개월 연속 근무'를 기준으로 확정한다. '12개월 연속 근무'라 함은 근로자가 직장 생활을 시작한 후 동일 또는 두개 이상의 직장에서 중단되지 않고 연속하여 12개월 근무한 경우를 지칭한다.근로자가 직장 생활을 시작한 후 '12개월 연속 근무'한 경력이 있는 경우 그 이후부터 연차유급휴가 일수는 당해 연도에 사용자가 제공한 직장에서 이미 근무한 시간에 따라 산정한다.사용자가 근로자에게 연차휴가의 일부를 지급하지 아니한 경우 근로자가 당해 연도에 근무한 시간에 따라 근로자에게 지급되어야 하는 연차휴가 일수를 환산하여 연차휴가미사용수당을 지급한다. 단, 환산 후 1일 미만인 부분에 대하여서는 연차휴가미사용수당을 지급하지 아니한다. 연차휴가미사용일수 환산방법 : 당해 연도에 해당 직장에서 이미 근무한 일수 ÷ 365일 × 당해 연도에 해당 근로자에게 지급되어야 하는 연차휴가 일수 － 당해 연도에 이미 사용한 연차휴가 일수.19. 근로자가 사용자에게 미사용 연차유급휴가에 대한 수당 지급을 요구하는 경우 어떻게 처리하여야 하는가? 근로자에게 지급되어야 하나 지급되지 아니한 연차휴가 일수에 대하여 사용자는 해당 근로자 1일 임금의 300%에 따라 수당을 지급하여야 한다. <노동분쟁 조정중재법> 제27조 제1항 규정에 따를 때 근로자가 연차휴가미사용수당 중의 법정(法定) 보상금(200% 복지 부분)을 청구하는 중재를 신청할 수 있는 시효는 1년이다. 중재신청시효는 당사자가 본인의 권리를 침해당한 사실을 인지한 날 또는 응당히 인지하였을 날부터 기산한다. 집중적으로 사용할 수도 있고 나누어 사용할 수도 있으며 다음 연도로 이월하여 사용할 수도 있다는 연차휴가의 특성을 고려하여 해당 연도의 연차유급휴가미사용수당 지급시기는 다음 연도의 12월 31일부터 기산한다.20. 연차유급휴가미사용수당의 지급이 이뤄지지 아니한 상황하에서 근로자가 <노동계약법> 제38조의 '근로보수를 제때에 전액 지급하지 않은 경우'에 해당된다는 이유로 노동계약 해지 및 경제보상금 지급을 요구하는 경우 어떻게 처리하여야 하는가? 근로자가 사용하지 않은 연차휴가에 대하여 사용자는 <종업원 연차유급휴가조례> 제5조의 규정에 따라 근로자 1일 임금의 300%에 따라 연차유급휴가미사용수당을 지급하여야 한다. 정상적으로 지급되는 근로보수, 시간외근무수당과는 달리 연차유급휴가미사용수당에는 정상근무 시 지급되는 급여(100% 부분)와 법정(法定) 보상금(200% 부분)이 포함되어 있다. <종업원 연차유급휴가조례>의 취지가 근로자의 휴식•휴가의 권리를 보호하기 위한 것이라는 점을 고려할 때 근로자가 연차유급휴가미사용수당 중의 법정(法定) 보상금(200% 부분) 지급이 이뤄지지 아니하였다는 것을 이유로 노동계약 해지를 주장하는 상황에서 사용자가 '근로보수를 제때에 전액 지급하지 아니한 경우'에 해당된다고 판단하는 것은 적절하지가 않다.21. 사용자가 근로자에게 지급하는 급여의 산정기준은 어떤 원칙에 따라 확정하여야 하는가?(1) 근로자가 응당히 취득하여야 하는 월급여와 실수령 월급여의 가장 주요한 차이점은 제반 공제금과 비용에 있는 바 응당히 취득하여야 하는 급여에는 개인이 부담하는 사회보험료, 세금•비용 등이 포함되어 있다. 사회보험료, 세금•비용에 대하여 사용자가 부담하는 것은 대리납부 의무일 뿐 근로자의 세금 납부는 세무기관이 책임지고 사회보험료 납부는 사회보험기구가 책임진다. 심리 과정에서 일반적으로 근로자가 응당히 취득하여야 하는 급여에 따라 급여기준을 확정한다.(2) 사용자와 근로자가 노동계약에 급여기준을 약정한 경우 그 약정을 기준으로 한다. 노동계약상에 급여기준에 대한 약정이 없는 경우에는 집단계약에 약정한 급여기준에 따라 확정한다. 노동계약, 집단계약 모두 급여기준에 대한 약정을 두지 아니한 경우 근로자 본인이 정상 노동 시 실제로 지급되는 급여기준에 따라 확정한다. 본 항에 따라 확정한 급여기준은 북경시의 최저급여기준보다 낮아서는 아니된다.(3) '2배 급여'의 급여기준을 산정함에 있어 기본급여, 직책수당, 직무수당, 근속수당, 직급수당 등 월단위로 지급되는 급여 구성항목은 연속성, 안정성의 특징이 있고 금액 또한 상대적으로 고정되어 있으며 근로자가 정상 노동 시 응당히 취득하여야 하는 급여에 속하기 때문에 노동계약 미체결에 따른 2배 급여의 차액 계산기준에 포함시켜야 하며 비정기적으로 지급되는 성과급, 상여금은 일반적으로 노동계약 미체결에 따른 2배 급여의 차액 계산기준에 포함시키지 아니한다.(4) 노동계약 해지 전 12개월 근로자의 월평균급여 산정 시 시간급 또는 능률급과 상여금•수당 및 보조금 등 현금성 소득을 포함시켜야 한다. 또한 정상 근무시간에 대하여 지급한 급여뿐만 아니라 근로자의 연장 근무시간에 대하여 지급한 시간외근무수당도 포함시켜야 한다. 근로자가 취득하여야 하는 연말 상여금 또는 연말에 추가로 지급된 급여(雙薪)는 급여기준 산정 시 해당연도의 12개월로 균등하게 배분하여야 한다. <노동계약법> 제47조에 규정된 경제보상금 산정 시 기준하는 월급여 기준은 <노동계약법> 제27조의 규정에 따라 확정한다. <노동계약법> 제27조에서 언급된 '응당히 취득하여야 하는 급여'에는 개인이 납부하는 사회보험료, 주택공적금 및 소득세가 포함된다.(5) 근로자가 실제로 수령한 급여에서 당월 시간외근무수당을 공제한 후의 액수가 북경시의 최저급여기준에 미치지 못한 경우 북경시의 최저급여기준에 따라 집행한다.22. 근로자의 시간외근무수당 산정기준은 어떻게 확정하여야 하는가?근로자의 시간외근무수당 산정기준은 법정(法定) 근무시간 내에서 근로자가 정상 노동 제공 시 응당히 취득하여야 하는 급여에 따라 확정하며 근로자에게 지급되는 시간외근무수당은 익월의 시간외근무수당 산정기준에 산입되지 아니한다. 구체적으로는 다음과 같다.(1) 사용자와 근로자가 노동계약상에 시간외근무수당 산정기준을 약정한 경우 그 약정을 기준으로 한다. 이와 더불어 양 당사자가 북경시 최저급여기준 또는 노동계약에 약정된 급여기준보다 낮은 액수를 기준으로 시간외근무수당을 산정하기로 약정한 상황하에서 근로자가 노동계약에 약정된 급여기준에 기준하여 시간외근무수당을 산정할 것을 주장하는 경우 그 주장을 지지하여야 한다.(2) 근로자가 정상 노동을 제공한 상황하에서 실제로 지급되는 급여기준이 기존의 약정 급여기준을 초과한 경우 양 당사자가 계약에 약정된 급여기준을 변경한 것으로 간주할 수 있으며 실제로 지급된 급여기준에 기준하여 시간외근무수당을 산정한다. 실제로 지급된 급여기준이 계약에 약정된 급여기준에 미치지 못하였고 양 당사자가 계약에 약정된 급여기준을 변경한 것으로 인정이 가능한 경우 실제로 지급된 급여기준에 기준하여 시간외근무수당을 산정한다.(3) 노동계약에 급여 액수에 대한 약정을 두지 아니하였거나 약정이 불명확한 경우 실제로 지급되는 급여를 기준으로 산정하여야 한다. 사용자가 월단위로 근로자에게 직접적으로 지급하는 급여, 상여금, 수당, 보조금 등은 모두 실제로 지급되는 급여에 속하며 구체적으로는 국가통계국의 <<급여총액 구성에 관한 규정>의 구체적인 범위에 대한 해석>에 규정된 '급여총액'의 구성부분을 포함한다. 시간외근무수당 산정기준에는 '기본급여', '직책수당' 등 모든 급여항목이 포함되어야 한다. '기본급여', '직책수당' 또는 '직무수당' 등 하나의 급여항목만을 기준으로 시간외근뭇당을 산정하여서는 아니된다. 실제로 지급되는 급여를 기준으로 시간외근무수당을 산정하는 경우 시간외근무수당(직전월), 식비보조금 등은 공제하여야 하며 시간외근무수당 산정기준에 포함시켜서는 아니된다. 국가의 관련부서가 급여 구성에 관한 규정을조정하는 경우 조정된 규정에 따라 집행한다.(4) 근로자에게 지급되는 당월분 상여금이 '근로자의 정상 근무시간에 대한 급여•근로보수' 성격을 가진 경우 급여 구성부분에 속한다. 근로자의 당월분 급여와 당월분 상여금의 지급시기가 다른 경우 양자를 합한 금액을 기준으로 시간외근무수당을 산정하여야 한다. 사용자가 월별, 분기별로 지급하지 아니하는 상여금은 실제상황에 근거하여 시간외근무수당 산정기준에 포함시켜야 하는지를 판단하여야 한다.(5) 근로자의 일평균 급여와 시간당 평균 급여 확정 시 원(原) 노동및사회보장부의 <종업원 연간 월평균 근무시간 및 급여 환산 문제에 관한 통지> 규정에 따라 매월의 근무시간을 21.75일 및 174시간으로 하여 환산하여야 한다.(6) 종합근무시간제를 시행하는 사용자가 분기 도는 연도를 하나의 주기로 종합근무시간을 산정하는 경우 종합주기 내의 월평균 급여를 기준으로 시간외근무수당을 산정하여야 한다.23. 근로자가 두개 이상의 직장에서 근무하였고 그 중 하나의 사용자가 근로자를 위하여 양로보험료를 납부하지 아니하였으나 기타 사용자가 납부한 누계 연수가 정년퇴직 수속 처리 조건에 부합되는 상황하에서 근로자가 정년퇴직 연령 도달 후 양로보험료 보충납부가 불가능함을 고지받음으로써 양로보험금 배상을 청구하는 소송을 제기한 경우 그 청구를 지지하여야 하는가?하나 또는 그 이상의 사용자가 정년퇴직 수속 처리 조건에 부합되는 근로자를 위하여 양로보험료를 납부하지 않았음으로 인하여 그의 양로보험금 액수에 영향이 초래된 경우는 양로보험 대우를 누릴 수 없는 상황에 해당되지 않기 때문에 <민사소송법> 제119조 제(4)호의 규정에 부합되지 않는다는 이유로 근로자의 기소를 각하하여야 한다.24. 사용자가 법에 따라 사회보험료를 납부하지 아니하였다는 것을 이유로 근로자가 노동계약 해지 및 경제보상금을 요구하는 경우 어떻게 처리하여야 하는가?근로자가 노동계약 해지를 요구하기 전 1년 내에 사용자의 귀책사유로 인하여 근로자를 위한 사회보험 계좌를 개설하지 아니하였거나 사회보험 계좌를 개설한 후 일부 사회보험 종목의 사회보험료를 납부하지 아니한 상황이 존재하여 근로자가 <노동계약법> 제38조의 규정에 의거하여 사용자가 그를 위하여 사회보험료를 납부하지 아니하였다는 것을 이유로 노동계약 해지 및 경제보상금을 요구하는 경우 일반적으로 그 요구를 지지하여야 한다.사용자가 이미 근로자를 위하여 모든 보험종목을 포함한 사회보험 계좌를 개설하였으나 보험료 납부연수가 부족하다거나 보험료 납부기준이 낮은 등 문제가 존재하는 경우 근로자의 사회보험 권익은 사용자가 보충납부하거나 사회보험관리부서가 강제 추징하는 방식으로 실현할 수 있으며 이러한 상황하에서 근로자의 노동계약 해지 및 경제보상금 주장 일반적으로 지지하지 아니한다.25. 근로자가 사용자에게 사회보험료를 납부하지 않을 것을 요구한 후 사용자가 사회보험료를 납부하지 아니하였다는 것을 이유로 노동계약 해지 및 경제보상금을 주장하는 경우 그 주장을 지지하여야 하는가?법에 따라 사회보험료를 납부하는 것은 <노동법>에 정해진 사용자와 근로자의 법정(法定) 의무이다. 근로자가 사용자에게 본인의 사회보험료를 납부하지 않을 것을 요구하였다 할지라도 근로자가 <노동계약법> 제38조의 규정에 따라 경제보상금을 주장하는 경우 여전히 그 주장을 지지하여야 한다. 26. <산재보험조례> 제39조에 규정된 근로자 산재사망 배상금을 지급받을 수 있는 근친의 범위는? 근로자 산재사망 배상금은 근친들에게 어떻게 배분하여야 하는가?<상속법>상의 상속인 범위와는 달리 <산재보험조례>상의 근친은 배우자, 부모, 자녀, 형제자매, 조부모, 외조부모, 손자•손녀, 외손자•외손녀 및 기타 부양관계에 있는 친족을 포함하고 있다. <산재보험조례> 제39조는 '부양친족 위로금은 근로자 급여의 일정 비율을 기준으로 산재로 사망한 근로자가 생전에 생활비를 부담해 온 노동능력이 없는 친족에게 지급한다'고 규정하였으며 아울러 '부양친족의 구체적인 범위는 국무원 사회보험행정부서가 규정한다'고 규정하였다. 구체적으로는 원(原) 노동및사회보장부의 <산재로 사망한 근로자의 부양가족 범위에 관한 규정>에 따라 인정할 수 있다.부양친족 위로금을 제외한 기타 근로자 산재사망 배상금의 수령 순위는 <상속법>상의 법정(法定) 상속순위를 참조하여 고려할 수 있다. 북경시고급인민법원북경시노동인사분쟁중재위원회2017년 4월 24일 |  | **关于审理劳动争议案件法律适用问题的解答**1、《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“因工伤亡职工（人员）”之间产生争议，如何处理？ “用工单位”、“被挂靠单位”与“因工伤亡职工（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“因工伤亡职工（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“因工伤亡职工（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。 2、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。 3、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《关于确认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。 4、仲裁裁决不存在劳动关系的情况下，当事人以双方存在劳动关系为由提起诉讼，经审查发现双方之间存在劳务关系或其他法律关系，经释明后当事人不变更诉讼请求的，如何处理？在此种情况下，只要符合《民事诉讼法》第一百一十九条的规定，应予受理并判决驳回当事人的诉讼请求。 5、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。 6、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。 7、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若干问题的解释（四）》第十一条的规定处理。 8、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等的，应当继续处理。在诉讼中发现确实无法继续履行劳动合同的，驳回劳动者的诉讼请求，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。 9、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。 10、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。 11、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。 12、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。 13、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。 14、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。 15、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。 16、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。 17、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。 18、如何计算劳动者享受带薪年休假的时间？《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。 19、劳动者要求用人单位支付未休带薪年休假工资的，如何处理？对劳动者应休未休的年休假天数，单位应当按照该职工日工资收入的300%支付年休假工资报酬。劳动者要求用人单位支付其未休带薪年休假工资中法定补偿（200%福利部分）诉请的仲裁时效期间应适用《劳动争议调解仲裁法》第二十七条第一款规定，即劳动争议申请仲裁的时效期间为一年。仲裁时效期间从当事人知道或者应当知道其权利被侵害之日起计算。考虑年休假可以集中、分段和跨年度安排的特点，故劳动者每年未休带薪年休假应获得年休假工资报酬的时间从第二年的12月31日起算。 20、劳动者因用人单位不支付未休年休假工资，而依据《劳动合同法》第三十八条“未及时足额支付劳动报酬”的规定要求解除劳动合同并支付经济补偿，如何处理？劳动者未休年休假，根据《职工带薪年休假条例》第5条规定，用人单位按职工日工资收入300%支付年休假工资报酬。支付未休年休假的工资报酬与正常劳动工资报酬、加班工资报酬的性质不同，其中包含用人单位支付职工正常工作期间的工资收入（100%部分）及法定补偿（200%部分）。《职工带薪年休假条例》在于维护劳动者休息休假权利，劳动者以用人单位未支付其未休带薪年休假工资中法定补偿（仅200%部分）而提出解除劳动合同时，不宜认定属于用人单位“未及时足额支付劳动报酬”的情形。 21、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金、税费等。对于社会保险金、税费，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，社会保险金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工资确定。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）在计算劳动者解除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，还包括劳动者延长工作时间的加班费。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。《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和住房公积金以及所得税。（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。 22、如何确定劳动者加班费计算基数?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。 23、劳动者先后曾在几家用人单位工作，其中的一家用人单位没有为其缴纳过养老保险，但是劳动者在其他单位的累计缴费年限已经符合办理退休的条件。劳动者达到法定退休年龄时被告知无法补缴养老保险，劳动者起诉要求赔偿养老金差额能否支持？由于劳动者符合办理退休的条件，只是因其中的一家或几家用人单位未为其缴纳养老保险影响了其养老金水平，不属于无法享受养老保险待遇的情形，不符合《民事诉讼法》第一百一十九条第四项的规定，应裁定驳回劳动者的起诉。 24、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。 25、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。 26、哪些近亲属可以享受《工伤保险条例》第三十九条规定中劳动者的工亡赔偿待遇？近亲属间如何分配劳动者的工亡赔偿待遇？《工伤保险条例》规定的近亲属的范围不同于《继承法》的继承人范围。《工伤保险条例》规定的近亲属应包括配偶、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。依据《工伤保险条例》第三十九条规定“供养亲属抚恤金按照职工本人工资的一定比例发给由因工死亡职工生前提供主要生活来源、无劳动能力的亲属”。“供养亲属的具体范围由国务院社会保险行政部门规定”，具体认定可按原劳动和社会保障部《因工死亡职工供养亲属范围规定》执行。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《继承法》中法定继承顺位考虑。北京高院北京市劳动人事争议仲裁委员会二〇一七年四月二十四日　　　 　　 |