



企业劳动合规 百问百答

金杜律师事务所 著

金杜律师事务所
KING & WOOD
MALLESONS

 威科 Wolters Kluwer

卷首语

在互联网经济蓬勃发展的大背景下，企业商业模式及业态的发展转换、经济形态的变迁以及人工智能等技术的渗入，催生了日益丰富多样的用工场景，但随之而来的劳动关系的复杂性和灵活性，也给用人单位人力资源管理带来新的考验和挑战，对用工管理的合规性提出了更高的要求。在劳动法视野下，如何应对新的用工形势、完善用工管理合规体系，找寻用人单位自身利益和员工合法权益的平衡点，以更好地满足对灵活用工与规范用工的需求，是近年来理论界和实务界共同关注的话题。金杜律师事务所（“**金杜**”或“**我们**”）劳动法团队一直关注劳动前沿法律动态和实践发展，伴随中国劳动法律立法及司法发展进程，与我们的客户共同成长。一方面，我们持续积极参与立法、法律实践和法学研究，与政府机构、法学研究机构和人力资源研究机构密切合作，及时、准确把握最新立法及司法实践动态，深刻理解客户在商业环境中的不同需求和目标，为客户提供更为及时和行之有效的劳动法律服务。另一方面，我们在劳动与就业领域积累了大量的实务经验，为客户就各类劳动法问题提供兼具法律合规性和商业操作性的意见，并结合自身参与的诉讼与非诉项目的具体实践，撰写大量劳动法有关法律问题与实践经验的文章。

在金杜成立 30 周年之际，我们特别携手威科先行团队，针对当前用人单位最为关注的劳动法热点问题收集、整合和归纳，尝试通过多年来团队积累的实务经验，提出对相关问题的回答及实务思考。我们所回应的问题涵盖员工入职、在职、离职的整个流程，以及员工个人信息保护及数据等新兴领域；我们给出的参考意见既有对法律规定的描述，也有对实务难题和司法实践口径的解析，力图以简洁明快的问答形式向读者呈现解决问题的关键要点。

我们希望《企业劳动合规百问百答》能够为企业人力资源及法务人员的日常工作提供一些帮助，并为用人单位的劳动用工管理提供有益的参考和支持。

《企业劳动合规百问百答》的编纂，是金杜与威科先行团队在劳动法板块的又一次深度合作，威科先行团队提供了许多有益的建议和帮助，金杜在此表示衷心感谢！

梁燕玲、陆慧文

金杜律师事务所

二零二三年十一月十四日

序言

劳动关系的建构是一个涉及社会多方面的系统性问题。当前，劳动关系正发生着深刻变化，不论是产业结构升级转型所催生的新常态，还是周期性波动经济形势下涌现的新矛盾，都为劳资关系带来了新挑战。

面对日趋复杂的发展环境，国家积极调整劳动与社会保障制度，引入灵活用工政策，扩大社会保险覆盖面，对接国际劳工标准，全力构建和谐稳定的劳动关系。同时，为推进劳动法裁判尺度的统一，近几年最高人民法院出台了新的劳动争议案件司法解释、发布了诸多指导案例；各地法院也通过发布裁判指引、典型案例等形式，推进劳动法律适用的规范化。上述改革举措既守住了居民就业和基本民生的社会底线，也为企业“松绑减负”并提供了更多的用工模式选择，激发了国内市场新活力。在几方面的政策目标共同作用下，劳动关系的定性与调整所依赖的制度规则也悄然发生着变化。在坚持守住基本原则不动摇的基础上，劳动法律制度正积极拥抱新型劳动形态和劳资双方需求的新发展，在为企业抓住历史新机遇、经济新动能提供支撑的同时，也对企业劳动用工合规提出了更高要求，对此，企业需要给予积极响应。

针对发展进程中不确定难预料因素增多、劳动法规政策推陈出新的现实情况，企业应把问题想在前，把工作做在前头，加强风险防控，完善用工制度，定期对劳动合规情况进行检查和评估，发现并消除潜在的风险因素。一方面，要对标法规要求、抓住政策机遇，重点完善招聘、培训、考核、奖惩、离职等各环节内部规章和合规制度，规范各方的行为，保障各方的利益；另一方面，也要培育人力资源管理人员的风险意识，开展合规培训，增强企业预防纠纷、调处争议的能力。其中最为首要的，是在妥适的合规指引下，把握劳动法律政策的最新动向。

顺应企业劳动合规的急切需求，金杜劳动法团队倾情推出本《企业劳动合规百问百答》，以“短平快”的形式回应企业管理实务中面临的难题，为目前用工合规管理方面屈指可数的实务书籍领域带来一阵新风。

金杜劳动法团队在劳动与社会保障领域一直具有丰富的专业知识和系统化的经验，此次金杜劳动法团队编写的《企业劳动合规百问百答》，针对企业在员工人力资源管理全流程和员工福利待遇等传统用工领域的难点问题，以及数字经济背景下特殊用工形式和员工个人信息保护等新型用工领域的热点问题，进行了深入分析和回应，体现了金杜劳动法团队长期活跃在劳动法律服务一线积累的丰富理论沉淀和实务经验。有幸作为正式发布前的首批读者，我期待《企业劳动合规百问百答》能够帮助企业预防和把控劳动用工风险，为企业在劳动用工管理方面提供有益指引，同时为我国规范有序、公正合理、互利共赢、和谐稳定劳动关系的构建增添助力！

叶静漪 中国社会法学研究会副会长兼秘书长

二零二三年十一月十四日

叶静漪，北京大学法学院劳动法与社会保障法研究所所长、教授、博士生导师，社会法学研究的学科带头人，现任中国社会法学会副会长兼秘书长。

叶静漪教授从事社会法学、社会治理领域的学习、教学与研究三十余年，是中国当代社会法从起步兴起走向成熟精细发展历程的见证者和亲历者。叶静漪教授主持和承担国家和省部级法学研究项目、国内外合作研究项目四十余项，在《中外法学》等权威核心期刊上发表数十篇论文，并多次被《中国社会科学文摘》、人大复印报刊资料等全文转载，且作为负责人或主要编著人员编写、出版近二十本学术著作、教材、书籍。叶静漪教授带领研究团队发挥智库作用，通过提交研究报告、参与立法论证、提供咨政服务等形式，多次参加中央各部委、司法行政机关组织的立法和审议工作、重大法律问题论证工作。

前言

自 2008 年《[中华人民共和国劳动合同法](#)》正式施行以来，劳动用工合规在企业的经营管理中扮演着日益重要的角色。如何化解劳动法律风险，将劳动法律要求嵌入到企业人力资源管理的流程中去，实现劳动用工合规，成为了企业高质量发展和合规经营的重要因素。

随着社会经济的快速发展，劳动用工相关问题不断呈现出更为复杂的态势，企业一方面要对常见的劳动风险进行预防，另一方面也要对劳动法律关系呈现出的新特点和新态势时刻关注。

鉴于此，金杜劳动法团队与威科先行合作推出《企业劳动合规百问百答》（“《百问百答》”），针对企业劳动用工领域的实务问题，金杜劳动法团队以专业的理论知识，丰富的实务经验，对劳动法领域具有典型意义及实用性较强的法律问题一一予以解答，同时结合不同地区司法实践的差异和特点，对各地的司法口径予以明晰。

《百问百答》共计 15 个章节，涵盖了劳动用工全流程的约百余个常见实务问题，包括招聘与录用、劳动合同、规章制度、工作时间、休息休假、薪酬与福利、绩效管理、工伤和职业病、劳动关系解除、劳动关系终止、特殊用工形式、保密和竞业限制、培训与服务期、股权激励、员工个人信息保护主题模块。每一主题模块项下，既有对相关劳动法律法规的总结和提炼，也有实务性的应对建议。

《百问百答》内容全面，通俗易懂，角度多维，深入浅出。我们希望《百问百答》可以为企业的劳动用工管理提供全方位参考，为企业在制定劳动用工规章制度方面提供指引，常翻常新，成为企业合规用工的必备手册。

目录

一、招聘与录用	1
概述	1
1. 【招聘信息】用人单位发布招聘信息，有哪些重点关注事项？	1
2. 【背景调查】用人单位招聘新员工时，可以调查其犯罪记录吗？	1
3. 【背景调查】对确有犯罪记录的员工，用人单位可以不予录用或解除劳动合同吗？	2
4. 【入职信息】员工提供虚假信息入职且构成欺诈的，用人单位能不能单方解除劳动合同？	2
5. 【录用通知】发放录用通知后，用人单位又反悔的，可以取消录用通知吗？	3
6. 【录用通知】录用通知有约定，劳动合同没有约定的，录用通知约定有效吗？	3
二、劳动合同	5
概述	5
7. 【试用期】员工试用期内工作表现不佳，用人单位就可以任意单方解除劳动合同吗？	5
8. 【劳动合同续签】不续签劳动合同未提前一个月通知，用人单位是否需要承担责任？	6
9. 【劳动合同续签】用人单位是否有权单方决定是否续订无固定期限劳动合同？	6
10. 【单方调岗调薪】用人单位能不能单方对员工岗位进行调整？	7
11. 【单方调岗调薪】员工不胜任工作，用人单位就可以随意调岗吗？	8
12. 【单方调岗调薪】岗位调整后员工拒不服从的，用人单位能否以其构成旷工与其解除劳动合同？	9
13. 【单方调岗调薪】用人单位能不能对“三期”内的女职工调岗调薪？	9
三、规章制度	10
概述	10
14. 【民主程序】没有职代会、工会的用人单位如何进行民主程序？	10
15. 【公示程序】如何履行公示程序？	10
16. 【民主公示程序】用人单位的规章制度是否都需要进行民主公示程序？	11
17. 【集团公司规章制度】母公司规章制度可否直接适用于子公司？	12
18. 【规章制度变化】用人单位规章制度变化是否需要重新进行民主公示程序？	12
四、工作时间	14
概述	14
19. 【加班】如何认定加班	14
20. 【加班】员工加班未获审批，是否有权主张加班费？	14
21. 【加班】员工拒绝加班安排，用人单位能否解除劳动合同？	15
22. 【加班】超过法定加班时长上限，用人单位有何法律风险？	15
23. 【加班】用人单位与员工约定实行包薪制，是否仍需支付加班费？	16
24. 【特殊工时制】除审批外，实施特殊工时制还有哪些要求？	17
25. 【不定时工作制】不定时工作制未经审批是否有效？	17
26. 【综合工时制】综合工时制员工离职时综合计算周期未满的，加班费如何处理？	17
27. 【工作时间】如何对居家办公的员工进行工作时间管理？	18
28. 【工作时间】用人单位是否有权根据业务需要调整员工的工作时间？	19
29. 【旷工】如何认定旷工？	19
五、休假制度	21
概述	21
30. 【假期待遇】劳动合同履行地与用人单位注册地不同的，员工假期待遇按照何地规定处理？	21
31. 【休假审批】用人单位是否有权拒绝员工的年休假、婚假、陪产假、事假申请？	21
32. 【年休假】未休年休假补偿的仲裁时效如何确定？	22

33. 【年休假】用人单位规章制度规定年休假逾期未休则作废，是否有效？	23
34. 【年休假】用人单位是否有权安排员工休年休假？	23
35. 【年休假】员工不休年休假的，用人单位是否必须支付年休假工资？	24
36. 【年休假】病事假能否冲抵年休假？	24
37. 【医疗期】如何确定和计算医疗期？	24
38. 【医疗期】医疗期满后员工申请继续休病假，用人单位如何处理？	25
39. 【医疗期】特殊疾病适用多长时间的医疗期？	26
40. 【医疗期】员工医疗期满，用人单位解除劳动关系是否需先进行劳动能力鉴定？	27
41. 【病假】员工病假申请未被批准的情况下未到岗上班，是否构成旷工？	27
42. 【病假】用人单位是否有权要求员工提供指定医院的病假证明材料？	28
43. 【病假】员工患有较严重的疾病休病假后要求返岗上班，用人单位能否要求提供医院出具的康复证明？	28
六、薪酬与福利	30
概述	30
44. 【工资】用人单位能否单方调整员工的劳动报酬？	30
45. 【工资】员工加班费的计算基数如何认定？	30
46. 【工资】实行特殊工时制的员工能否主张加班费？	31
47. 【工资】病假工资应当如何计算？	32
48. 【工资】用人单位停工停产，如何支付员工工资？	32
49. 【奖金】在奖金发放前提前离职员工的年终奖应当如何发放？	33
50. 【奖金】用人单位能否以经营困难为由自主决定不予发放奖金？	33
51. 【奖金】年终奖无明确规定和约定，员工能否依据过往惯例主张年终奖？	34
52. 【社保】外籍员工的社保应当如何缴纳？	34
53. 【社保】员工自愿放弃缴纳社会保险，用人单位能否免责？	35
54. 【社保】用人单位与员工约定以现金补贴代替缴纳社会保险，已支付的现金补贴是否应当返还？	35
55. 【社保】用人单位异地代缴社保是否可行？	36
56. 【社保】社保补缴应当补多久？	36
57. 【其他福利】销售提成是否以销售回款为发放前提？	37
58. 【其他福利】离职员工是否需要发放递延绩效薪酬？	37
七、绩效管理	39
概述	39
59. 【考核目标设置】如何设计科学的绩效考核制度？	39
60. 【考核目标设置】绩效考核制度未经“民主程序”是否有效？	39
61. 【考核流程】如何对员工开展绩效改进计划？	40
62. 【考核结果的运用】如何认定员工“不胜任”？	40
63. 【考核结果的运用】未经员工确认，绩效考核结果能否作为发放绩效奖金 / 处理员工劳动关系的依据？	41
八、工伤和职业病	42
概述	42
64. 【工伤】员工居家办公时受伤或猝死的，算工伤吗？	42
65. 【工伤】员工上下班路上发生的交通事故，都算工伤吗？	43
65. 【工伤】员工上下班路上发生的交通事故，都算工伤吗？	44
66. 【工伤】员工因违反用人单位规章制度等自身过错原因致伤的，算工伤吗？	44
67. 【职业病】所有与工作相关的疾病都是职业病吗？	45
68. 【职业病】员工离岗前拒绝进行职业病健康检查，用人单位该怎么做？	45
九、劳动关系解除	47

概述	47
69. 【辞职】 员工辞职是否需向用人单位申请或经用人单位审批？员工未完成离职交接或离任审计，用人单位可否不予办理离职？	47
70. 【辞职】 辞职员工在一个月通知期内提前离职，用人单位可否索要“代通知金”？反过来，用人单位可否要求辞职员工提前离职？	47
71. 【被迫离职】 员工“被迫离职”是否需要提前通知用人单位？	48
72. 【被迫离职】 用人单位单方变更工作地点，员工可否主张被迫离职而索要经济补偿？	48
73. 【过失性辞退 / 严重违纪】 规章制度未履行民主程序，用人单位可否据以解除员工的劳动关系？	49
74. 【过失性辞退 / 严重违纪】 员工出现规章制度规定的严重违纪行为，用人单位是否即可解除劳动合同？	49
75. 【过失性辞退 / 严重违纪】 规章制度不完善的情况下，用人单位如何与有不当行为的员工解除劳动合同？	50
76. 【过失性辞退 / 严重违纪】 员工不服从工作安排，用人单位应如何解除劳动合同？	50
77. 【被追究刑事责任】 员工涉嫌犯罪而被采取限制人身自由的强制措施，用人单位应如何处理？是否可以解除劳动合同？	51
78. 【无过失性辞退 / 客观情况重大变化】 何为客观情况发生重大变化？哪些情形属于客观情况重大变化？	51
79. 【无过失性辞退 / 客观情况重大变化】 客观情况发生重大变化导致部分岗位撤销，用人单位安排受影响的员工竞聘上岗，是否构成协商变更劳动合同？是否可以与竞聘失败的员工解除劳动合同？	52
80. 【经济性裁员】 经济性裁员应如何操作，有哪些法律风险点和注意事项？	53
81. 【协商解除 / 经济补偿】 协商解除劳动合同的经济补偿，可否低于法定标准？	54
82. 【违法解除的法律后果】 用人单位愿意支付赔偿金（亦即 2N 或经济补偿的二倍），是否可以任意解除劳动合同？	54
83. 【通知工会】 未建立工会的用人单位单方解除劳动合同，是否需要履行事先通知工会的程序？如何履行？	55
十、劳动关系终止	56
84. 【事实劳动关系】 用工超一个月而未签订书面劳动合同，后续如何终止劳动合同？	56
85. 【退休人员 / 终止时间】 员工达到法定退休年龄但未开始享受基本养老保险待遇，劳动合同可否终止？	56
86. 【终止时间】 用人单位决定提前解散，劳动合同何时终止？	57
87. 【经济补偿】 劳动合同终止，用人单位是否必须支付经济补偿？	58
88. 【经济补偿 / 合同续延】 劳动合同期满而依法续延，在终止劳动合同计付经济补偿时，续延期间是否计入在本单位的工作年限？	58
89. 【合同续延】 劳动合同期满时员工还有未休的年休假或未补休的加班时间，用人单位可否安排员工休完再终止劳动合同？	58
十一、特殊用工形式	60
概述	60
90. 【特殊用工】 特殊用工（灵活用工）具体是指哪些用工模式？	60
91. 【劳务派遣】 哪些工作岗位可以使用劳务派遣的用工方式？	61
92. 【劳务派遣】 被派遣劳动者的社保由劳务派遣单位还是用工单位缴纳？	61
93. 【劳务外包】 劳务外包的各方属于什么法律关系？	62
94. 【劳务外包】 劳务派遣与劳动外包如何区分？	62
95. 【劳务外包】 “假外包，真派遣”有哪些合规风险，如何避免？	62
96. 【平台用工】 平台用工这一新就业形态人员与互联网平台是什么法律关系？	63
97. 【平台用工】 新就业形态人员与新业态平台的权利义务如何设置？	64
98. 【共享用工：内派 / 外派 / 借调】 共享用工情况下，劳动关系如何界定？如何进行用工管理？	64
99. 【退休返聘】 退休返聘人员与用人单位是劳动关系吗？	65
100. 【实习生】 如何有效避免实习生聘用风险？	66

十二、保密和竞业限制	68
概述	68
101. 【保密】用人单位是否需要向员工支付保密费？	68
102. 【保密】员工违反保密义务，用人单位能否向员工主张违约金？	68
103. 【保密】员工违反保密义务，用人单位有哪几种维权救济途径？	69
104. 【保密】签署保密协议，是否可被视为“采取了保密措施”？	69
105. 【竞业限制】竞业限制义务的适用主体有哪些？	70
106. 【竞业限制】如何认定竞业限制对象中的“其他负有保密义务的人员”？	70
107. 【竞业限制】能否与员工约定在职期间的竞业限制义务？用人单位是否需要向其支付竞业限制补偿？	70
108. 【竞业限制】竞业限制的期限为多长？如果超出该等期限是否可行？	71
109. 【竞业限制】如何设置竞业限制的范围？	71
110. 【竞业限制】竞业限制补偿的标准是多少？	72
111. 【竞业限制】未约定竞业限制补偿金或补偿金额过低，竞业限制协议是否有效？	72
112. 【竞业限制】用人单位与劳动者签订竞业限制协议，离职时未通知履行竞业限制义务，劳动者是否有权就其履行主张竞业限制补偿金？	73
113. 【竞业限制】用人单位能否解除竞业限制协议？	73
114. 【竞业限制】员工未履行报告义务，用人单位该如何应对？	73
115. 【竞业限制】员工拒收竞业限制补偿金，用人单位是否有风险？	74
116. 【竞业限制】“竞争关系”如何认定？	74
117. 【竞业限制】“竞争地域”是否可约定为全球范围内、亚太范围内等？	75
118. 【竞业限制】如果竞业限制违约金约定过高，裁审机关会如何调整？	75
119. 【竞业限制】针对员工违反竞业限制义务的常见取证方式有哪些？	76
120. 【竞业限制】如果招聘的员工负有竞业限制义务，新用人单位面临哪些风险？	76
十三、培训与服务期	78
概述	78
121. 【培训】什么是专业技术培训？与一般的职业培训如何区分？	78
122. 【培训】培训费用由用人单位承担还是员工自行承担？	78
123. 【服务期】什么情况下可与员工约定服务期？	79
124. 【服务期】劳动合同期与服务期不一致的如何处理？	79
125. 【服务期】员工违反服务期约定如何支付违约金？	79
十四、股权激励	81
概述	81
126. 【股权激励】股权激励有哪些主要的激励工具及其含义分别为何？	81
127. 【股权激励】股权激励的规则在什么情况下可能受制于具体的法律规定？	82
128. 【股权激励】股权激励纠纷是否属于劳动争议？	82
129. 【股权激励】股权激励的激励对象是公司股东吗？享有或不享有有哪些权利？	83
130. 【股权激励】股权激励及其收益能否替代竞业限制补偿金？	83
131. 【股权激励】股权激励是否是劳动者的劳动报酬的组成部分？	84
132. 【股权激励】对于劳动关系解除 / 终止后股权激励退出机制的约定是否有效？	84
133. 【股权激励】股权激励的设计在哪些方面与劳动法上对员工的管理可以直接挂钩？	85
134. 【股权激励】除了正式建立劳动关系的员工之外，其他为企业提供服务的人员，如顾问、劳务派遣人员能否成为股权激励计划的激励对象？	85
十五、员工个人信息保护	86
概述	86
135. 【知情同意】用人单位收集员工个人信息是否必须告知员工并经过员工同意？	86
136. 【最小必要】入职时能否要求员工填写婚姻生育情况？若员工提供虚假婚姻生育信息，用人单位能解除劳动合同吗？	87

137.	【考勤打卡】用人单位能要求员工必须用指纹或人脸打卡吗？	87
138.	【违纪调查】用人单位能否监控员工的办公设备或调取数据？	88
139.	【员工信息出境】如何合法合规跨境共享员工个人信息？	88
140.	【个人信息权利】用人单位依法应当保障员工的哪些个人信息主体权利？	89

一、招聘与录用

概述

招聘与录用环节是用人单位与员工产生连接点的第一个环节，也是用人单位用工管理至关重要的一个环节。在本章节，我们将从招聘信息发布、背景调查、入职信息管理、录用通知发放与撤销等实务问题入手，介绍用人单位在招聘与录用环节可能遇到的实务疑难问题，以供参考。

1. 【招聘信息】用人单位发布招聘信息，有哪些重点关注事项？

用人单位发布的招聘信息，往往是员工了解用人单位拟招聘岗位的主要渠道，通常包含工作地点、工作岗位、劳动报酬等基本信息。实践中，很多用人单位在发布招聘信息时容易忽视一些合规要点，可能引发后续争议。因此，我们提示用人单位在发布招聘信息时，应当重点关注如下：

- 防止出现虚假宣传内容：根据《[《中华人民共和国劳动合同法》第八条](#)和《[《就业服务与就业管理规定》第十二条、第十四条](#)》的规定，用人单位在发布招聘信息时，应当保证招聘信息的真实性，不得提供虚假招聘信息或发布虚假广告；

- 避免歧视性招聘信息：根据《[《中华人民共和国就业促进法》第三条、第二十五条、第二十六条、第二十九条、第三十一条](#)》等相关规定，劳动者享有平等就业的权利，用人单位不得基于劳动者的民族、种族、性别、宗教信仰等方面，在招聘时对劳动者进行歧视或不公正的对待。在司法实践中，主要从以下角度对用人单位的招聘信息是否具有歧视性进行实质性审查：一是用人单位对特定因素或特征的偏好是否与工作内在要求存在必然联系；二是该种差别性对待是否具备正当的合理性基础。

2. 【背景调查】用人单位招聘新员工时，可以调查其犯罪记录吗？

为核实拟聘用员工提供信息的准确性和提高拟聘用员工和岗位的匹配度，用人单位对拟聘用员工展开的背景调查十分重要。其中，对于拟聘用员工是否存在刑事处罚及犯罪记录是很多用人单位非常关心的内容。那么，用人单位在招录新员工时，是否可以对其犯罪记录相关信息进行调查呢？

根据《[《中华人民共和国刑法》第一百条](#)》的规定，依法受过刑事处罚的人在就业时应当如实向用人单位报告自己曾受过刑事处罚的事实。但该规定更多强调的是员工的如实披露义务，而非直接赋予用人单位调

查、了解员工犯罪记录的权利。因此，实践中，用人单位如若希望了解员工过往违法犯罪情况的，往往需要员工的配合，例如用人单位可以主动询问员工是否存在犯罪记录，或可要求员工作出无犯罪记录相关承诺。

此外，用人单位在特定情况下可以通过公安部建立的犯罪人员信息查询平台查询拟聘用员工的犯罪记录。根据《公安机关办理犯罪记录查询工作规定》第四条规定，用人单位在“符合法律、行政法规关于从业禁止的规定”的前提下，可以查询拟招录人员的犯罪记录。由此可见，《公安机关办理犯罪记录查询工作规定》对于可以申请查询拟聘用员工的用人单位和员工工作岗位类型存在限定，用人单位并非可以随意通过犯罪人员信息查询平台对该员工的犯罪记录相关情况进行查询，需要符合目前法律法规对从业禁止的相关规定。

用人单位可以参考以下从业禁止相关情形，关注员工岗位是否符合可以申请查询的条件：

- 曾受刑事处罚而在一定年限内不得从事的职业：注册会计师、执业医师、证券业从业人员等；
- 曾受刑事处罚而终身不得从事的职业：公务员、法官、检察官、注册建造师、人民银行行员等；
- 曾犯特定类型犯罪（通常涉及贪污罪、职务侵占罪、非国家工作人员受贿罪等）而在一定年限内不得从事的职业：保险代理人、公司董事、监事、高级管理人员等；
- 曾犯特定类型犯罪而终身不得从事的职业：商业银行董事及高级管理人员、律师、娱乐场所从业者等。

3. 【背景调查】对确有犯罪记录的员工，用人单位可以不予录用或解除劳动合同吗？

用人单位在招录新员工时，若发现拟聘用员工存在犯罪记录的，对于尚未签订劳动合同的员工，用人单位可以根据相关法律法规并结合自身考量决定是否予以录用。对于在员工签订劳动合同后才发现其存在犯罪记录的，用人单位通常可采取以下措施：

- 若该犯罪行为发生在劳动合同履行期间：用人单位可以考虑依法解除劳动合同；
- 若该犯罪行为发生在劳动合同签订之前：用人单位可以综合考虑员工对犯罪记录是否存在虚假陈述或承诺、劳动合同或内部规章制度中是否约定或规定了“员工入职时需如实陈述犯罪记录相关情况，否则将承担虚假陈述的相应后果”等类似条款、以及法律法规层面是否明确员工所在岗位人员不得存在犯罪记录相关从业禁止规定等因素，再判断是否与该员工解除劳动合同。

4. 【入职信息】员工提供虚假信息入职且构成欺诈的，用人单位能不能单方解除劳动合同？

倘若员工在应聘或入职时提供虚假信息，构成欺诈的，用人单位根据《[中华人民共和国劳动合同法](#)》[第二十六条](#)和[第三十九条](#)的规定，与员工单方解除劳动合同的风险相对较小。但在实践中，员工提交虚假信息的行为，并非一定会被认定为构成欺诈。通常而言，构成欺诈需要满足以下条件：

- 员工有欺诈的故意（故意告知或者故意隐瞒）且提交了虚假信息；
- 用人单位因欺诈行为产生错误的认识，且用人单位基于错误认识招录了该员工，即用人单位的错误认识和招录行为之间存在因果关系。

例如，员工谎称自己海外留学归来，而用人单位恰恰是因为该员工的海外留学经历背景才录取该员工，则可以认为用人单位的错误认识和招录行为之间存在因果关系。但是，如果用人单位在招聘时对虚假信息对应的内容没有明确要求的，则司法机关倾向于认为用人单位并无证据证明陷入错误认识或与招聘决定并无直接的因果关系，员工提供虚假信息的行为有可能并不构成欺诈。

5. 【录用通知】发放录用通知后，用人单位又反悔的，可以取消录用通知吗？

通常而言，用人单位发出的录用通知包括拟聘用员工岗位、薪资待遇、入职时间、入职手续等基本内容，对拟聘用员工而言较为明确、具体，且包含用人单位希望与拟聘用员工订立劳动合同的意思表示。因此，司法实践中，倾向于认为录用通知属于用人单位发出的要约，倘若拟聘用员工接受录用通知的全部内容，则构成对该录用通知的承诺，录用通知即对双方产生法律约束力。此外，如受要约人有理由认为要约是不可撤销的，并已经为履行合同做了合理准备工作，例如，拟聘用员工在收到新用人单位的录用通知后，可能会向现单位提出辞职和办理离职手续，或停止向其他用人单位投递简历等，其可能主张基于对录用通知的合理信赖为履行合同做了合理准备工作，用人单位因自身原因取消录用、不订立劳动合同的，可能因违反诚实信用原则构成违约，进而承担相应的违约责任。目前，司法实践中，诸如北京、广东、上海、江苏等地区的裁审机关均倾向于持此观点。

6. 【录用通知】录用通知有约定，劳动合同没有约定的，录用通知约定有效吗？

当劳动合同未对录用通知相关内容进行约定时，录用通知约定还有效吗？在实践中，通常需要区分具体情况判断：

• 如果用人单位在签署劳动合同时，并未明确劳动合同签订后录用通知内容自动失效的，那么通常认为，对于录用通知有约定、但在劳动合同没有明确约定的内容，录用通知约定的内容在劳动合同签订后仍然有效，对用人单位和员工具有约束力。司法实践中，上海、深圳等地区的裁审机关大多持此观点；

• 如果用人单位在与员工签订劳动合同时，对录用通知条款的效力存在特殊约定的，例如，约定“劳动合同签订后，录用通知中 XXX 条款仍有效”等类似条款的，那么通常裁审机关也倾向于尊重双方意愿，认可此类特殊约定的有效性；

• 倘若用人单位在与员工签署劳动合同时明确约定，劳动合同签订后，录用通知相关内容自动失效的，那么即使劳动合同中未对录用通知中的相关内容明确约定，也通常认为此前录用通知相关约定不再具有约束力。

二、劳动合同

概述

用人单位在经过招聘与录用流程，确定入职员工后，应当依法依规与其签订书面劳动合同，明确双方权利和义务。在进行劳动合同管理（如合同签订、续订、变更、解除/终止等）时，用人单位又将面临一系列实务问题。例如，员工试用期内表现不佳怎么办？劳动合同的签订和续签有什么合规要点？劳动合同履行过程中如涉及用人单位单方调薪调岗又该怎么做？在本章节，我们选取了用人单位在劳动合同管理环节中常见的实务疑难问题，并尝试做出解答，供参考。

7. 【试用期】员工试用期内工作表现不佳，用人单位就可以任意单方解除劳动合同吗？

实践中，用人单位经常提出的疑问是，如员工在试用期内工作表现不佳，用人单位应如何应对，尤其是希望能够采用单方解除的方式，以免面临员工转正后解除劳动合同的难题。但需要提示的是，试用期解除并不简单，即使用人单位认为员工表现差强人意，并不代表用人单位可以任意解除试用期员工的劳动合同，用人单位仍需证明员工“不符合录用条件”。

若用人单位希望根据《[中华人民共和国劳动合同法](#)》[第三十九条第（一）项](#)的规定，在试用期内以“不符合录用条件”为由单方解除与员工的劳动合同的，需要符合一定的前置条件，若不能同时满足如下几个条件的，则可能面临违法解除的风险：

- 录用条件是否合法、明确、具体、客观：实践中，用人单位首先面临的难点是没有明确的录用条件或录用条件过于主观、含糊、宽泛。对于录用条件应包括哪些内容，现有劳动法律法规并未有强制规定，一般而言，用人单位可以从员工的工作能力、业绩完成情况、入职学历证书、证件等资料的真实性等方面进行约定，录用条件应当合理、明确、可行，避免带有歧视性或违法性的内容；

- 录用条件是否曾向员工送达、告知：用人单位应提前将试用期录用条件、考核的标准及考核方法等向员工明确告知，履行民主公示程序。一般而言，用人单位可以在员工入职前与其签署“录用条件告知书”或者在员工手册等内部规章制度文件中对录用条件进行规定，以确保员工对于录用条件及可能不予录用后果的知悉与同意；

- 是否具备明确的考核流程及有效的考核结果：用人单位应当建立试用期考核制度，明确试用期考核流程，并且将考核标准与录用条件有机结合，从而对员工是否符合录用条件做出客观、有效的判断；

- 是否有充分事实证据证明员工不符合录用条件：用人单位对员工试用期内不符合录用条件负有举证责任，因此应固定保留员工不符合录用条件的相关证据，如相关证据涉及电子证据的，还应保留原始载体或进行电子证据的公证，确保证据形式的合法有效。此外，还应注意留存对试用期员工进行考核、沟通的书面记录、向试用期员工送达考核结果等书面文件；

- 解除决定是否在试用期届满前作出：根据《劳动部办公厅对〈关于如何确定试用期内不符合录用条件可以解除劳动合同的请示〉的复函》，用人单位以“不符合录用条件”为由解除劳动合同的，应在员工试用期内作出解除劳动合同的决定。若用人单位在员工试用期结束后以“不符合录用条件”为由解除劳动合同的，则裁审机关一般认为用人单位构成违法解除劳动合同；

由此可见，用人单位在试用期内与员工单方解除劳动合同仍需满足一定的条件。如果用人单位能够证明员工不符合录用条件的，则据此解除劳动合同的风险相对较小；如果用人单位经评估确实认为以不符合录用条件单方解除劳动合同的风险较大的，用人单位可以采取更为风险可控的解除方式，如通过协商一致或与员工沟通后其主动辞职的方式，尽可能避免后续的争议及风险。

8. 【劳动合同续签】不续签劳动合同未提前一个月通知，用人单位是否需要承担责任？

通常而言，劳动合同到期终止的，不属于《[《中华人民共和国劳动合同法》第四十条](#)》规定的用人单位提前三十日以书面形式通知员工本人或者额外支付员工一个月工资解除劳动合同的情形，故用人单位不续签劳动合同未提前一个月通知的，一般无需承担责任。但是，部分地区在司法实践中存在特殊规定，例如，在北京地区，根据《[《北京市劳动合同规定》第四十条](#)》规定，用人单位应当提前 30 日将终止劳动合同意向以书面形式通知员工，若用人单位不续签劳动合同未提前一个月通知的，则根据《[《北京市劳动合同规定》第四十七条](#)》规定，用人单位应以员工上月日平均工资为标准，每延迟 1 日向员工支付 1 日工资的赔偿金。

9. 【劳动合同续签】用人单位是否有权单方决定是否续订无固定期限劳动合同？

无固定期限劳动合同，是指用人单位与员工约定无确定终止时间的劳动合同。若员工符合《[中华人民共和国劳动合同法》第十四条第二款](#)规定情形，提出或者同意续订、订立劳动合同的，除员工提出订立固定期限劳动合同外，用人单位应当与其订立无固定期限劳动合同。

但是，实务之中的疑难之处在于，对于连续签订两次固定期限劳动合同的员工，若用人单位无续订意愿，此时是否可以决定到期终止劳动合同，不与员工续订无固定期限劳动合同？关于此问题的处理，目前司法实践中存在争议，用人单位需注意不同地区的不同裁判口径，如：

- 北京、广州、天津、江苏、浙江等多数地区倾向于认为，用人单位与员工连续订立两次固定期限劳动合同的，第二次固定期限劳动合同到期时，员工有权选择是否订立无固定期限劳动合同或者终止劳动合同。如若员工提出或者同意续订、订立无固定期限劳动合同的，用人单位必须与其订立无固定期限劳动合同，而无权单方决定是否订立无固定期限劳动合同或者以劳动合同期满为由终止劳动合同；

- 上海地区倾向于认为，连续与员工订立两次固定期限劳动合同后，用人单位可以决定与员工不续订劳动合同，原固定期限的劳动合同可以在到期后依法终止；

- 深圳地区倾向于认为，在用人单位没有提出续订劳动合同的情况下，符合条件的员工要求签订无固定期限劳动合同必须要向用人单位提出。如果员工没有在双方正在履行的固定期限劳动合同期满前向用人单位提出签订无固定期限劳动合同的请求，在该固定期限劳动合同期满时，双方劳动合同依法终止。因此，符合签订无固定期限劳动合同的员工要签订无固定期限劳动合同，必须在前一份固定期限劳动合同到期终止前提出，否则就应视为其放弃了签订无固定期限劳动合同的权利。

10. 【单方调岗调薪】用人单位能不能单方对员工岗位进行调整？

在劳动合同履行过程中，用人单位可能基于生产经营需要或因为员工的身体状况、工作情况等对员工工作岗位进行调整，但在实践中，因用人单位与员工未能就岗位调整协商一致而导致的纠纷和争议频频发生。虽然司法实践中通常认为用人单位可以在特定情况下对员工岗位进行调整，但是用人单位不得滥用单方调岗的权利，必须遵守合理性原则、在合理范围内对员工岗位进行调整，并且需要在后续的争议中对合理性充分举证证明。

司法实践中，裁审机关一般从以下角度对用人单位单方调岗行为的合理性进行综合判断：

- 是否基于用人单位生产经营需要：用人单位需举证证明其单方调岗是基于生产经营的客观需要，如可提供用人单位内部做出的组织架构调整决定、生产经营调整相关资料；

- 是否符合劳动合同或规章制度的约定或规定：若用人单位能证明其单方调岗的行为符合劳动合同约定或内部规章制度规定（如约定或规定在满足特定条件的情况下，用人单位可以对员工进行调岗，员工应当服从的），且相关规章制度已经过民主公示程序，由员工签收确认的，则能在一定程度上证明其单方调岗行为的合理性；

• 是否具有惩罚性、歧视性或侮辱性：用人单位单方调岗行为若具有惩罚性、歧视性或侮辱性，则欠缺合理性。一般而言，用人单位可以从调岗前后岗位职责变化不大、薪酬待遇与原岗位基本相当甚至提高等角度，证明其调岗行为不具有惩罚性、歧视性或侮辱性；

• 是否对劳动报酬及其他劳动条件产生较大影响：一般而言，若用人单位能提供以书面、电子邮件、微信、QQ、钉钉等形式向员工发出可以体现待遇与原岗位基本相当甚至提高待遇、调整前后的工作内容、岗位职责具有关联性的相关材料，如调岗通知书、调岗协议、变更劳动合同的补充协议，证明调岗后员工的劳动报酬、工作岗位等未受到严重不利影响的，则可以在一定程度上说明单方调岗的合理性；

• 员工能否胜任调整后的岗位：用人单位还可以证明员工能够胜任调岗后的岗位，如提供前述岗位职责说明、转岗培训相关记录等；

• 工作地点作出调整后如有不便，用人单位是否提供必要协助或补偿措施等：如用人单位对于员工的工作地点作出不便调整的，用人单位需提供必要协助或者补偿措施。司法实践中，如果用人单位未提供合理措施予以协助的，裁审机关倾向于支持员工以调岗不合理为由拒绝用人单位岗位调整的诉讼请求；

• 调岗前是否进行过必要的沟通、告知和协商程序：如若用人单位在调岗前就调岗事宜向员工履行了必要的沟通、告知和协商，且能提供与员工沟通的会议录音、录像、电子邮件、微信/QQ 聊天记录、短信、照片、视频等资料的，则能在一定程度上证明用人单位已对员工转岗的新岗位的所在部门、岗位名称、岗位类别、岗位内容、工资待遇等内容进行告知。

11. 【单方调岗调薪】员工不胜任工作，用人单位就可以随意调岗吗？

根据《中华人民共和国劳动合同法》第四十条第（二）项，员工不胜任工作，用人单位在解除劳动合同前应对其进行培训或岗位调整。例如，北京市第二中级人民法院裁判的（2023）京 02 民终 5779 号案例就特别指出，用人单位“提交的证据不足以证明员工存在不能胜任工作的情形，亦未能就具体调岗事宜与员工协商一致，员工未到岗上班非其本人原因造成”。因此，员工不胜任工作，用人单位调岗面临的障碍主要在于“是否需协商一致”和“如何证明不胜任”。

通常而言，用人单位因员工不胜任工作进行调岗的，应优先考虑与员工协商一致，告知其新岗位的岗位职责、工作内容、工资待遇等内容，并注意保留与员工进行沟通和协商的证据，如会议录音、聊天记录等。

如若用人单位与员工未能就调岗事宜协商一致的，用人单位基于用工自主权也可以单方进行调岗，但应当关注如下要点：

• 单方调岗行为的合理性：具体可参考第 10 问的解答；

• 举证证明员工“不胜任”：用人单位若以员工不胜任工作为由进行调岗的，应当具备充分的证据证明员工不能胜任的情形确实存在。一般而言，用人单位不仅需要在考核制度等经过民主公示程序的内部规

章制度中清晰界定员工“不胜任”的标准，还需要严格按照考核制度规定对员工进行考核，基于充分且客观的证据证明员工存在不能胜任工作的事实，如注意保留对员工进行考核的过程性证据、向员工送达考核结果的书面记录、以及其他证明材料，例如合作伙伴对员工表现的评价、员工行为对用人单位造成的损失等。

12. 【单方调岗调薪】岗位调整后员工拒不服从的，用人单位能否以其构成旷工与其解除劳动合同？

实践中，经常出现用人单位在对员工岗位进行调整后，员工拒不服从且不到新的岗位工作的情形。在此情况下，用人单位能否径行以员工旷工为由与其解除劳动合同呢？

一般而言，用人单位仅因员工拒不到调整岗位而认定其旷工，并以旷工作为解除事由与其解除劳动合同的，可能面临被认定为违法解除的风险。裁审机关一般会从单方调岗的合法性、单方解除所依据的规章制度及其民主公示程序、旷工事实是否存在、旷工与调岗的关联性等方面审查解除的合理性，用人单位应当承担相应的举证责任。有关用人单位单方调岗行为的合理性可参考第10问的解答，此处不再赘述。如单方调岗合法合理的，且用人单位在经民主公示的规章制度中明确了旷工的认定标准和具体情形，员工拒不服从调岗、不到新的岗位报道的行为也确实存在，用人单位根据规章制度规定与员工解除劳动合同的，合理性相对较强，被认定违法解除的风险相对较低。

13. 【单方调岗调薪】用人单位能不能对“三期”内的女职工调岗调薪？

“三期”是指孕期、产期、哺乳期。根据《[女职工劳动保护特别规定](#)》[第五条](#)，用人单位不得对“三期”内的女职工降低工资、解除劳动或聘用合同。

但《[女职工劳动保护特别规定](#)》[第六条](#)同时规定，用人单位可以结合孕期女职工是否能适应原劳动岗位的实际情况，根据医疗机构的证明，予以减轻劳动量或者安排其他能够适应的劳动。《[女职工劳动保护特别规定](#)》附录还特别列举了女职工在孕期、哺乳期禁忌从事的劳动范围。因此，用人单位能对“三期”内的女职工进行合理的岗位调整，但该等岗位调整应出于对女职工权益的保护，将“三期”内的女职工从禁忌从事的劳动岗位调整至非禁忌的劳动岗位；或在具备医疗机构证明女职工不适宜从事相关工作的证据凭证基础上，将其从不能适应的劳动岗位调整至其他能够适应的劳动岗位。

三、规章制度

概述

完善的规章制度是用人单位对员工进行日常管理的基础，也是对员工进行纪律处分的重要依据。如何依法制定行之有效的规章制度，对用人单位的用工管理至关重要。在本章节，我们对规章制度制定与适用时常见的实务疑难问题进行解答，供广大用人单位参考。

14. 【民主程序】没有职代会、工会的用人单位如何进行民主程序？

根据《[中华人民共和国劳动合同法](#)》[第四条](#)，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员工切身利益的规章制度时，需履行法律规定的民主程序与公示程序。

民主程序一般认为应包括两步。首先，规章制度应经用人单位职工代表大会或全体职工讨论，提出方案和意见。如果用人单位没有职工代表大会，则可以通过电子邮件、内网、微信、线下发放《[征求意见表](#)》等方式向全体员工发放相关规章制度草案，并要求员工提出意见。此类征求意见通知应当写明员工提交反馈意见的期限及反馈方式（如员工通过回复邮件反馈，或公司线下回收员工签字的征求意见表等）。同时，用人单位应当妥善保存此类征求意见通知及员工反馈意见，尤其是通过线上方式进行此步骤的，需注意保存原始载体或可考虑对相关证据材料进行公证，以便在发生争议时进行举证。

其次，用人单位应当与工会或职工代表根据提出的方案与意见，对规章制度内容进行平等协商，确定最终文本。如果用人单位没有工会，应当依法推选职工代表，并与职工代表就规章制度内容平等协商。如果推选职工代表确有困难，用人单位以小组、团队、部门为单位组织讨论会议，就民主程序第一步中收集的反馈意见，与全体职工进行平等协商，其有效性在司法实践中也有可能获得认可。就此类讨论会议而言，建议用人单位组织签到、记录缺席人员情况、形成书面会议纪要，统筹妥善保存相关证据。在讨论会议进行完毕后，用人单位可在充分考虑员工意见的基础上，决定相关规章制度的正式版本。

15. 【公示程序】如何履行公示程序？

《[《中华人民共和国劳动合同法》](#) [第四条](#)要求用人单位将直接涉及劳动者切身利益的规章制度公示或告知劳动者。

最为稳妥且在司法实践中被普遍认可的公示方式，是用人单位要求员工书面签字，确认收到且知悉相关规章制度文本。如果这种方式确实无法实现，用人单位也可尝试通过以下方式履行公示程序：

- 用人单位对员工进行规章制度培训，并保留培训的书面记录，如培训签到表、培训内容记录、相应配套考试记录等；

- 用人单位将规章制度的电子版置于公司内网，并告知员工网页地址以便员工能够登录并浏览规章制度；

- 用人单位通过电子邮件将规章制度发送给员工；以及

- 用人单位将规章制度张贴在公告栏。

不论用人单位采取何种公示方式，均应注意对相关书面及电子证据的留存。例如，通过将规章制度置于内网或经电子邮件发送给员工的，应当确保在未来发生争议时，能够有效展示或调取规章制度的内容及公示时间等信息。若相关证据存在日后因技术问题而无法展示或调取的可能性，建议用人单位先行对其进行公证。

16. 【民主公示程序】用人单位的规章制度是否都需要进行民主公示程序？

用人单位制定的规章制度可能包含日常经营和用工管理的各个方面，其内容和范围均十分广泛。那么，是否用人单位所有的规章制度，都需要履行《[《中华人民共和国劳动合同法》](#) [第四条](#)规定的民主公示程序？

从内容来看，并非所有规章制度的制定均需要经过民主公示程序。《[《中华人民共和国劳动合同法》](#) [第四条](#)明确规定“直接涉及劳动者切身利益的规章制度”，须经民主与公示程序，其中包括“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”。因此，用人单位制定不直接涉及员工切身利益的规章制度，如会计财务制度、市场销售制度等经营管理制度，属于经营自主权的范围，法律上不强制要求履行民主公示程序。

从适用范围来看，对于仅适用于少数员工的规章制度，即便在整个用人单位范围内未进行民主公示程序，在个案中，裁审机关有可能支持其有效性。例如，在（2019）沪 02 民终 8004 号判决中，上海市第二中级人民法院支持一审法院观点，认定案涉奖金发放及风险管控规章制度适用范围限于该员工所在团队，并非普遍性规章制度，无需在整个用人单位内进行民主公示程序。但此类裁审观点通常与个案特殊性紧密相关，实践中观点并不统一，规章制度的有效性需要结合个案判断。

17. 【集团公司规章制度】母公司规章制度可否直接适用于子公司？

在集团公司的实操中，为保证用工管理的一致性，母公司往往要求下属子公司适用其规章制度对子公司员工进行管理。但一旦发生争议，在母公司规章制度直接适用于子公司的情况下，裁审机关如何认定其效力？

从司法实践中看，各地裁审机关通常认为，子公司与母公司为不同独立法人，母公司规章制度不能直接适用于子公司，对子公司员工不当然具有约束力。例如，北京市人社局发布的 2021 年劳动人事争议仲裁十大典型案例之五中，某金融服务公司未经法定程序转化而直接适用上级集团公司的《绩效管理辦法》，仲裁委对其效力未予认可。（2014）沪一中民三（民）终字第 274 号判决中，上海市第一中级人民法院认为，即使是母公司制定的规章制度，子公司仍应经过法定程序方能适用。

但对于子公司经过何种法定程序才能适用母公司规章制度，各地裁审观点不尽相同。一种观点认为，子公司仅需履行公示程序，即可适用母公司合法制定的规章制度。例如，江苏省曾在《江苏省高级人民法院江苏省劳动争议仲裁委员会关于审理劳动争议案件的指导意见》第十八条中明确规定，母公司依法履行了民主程序的规章制度，在子公司内进行了公示告知的，可以作为处理子公司劳动争议的依据。该指导意见虽已于 2022 年 1 月 24 日废止，但在江苏省其后的案例中，仍可见此类观点（如（2022）苏 02 民终 6106 号判决）。另一种观点认为，子公司适用母公司规章制度，仍应进行民主与公示程序。例如在

（2015）宁民终字第 5706 号判决中，法院认为上级法人制定的规章制度，下级法人必须通过自身民主形式转换后才能执行。前述北京市 2021 年劳动人事争议仲裁十大典型案例之五、（2014）沪一中民三（民）终字第 274 号判决中，裁审机关所指法定程序也均包含民主与公示程序。

因此，建议子公司在适用母公司规章制度时，依法履行民主公示程序，以便在发生争议时，最大程度确保子公司适用母公司规章制度的有效性。

18. 【规章制度变化】用人单位规章制度变化是否需要重新进行民主公示程序？

用人单位的规章制度通常会根据法律法规的变动以及自身经营管理的需要，不断进行修改。用人单位规章制度变化的，是否需要重新按照法律要求履行民主与公示程序？

根据《[中华人民共和国劳动合同法](#)》[第四条](#)，对于直接涉及劳动者切身利益的规章制度，修改程序与制定程序一样，用人单位均需要履行民主与公示程序。例如，在（2016）粤 0303 民初 19925 号判决中，深圳市罗湖区人民法院认为，用人单位具有经营自主权，可依法对其薪酬制度进行调整，但因劳动报酬是涉及员工切身利益的重大事项，用人单位以修改规章制度的方式调整员工薪酬，应当履行民主公示程序并符合法律法规强制性规定。

因此，用人单位在变更修改有关劳动报酬、工作时间、休息休假等直接涉及员工切身利益的规章制度时，仍需经职工代表大会或全体职工讨论，提出方案和意见，与工会和职工代表平等协商确定，并将修改后的规章制度公示或告知员工。

四、工作时间

概述

工作时间是劳动合同的必备条款和直接涉及员工切身利益的重大事项。工时标准作为一项重要的基础性劳动标准，与用人单位的工时管理安排息息相关。因此，把握好有关工作时间的强制性规范边界，用人单位方能妥善行使对工时的管理权。在本章节，我们将探讨加班、工作时间管理、特殊工时制等实践中用人单位重点关注的问题。

19. 【加班】如何认定加班

《中华人民共和国劳动法》第四十一条规定，用人单位由于生产经营需要，经与工会和劳动者协商后可以延长劳动者的工作时间。《中华人民共和国劳动合同法》第三十一条规定，用人单位安排加班的，应当按照国家有关规定向劳动者支付加班费。基于此，“加班”一般可以理解为员工经用人单位的安排，在法定工作时间外延长了工作时间继续工作、在休息日或者在法定节假日工作的情形。具体而言，加班一般需满足：

- 系基于用人单位的生产经营需要，而非员工自发延长工作时间或完成自身事务的需要；
- 由用人单位安排在法定工作时间之外进行其岗位工作或其他相应工作；
- 前述工作应当是劳动定额外的工作，或者正常工作时间内无法完成的工作任务。

因此，若员工仅以考勤时间超过法定工作时间，但无法说明其超过法定工作时间的作品内容以及是否为用人单位安排或同意的，尚不足以构成加班。实践中，如果员工能够证明其超过法定工作时间的作品内容以及该工作是在用人单位安排或同意的情况下进行的，则较有可能被认定为加班，例如：在法定工作时间外，主管人员通过邮件、即时通讯软件向员工告知工作任务，并限时或要求从速完成的；员工在休息日、法定节假日工作，并在社交媒体上晒出工作成果，其主管人员进行肯定性评论或点赞的等等。

20. 【加班】员工加班未获审批，是否有权主张加班费？

为审查员工加班必要性，便于用人单位统筹安排工作，许多用人单位会在其规章制度中规定加班审批制度，要求员工加班需提交加班申请，写明加班时间、工作内容等情况，并须在取得其主管人员的批准后，方能实施或认可其加班。在加班审批制度下，如果员工主张加班，但用人单位主张员工加班未获得审批，裁审机关是否会据此认定不存在加班事实而无需支付加班费？

《工资支付暂行规定》第十三条规定，用人单位在劳动者完成劳动定额或规定的工作任务后，根据实际需要安排劳动者在法定标准工作时间以外工作的，即应支付加班费。若员工能够提交证据证明其系接受单位安排从事额外工作的，例如员工提交了上级在下班后为其布置工作任务的微信聊天记录，员工按照上级指示在当天进行工作并反馈工作成果，即便该等加班未经过用人单位审批，仍很有可能被认定存在加班事实。另外，在有证据证明员工因工作需要法定标准工作时间以外工作，员工也提交了加班申请，但用人单位怠于审批、无合理理由不予审批的，加班申请未获审批更难以成为不认可加班事实的理由。

因此，用人单位可以实行加班审批制度，一方面便于加班的管理和控制，另一方面可以筛除员工自发延长工作时间等不属于“加班”的行为。但在员工能够提交证据证明其系接受单位安排从事额外工作的情况下，仅凭加班未获审批难以否认加班事实的存在从而不支付加班费。

21. 【加班】员工拒绝加班安排，用人单位能否解除劳动合同？

《中华人民共和国劳动法》第四十一条规定，用人单位由于生产经营需要，经与工会和劳动者协商后可以延长工作时间，一般每日不得超过一小时；因特殊原因需要延长工作时间的，在保障劳动者身体健康的条件下延长工作时间每日不得超过三小时，但是每月不得超过三十六小时。

如果用人单位超出上述法律规定的加班时长上限要求员工加班，即便用人单位在规章制度规定或在劳动合同中约定了超出上述标准的加班时间，该等规定或约定也会因违反法律规定而被认为无效。因超时加班属于违法行为，员工拒绝接受此种安排，用人单位显然不得以员工拒绝加班为由解除劳动合同。

如果用人单位在上述法律规定的加班时长内安排员工加班，具有基于生产经营需要的明确合理原因，或有规章制度支持单位可根据生产经营需要安排加班的，如果员工拒绝加班的，仍应对员工的休息权予以充分尊重，难以强制安排其加班，用人单位仅以“拒不服从工作安排”构成严重违反公司规章制度等为由解除劳动合同的，仍有较大可能被认定为违法解除。

22. 【加班】超过法定加班时长上限，用人单位有何法律风险？

根据《中华人民共和国劳动法》第九十条及《劳动保障监察条例》第二十五条的规定，用人单位违法延长员工工作时间的，由劳动行政部门给予警告，责令改正，并可以按照受侵害的劳动者每人100元以上

500 元以下的标准处以罚款。根据《劳动保障监察条例》第二十三条的规定，若用人单位违法安排怀孕七个月以上的女员工和正在哺乳未满一周岁婴儿的女员工加班，由劳动行政部门责令改正，并按照受侵害的劳动者每人 1000 元以上 5000 元以下的标准处以罚款。

如果用人单位在规章制度中规定超过法定加班时长上限的加班时间，甚至对拒不服从前述加班安排的员工规定有惩戒措施的，根据《中华人民共和国劳动合同法》第八十条的规定，可能因规章制度违反法律法规而被劳动行政部门给予警告或责令限期改正。

23. 【加班】用人单位与员工约定实行包薪制，是否仍需支付加班费？

包薪制一般是指在劳动合同中打包约定法定标准工时工资和加班费的一种工资分配方式，在部分加班较多且时间相对固定的行业中比较普遍。若劳动合同中已明确约定工资包含加班费，且明确约定了打包的加班时间，如果折算后的法定标准工作时间工资不低于当地最低工资标准的，用人单位主张无须再行支付加班费的，有较大可能会被支持。

例如，《深圳市中级人民法院关于审理劳动争议案件的裁判指引》第六十二条规定，在明确约定包薪制的情况下，按照以下方式计算得出时薪： $\text{约定工资} \div (\text{21.75 天} \times \text{8 小时} + \text{约定包含在工资中的平时加班时间小时数} \times 150\% + \text{约定包含在工资中的休息日加班时间小时数} \times 200\% + \text{约定包含在工资中的法定节假日加班时间小时数} \times 300\%)$ ，如果时薪低于当地最低工资标准的，该约定为无效，反之应认为有效；广东省的案例也大多显示，在明确约定包薪制且按照实际工资标准折算后的时薪不低于当地最低工资标准的情况下，倾向于支持用人单位无需额外支付加班费。

另一方面，北京有案例显示，虽然用人单位与员工约定每月领取的工资已包含加班工资，但在未明确约定加班性质、加班时长、加班工资具体金额的情况下，属于约定不明，无法区分工资中包含加班工资的具体数额，不予支持用人单位关于加班费已经包括在工资中、无需另行支付加班费的主张。

因此，用人单位在实行包薪制时建议注意以下方面：

- 在劳动合同中明确约定工资包含加班费，并尽量明确工资中打包的加班时间；
- 不得违反最低工资标准的强制性规定，按照员工约定打包的加班时间或者实际的加班时间进行折算后，员工正常工作时间的工资不得低于当地最低工资标准；
- 在日常劳动管理中，关注员工实际考勤的状况，安排员工加班加点不得违反员工最长工作时间相关的强制性规定，不能因约定包薪制而不再对员工进行考勤管理。

由于各地司法实践对于这一问题的审查尺度和裁判口径并不统一，建议用人单位结合当地司法实践对包薪制的约定进行设计，并在执行过程中予以落实。

24. 【特殊工时制】除审批外，实施特殊工时制还有哪些要求？

用人单位申请特殊工时制并获得劳动行政部门审批后，在实施特殊工时制时，应按照各地法规关于实施特殊工时制的要求执行，可能涉及以下要点，供用人单位参考：

- 对于现有员工，涉及由标准工时制变更为特殊工时制的，建议由用人单位与所涉员工变更劳动合同，明确适用特殊工时制；对于新聘员工，与员工协商一致适用特殊工时制的，在劳动合同中明确约定岗位及适用的工时制度；
- 在获得特殊工时制审批后，用人单位应按照规定要求将审批通过的文件予以公示，确保员工知悉自己的岗位适用特殊工时制；
- 用人单位涉及特殊工时制的规章制度或实施方案等制度文件的，应当根据《[中华人民共和国劳动合同法](#)》[第四条](#)的规定履行民主程序及公示程序；
- 对批准实行特殊工时制度的岗位，尽量避免混岗、混员，避免变更或者扩大实行范围；在确有上述情形存在时，及时再行办理审批。批准实行特殊工时制度行政许可决定有效期限届满的，应及时再提出申请并获得审批。

25. 【不定时工作制】不定时工作制未经审批是否有效？

人力资源和社会保障部、最高人民法院发布的第一批劳动人事争议典型案例中指出，“用人单位对劳动者实行不定时工作制，有严格的适用主体和适用程序要求。只有符合国家规定的特殊岗位劳动者，并经过人力资源社会保障部门审批，用人单位才能实行不定时工作制，否则不能实行。”

实践中，多数地方规定和司法判例的意见认为实行不定时工作制必须以劳动行政部门审批为前提，不定时工作制审批属于行政许可，未获审批实行不定时工时制无效。少数法院观点认为特殊工时制的行政审批仅为管理规范性规定，不影响双方就实行不定时工作制约定条款的效力。因此，一般而言，用人单位与员工仅在劳动合同中约定不定时工作制，并未获得行政审批的，可能难以被认定为构成适用不定时工作制的充分依据，而仍应按照标准工时制下的规则依法向员工支付加班费。

需要注意的是，各地方可能对于不定时工作制需获审批存在特殊规定。例如，《北京市企业实行综合计算工时工作制和不定时工作制的办法》第十六条规定，高管实行不定时工作制，无需办理审批手续，此种情况下，以实行不定时工作制未经审批为由主张适用标准工时制不能成立。

26. 【综合工时制】综合工时制员工离职时综合计算周期未届满的，加班费如何处理？

对于综合工时制计算周期尚未结束，劳动合同解除或终止的，员工在某时段的实际工作时间超过该时段法定标准工作时间，超过部分是否应视为延长工时而应支付加班费？

人力资源和社会保障部在《特殊工时管理规定（征求意见稿）》中，曾对此问题作出肯定的回答，即要求以劳动合同解除或者终止的时间为周期截止日，支付超过法定标准工作时间的加班工资报酬。从地方案例情况来看，举例而言：

- 目前北京市采取上述观点。《北京市企业实行综合计算工时工作制和不定时工作制的办法》第九条规定，如果企业与职工终止、解除劳动合同时，其综合计算工作时间的计算周期尚未结束的，对职工的实际工作时间超过法定标准工作时间的部分，企业应按照 200% 的标准支付工资；

- 青岛市区分具体解除事由和情形。《[青岛市人力资源和社会保障局特殊工时工作制审批管理办法](#)》[第十二条](#)规定，若属于用人单位提出解除或劳动者被迫解除的，或者劳动合同终止的，应当支付加班费；而属于劳动者提出解除劳动合同的，则可以协商安排超时部分予以集中休息，并支付正常工资（不再支付加班工资），但协商不成的，仍需支付加班费；

- 广东省则存在司法案例认为，在劳动关系解除或终止日，综合计算周期尚未届满，不能确定员工是否将超过法定工时工作，故对员工的加班费诉请不予支持。

针对裁判意见尚未完全统一的情况，我们建议用人单位关注当地法规及司法裁判口径，在可能的情况下，与员工协商处理。从避免纠纷的角度，用人单位可以考虑就员工离职前综合计算周期内超过法定标准工作时间的部分支付加班费。

27. 【工作时间】如何对居家办公的员工进行工作时间管理？

员工居家办公或灵活办公的，用人单位应当按正常工资标准支付其工资。如何对员工进行有效的工时管理，是确保员工履行劳动合同义务、维持用人单位正常经营的关键。

在考勤管理方面，用人单位可以要求长期居家办公的员工明确其办公地点，利用钉钉、企业微信等办公平台要求员工进行考勤打卡，要求其按时计入工作日志以与提交的工作任务交叉核查；可以要求员工在工作时间内保持所有的办公软件以及即时通讯工具始终处于在线状态且做到及时响应；可以配发带有可显示在线状态软件、对工作文件采取监控措施的办公电脑，合理掌握其工作动态，并在控制泄密的同时确保工作留痕。

在规章制度方面，加强对未完成工作任务、不服从工作管理、不按要求使用远程办公软件等方面的处分措施。例如，用人单位可确定合理的工作事务响应时间，若居家办公员工在单一工作日内长达数小时未以任何方式表明其处于工作状态，又不对任何联系渠道中告知的工作任务予以回应的，可以规定构成“旷工”等违纪事项。但是，上述响应时间须根据工作性质和员工情况合理确定，如显著过短（如非特殊行业短于一小时的），作出的旷工认定及纪律处分可能不被裁审机关认可。

另外，建议用人单位与居家办公的员工以书面形式确认居家办公的安排及要求。

28. 【工作时间】用人单位是否有权根据业务需要调整员工的工作时间？

通常而言，工作时间属于直接关系员工切身利益的重大事项。如果在劳动合同等协议中对工作时间有明确约定的，调整员工工作时间通常需要协商一致变更劳动合同等协议。如果规章制度对工作时间有明确规定的，调整员工工作时间应当根据《[《中华人民共和国劳动合同法》第四条](#)》对相关规章制度的修订履行民主、公示程序。因此，一般认为，对于实行标准工时制的员工，用人单位不能任意地调整员工的工作时间，例如，单方推行“996”工作时间等。如果用人单位确有合理理由需要调整工作时间，且不会对员工的权益产生实质性减损的，例如，弹性工作、错峰上下班等，用人单位可以就相关调整与员工进行沟通和告知。用人单位也可以在劳动合同以及规章制度中明确约定或规定，用人单位可以在法律规定范围内，基于经营需要或客观情况变化等原因合理调整员工的工作时间。

对于实行综合计算工时工作制的员工，由于以周、月、季、年等为周期计算工作时间，一般允许用人单位根据业务需要，在相应周期内对员工工作时间予以合理安排。对于实行不定时工作制的员工，由于工作时间不具有确定性，一般不涉及工作时间调整问题。

29. 【旷工】如何认定旷工？

现行法律并未对“旷工”作出明确界定。已失效的《劳动部关于〈企业职工奖惩条例〉有关条款解释问题的复函》规定，旷工是指，除有不可抗拒的因素导致职工无法履行请假手续情况外，职工不按规定履行请假手续，又不按时上下班。该规定对旷工的基本定义仍具有借鉴意义。一般来说，用人单位会在规章制度中将员工在一段时间内达到一定次数或一定时长的旷工作为纪律处分乃至解除劳动合同的事由。用人单位还可以在规章制度中将旷工的具体情形予以细化，并注意旷工与迟到、早退等情形之间的区分。通常而言，在标准工时制下，旷工与考勤直接相关。因此，很多用人单位将考勤记录作为证明员工旷工的主要证据。然而，仅凭考勤记录可能不足以证明员工存在旷工。除了考勤记录，用人单位在判断旷工时，还需要结合员工岗位特点、当天工作安排等情况予以判断。同时，如最高人民法院在 2023 年 5 月发布的《人民法院高质量服务保障长三角一体化发展典型案例》中强调的，用人单位在判断旷工时，还应秉持善意、宽容且合理的原则，综合考虑员工是否存在紧急情况或合理理由。

此外，司法实践往往还会考察用人单位对于考勤的实际执行情况以及对争议员工的考勤管理情况。若用人单位实操中考勤不严，或未要求员工严格考勤，或在员工旷工后未及时实施任何管理上的沟通，可能会对旷工的认定产生较大不利影响。

实践中，还存在一类具有代表性的旷工争议，即在用人单位实施调岗或变更员工工作地点后，员工拒不到新岗位或新地点工作，用人单位以旷工为由解除劳动合同的争议。该类争议的关键往往在于用人单位能否证明已就调岗或变更工作地点与员工协商一致，或用人单位的单方调整行为具有合理合法性。若用人单位不能证明的，用人单位依据旷工解除劳动合同存在较大的违法解除风险。关于该类情形是否构成违法解除的风险分析及建议，具体可参见前述第 12 问的解答。

五、休假制度

概述

休息休假制度是用人单位人力资源管理的重要部分之一，而鉴于假期种类繁多、相应的福利待遇地方差异较大，休息休假的管理也是实务中不少用人单位的疑惑高发区。在本章节，我们将从假期待遇、休假审批，以及年休假、医疗期、病事假、婚产假等相关问题入手，介绍用人单位如何管理员工休息休假以防控相关法律风险。

30. 【假期待遇】劳动合同履行地与用人单位注册地不同的，员工假期待遇按照何地规定处理？

一般而言，员工休假及假期待遇（包括假期天数、假期内的工资及其他待遇的给付标准等）被认为属于劳动保护的范畴。根据《[中华人民共和国劳动合同法实施条例](#)》[第十四条](#)的规定，若劳动合同履行地和用人单位注册地不一致，劳动保护等事项按劳动合同履行地的有关规定执行；但若用人单位注册地有关标准更高、且用人单位与员工约定了适用用人单位注册地的规定的，适用用人单位注册地的规定。

以生育假期天数为例：如果用人单位注册地在北京市，而员工的劳动合同履行地在广州市，则该员工应当按照广州市的规定享有 178 天生育假期（包括 98 天产假及 80 天奖励假），而非按照北京市的规定享有 158 天生育假期（包括 98 天产假及 60 天延长生育假）。

31. 【休假审批】用人单位是否有权拒绝员工的年休假、婚假、陪产假、事假申请？

一般而言，用人单位对于员工提出的休假申请有审批权。对于员工的年休假、婚假、陪产假休假申请，在符合休假条件及请假手续的情况下，用人单位一般应予批准，如不批准的，应具有合理性；对于员工的事假申请，一般认为用人单位有权不予批准。具体如下：

- 关于年休假申请

根据《[职工带薪年休假条例](#)》[第五条](#)的规定，一般认为，用人单位可以根据生产、工作的具体情况，考虑员工的休假意愿，决定是否批准员工的年休假申请。但用人单位需注意，休年休假是员工的法定权利，用人单位不可随意剥夺。如果员工申请休年休假期间确实存在公司业务繁忙不宜休假等合理理由，建议用人单位与员工进行协商并提供正当的不予准假理由。

- 关于婚假和陪产假申请

婚假是法定假期种类，休婚假亦是员工的法定权利，对于符合条件的员工按照用人单位规章制度要求提出的休婚假申请，原则上用人单位应予批准。

陪产假属于男性员工的法定假期种类，且一般具有时效性，若用人单位有权随意拒绝陪产假申请，假期功能便会落空，因此原则上只要员工按照公司规章制度要求提交了住院、出生证明等材料并履行了请假手续，用人单位应予批准。

如果员工申请休婚假、陪产假期间确实存在不宜休假的合理理由，建议用人单位与员工进行协商并提供正当的不予准假理由，员工可以申请其他时间休假。

- 关于事假申请

事假并非法律规定的假期种类，实践中，一般认为对员工事假的审批是用人单位的用工自主管理权事项，用人单位可以根据员工的岗位特点、请假事由和时长等因素，综合决定是否批准员工的事假申请。

32. 【年休假】未休年休假补偿的仲裁时效如何确定？

根据《[中华人民共和国劳动争议调解仲裁法](#)》[第二十七条](#)的规定，劳动争议适用两种仲裁时效：第一种为普通时效，即从当事人知道或者应当知道其权利被侵害之日起一年之内申请劳动仲裁。第二种为特殊时效，就因拖欠劳动报酬发生的争议，劳动者申请劳动仲裁不受普通仲裁时效的限制，但应当自劳动关系解除或终止之日起一年内提出。

对应休未休的年休假天数，用人单位应当按照员工日工资收入的 300% 支付年休假工资报酬（包括员工正常工作期间的工资收入中日工资 100% 部分以及法定补偿的日工资 200% 部分）。员工要求用人单位支付其未休带薪年休假工资中法定补偿（200% 部分）应适用何种仲裁时效，关键在于该法定补偿属于特殊福利待遇还是劳动报酬，若为前者，则适用普通时效；若为后者，则适用特殊时效。

实践中，北京、上海、广东、江苏等地的裁审机关多认为未休年休假 200%的法定补偿并非员工付出的劳动的对价，而是用人单位对员工休息权利所给予的经济补偿，因此属于特殊福利待遇而非劳动报酬，故应适用一年的普通时效。

用人单位需注意的，尽管对适用何种类型的仲裁时效，司法裁判口径较为统一，但对于一年的仲裁时效从何时起算，各地裁审实践观点并不一致。例如，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》第十九条规定，考虑到年休假可以集中、分段和跨年

度安排的特点，员工每年未休带薪年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；上海市、江苏省、浙江省、安徽省人力资源和社会保障厅（局）、高级人民法院、劳动人事争议仲裁院联合制定的《长三角区域“三省一市”劳动人事争议疑难问题审理意见研讨会纪要》规定，应休未休年休假补偿给付请求权的诉讼时效应从应休年休假年度次年的1月1日起计算；确因生产、工作需要，经劳动者同意，用人单位跨年度安排劳动者休年休假的，请求权时效顺延至下一年度的1月1日起计算；劳动关系已经解除或者终止的，从劳动关系解除或者终止之日起计算。

33. 【年休假】用人单位规章制度规定年休假逾期未休则作废，是否有效？

有些用人单位在其员工手册、休假管理办法等规章制度中规定，员工年休假须在一定时限内休完，逾期未休则作废。这种规定在司法实践中效力如何？

首先，应当区分法定年休假与用人单位提供的额外年休假。对于用人单位在法定年休假之外提供的额外年休假，用人单位可以在规章制度中规定，这些额外年休假逾期未休则作废，且用人单位无需支付未休年休假补偿。

但对于《职工带薪年休假条例》《企业职工带薪年休假实施办法》等法律法规中规定的法定年休假，用人单位在规章制度中规定逾期未休则作废的，各地司法实践普遍不支持其效力。例如，在（2019）沪01民终9713号判决中，上海市第一中级人民法院认为，用人单位员工手册中带薪年假过期作废的规定，违反了法律法规的强制性规定，因此无效。在（2015）粤高法民申字第2128、2129号裁定中，广东省高级人民法院认为，用人单位规章制度中年休假未于规定时间内休完自动作废的规定，与《企业职工带薪年休假实施办法》第十条相悖，不能作为用人单位不支付年休假工资的依据。在（2022）京02民终4310号判决中，北京市第二中级人民法院也同样认为，用人单位关于当年未休年假次年自动取消、不予延续或累计的规定，违反强制性规定而无效。

因此，用人单位规章制度中，对于法定年休假逾期未休则作废的规定，司法实践一般认定无效。但在员工主张未休年休假工资的劳动争议中，如已超过仲裁时效，用人单位可进行时效抗辩。

34. 【年休假】用人单位是否有权安排员工休年休假？

根据《职工带薪年休假条例》第五条的规定，一般认为，用人单位有权根据生产、工作的具体情况，考虑职工本人意愿，统筹安排职工年休假。因此，年休假既是员工的法定福利，也是用人单位的自主统筹事项，年休假除了员工主动申请这一种方式外，还可由用人单位依据经营情况主动安排。尽管《职工带

《薪年假条例》规定用人单位安排年休假时需考虑员工本人意愿，但一般认为，并不要求双方必须达成一致，换言之，员工的意愿仅是用人单位安排年休假时的参考要素之一，用人单位有权安排员工休年休假。

结合各地司法实践案例来看，裁审机关在考察用人单位统筹安排年休假是否合规时，主要考察用人单位是否尽到了告知义务，例如是否明确告知员工所休假期为年休假、休假天数等。因此用人单位在行使用工自主权统筹安排员工休年休假时，建议与员工沟通，履行告知义务，并留存有关证据。

35. 【年休假】员工不休年休假的，用人单位是否必须支付年休假工资？

根据《企业职工带薪年休假实施办法》第十条第二款的规定，如果用人单位安排员工休年休假，但是员工因本人原因书面提出不休年休假的，用人单位可以只支付其正常工作期间的工资收入。

需要注意的是，年休假既可以通过员工主动申请的方式，也可以通过用人单位统筹安排的方式进行。实践中，常有员工未主动申请年休假的情况，在此情况下，不可视为其自动放弃享受年休假。在用人单位未安排年休假的情况下，或者虽然安排年休假，但员工并未以书面方式确认因本人原因提出不休年休假的，用人单位仍应依法对应休未休的法定年休假支付补偿。

36. 【年休假】病事假能否冲抵年休假？

病假、事假和年休假是彼此独立的假期种类，承担的功能各不相同，原则上不得互相冲抵。根据《职工带薪年休假条例》第四条的规定，员工请事假累计 20 天以上且单位按照规定不扣工资的；累计工作满 1 年不满 10 年的职工，请病假累计 2 个月以上的；累计工作满 10 年不满 20 年的职工，请病假累计 3 个月以上的；累计工作满 20 年以上的职工，请病假累计 4 个月以上的，不享受当年的年休假。

因此，一般而言，若员工享受的病假和不扣薪的事假天数未达到《职工带薪年休假条例》第四条的标准，员工仍得以享受年休假，以病事假冲抵年休假没有法律依据。但考虑到病假、事假期间，员工一般无法享受正常工资，因此实务中，如果用人单位和员工就以病事假冲抵年休假一事达成一致，可以进行冲抵操作，但用人单位应要求员工书面提交年休假申请并保存好就冲抵达成一致的证据，以便日后产生纠纷时能够充分举证。

37. 【医疗期】如何确定和计算医疗期？

从国家层面的规定看，根据《企业职工患病或非因工负伤医疗期的规定》第三条和第四条的规定，医疗期依据员工本人实际参加工作年限和在本单位工作年限予以确定，医疗期时长具体如下：

实际工作年限	本单位工作年限	医疗期	累计病休时间
10 年以下	5 年以下	3 个月	按 6 个月累计
	5 年以上	6 个月	按 12 个月累计
实际工作年限	本单位工作年限	医疗期	累计病休时间
10 年以上	5 年以下	6 个月	按 12 个月累计
	5 年以上 10 年以下	9 个月	按 15 个月累计
	10 年以上 15 年以下	12 个月	按 18 个月累计
	15 年以上 20 年以下	18 个月	按 24 个月累计
	20 年以上	24 个月	按 30 个月累计

根据《[关于贯彻〈企业职工患病或非因工负伤医疗期规定〉的通知](#)》，医疗期计算应从病休第一天开始累计计算。例如某员工实际工作年限 8 年，在本单位工作 4 年，则其医疗期为 3 个月，累计病休时间按 6 个月累计，若其从 2023 年 3 月 5 日开始第一次休病假，则其在 2023 年 3 月 5 日至 2023 年 9 月 5 日，累计休病假 3 个月即视为休满医疗期，前述期限亦包括休息日和法定节假日。

但需注意的是，地方法规可能对医疗期的确定和计算有特殊规定。以上海市为例，医疗期按照员工在本用人单位的工作年限设置。员工在本用人单位工作第 1 年，医疗期为 3 个月；以后工作每满 1 年，医疗期增加 1 个月，但不超过 24 个月。医疗期的计算应从病休第一天累计计算，即员工连续或累计病休满 20.83 天为一个月，其中不包括国家规定的休息日和法定节假日。

38. 【医疗期】医疗期满后员工申请继续休病假，用人单位如何处理？

实践中，常有员工在医疗期满后申请继续休病假，甚至有“泡病假”之嫌。对此用人单位关心的问题主要有：

- 能否拒绝员工的病假申请？

实践中多数法院认为病假审批虽然属于用人单位的管理自主权范畴，但用人单位应本着实事求是、保障员工正当权益的原则，对员工的病假申请予以审核批准。若员工按照用人单位规章制度提交了真实的医疗机构开具的病情证明单等资料，用人单位一般应批准病休申请。

- 能否依据《[中华人民共和国劳动合同法](#)》[第四十条第一项](#)规定解除劳动合同？

用人单位根据《[中华人民共和国劳动合同法](#)》[第四十条第一项](#)的规定解除劳动合同，需证明员工医疗期满后不能从事原工作也不能从事用人单位安排的其他工作。关于员工医疗期满后继续请病假是否自动等同于“不能从事原工作也不能从事用人单位安排的其他工作”，实践中的观点存在分歧。例如，在北京地

区，极少数案例认为员工在医疗期满后仍申请休病假，已说明其身体已不具备从事原工作或另行安排工作的基本条件，用人单位解除劳动关系合法，而多数案例认为用人单位不可因员工在医疗期满后继续请病假就当然推定其不能返岗工作或无需另行安排工作，此时法院多会考察用人单位是否有就返岗、调岗事宜和员工协商以综合判断解除的合法性。

谨慎起见，建议用人单位先向员工发放返岗、调岗通知书，且调岗需结合劳动者的病情，具有一定的合理性。若员工仍不返岗工作，用人单位可以考虑依据《中华人民共和国劳动合同法》第四十条第一项的规定解除劳动关系，同时依法支付经济补偿金及代通知金（如适用）。但在某些情况下，用人单位在解除劳动关系之前，还需要考虑安排员工进行劳动能力鉴定。

- 若未解除劳动合同，是否需支付病假工资？

一般来说，用人单位未解除劳动合同的，因双方劳动关系仍然存续，故用人单位仍应向员工支付病假工资，具体病假工资标准应按照地方规定及用人单位规章制度的规定执行。

39. 【医疗期】特殊疾病适用多长时间的医疗期？

有关特殊疾病医疗期的规定集中在原劳动部的三个文件中，分别是《企业职工患病或非因工负伤医疗期规定》（劳部发〔1994〕479号）（“479号文”）、《[关于贯彻〈企业职工患病或非因工负伤医疗期规定〉的通知](#)》（劳部发〔1995〕236号）（“236号文”）和《[关于贯彻执行〈中华人民共和国劳动法〉若干问题的意见](#)》（劳部发〔1995〕309号）（“309号文”）。

根据479号文第三条的规定，职工医疗期时长根据本人实际参加工作年限和在本单位工作年限予以确定。236号文第二条规定，对某些患特殊疾病（如癌症、精神病、瘫痪等）的职工，在24个月内尚不能痊愈的，经用人单位和劳动主管部门批准，可以适当延长医疗期。而根据309号文第七十六条的规定，职工患病或非因工负伤，根据本人实际参加工作的年限和本用人单位工作年限长短，享受3至24个月的医疗期；对于某些患特殊疾病（如癌症、精神病、瘫痪等）的职工，在24个月内尚不能痊愈的，经用人单位和当地劳动部门批准，可以适当延长医疗期。

对于前述规定的理解，各地实践中存在两种解读，可供用人单位参考：

- 特殊疾病的医疗期为24个月

以江苏、北京为例，地方性规定 / 司法实践倾向于认为患有特殊疾病的员工，应予倾斜保护，不受实际工作年限或在本单位工作年限限制，应直接给予24个月的医疗期。

- 特殊疾病的医疗期是附条件可延长期限，不一定为24个月

以浙江、广东、山东为例，地方性规定 / 司法实践倾向于认为，对于特殊疾病的医疗期，不可径直确定为24个月，而是仍应根据本人实际参加工作年限和在本单位工作年限予以确定，在给定的医疗期满后仍不能治愈的，再附条件地予以延长。

40. 【医疗期】员工医疗期满，用人单位解除劳动合同是否需先进行劳动能力鉴定？

根据《中华人民共和国劳动合同法》第四十条第一项的规定，劳动者患病或者非因工负伤，医疗期满后，不能从事原工作也不能从事由用人单位另行安排的工作的，用人单位可解除劳动合同。因此，《中华人民共和国劳动合同法》本身并未规定劳动能力鉴定是劳动关系解除的前置程序。然而在实践中，各地司法裁判口径并不一致。例如，北京多数案例认为用人单位解除医疗期满的员工的劳动关系，需先进行劳动能力鉴定，但若员工拒不配合鉴定，用人单位可以解除劳动合同；江苏的部分案例未明确是否需进行劳动能力鉴定，但认为劳动能力鉴定结果是用人单位支付医疗补助费的依据；上海多数案例未就该问题做出评述。

因此，用人单位若欲依据《中华人民共和国劳动合同法》第四十条第一项的规定解除劳动合同，应充分关注地方规定及当地司法实践是否要求以劳动能力鉴定作为解除的前置程序。为降低法律风险，用人单位可在医疗期满后通知、催告员工进行劳动能力鉴定，并注意留存有关证据。

41. 【病假】员工病假申请未被批准的情况下未到岗上班，是否构成旷工？

用人单位通常规定，员工休病假应当履行病假申请与审批手续，若在病假申请未被批准的情况下不到岗上班，则构成旷工，用人单位有权对其作出纪律处分，直至解除劳动合同。

一般认为，用人单位对于员工病假申请，具有审批的权利，有权根据员工的病情、病历资料、病假建议等实际情况，决定是否批准员工休病假及病假天数。但在员工申请病假并提供了真实的病假相关材料证明存在患病需要休息的情况下，用人单位没有合理理由不予审批的，难以依据员工未获审批休病假构成旷工予以解除。

在各地司法实践中，对于病假申请未被批准也未到岗上班的员工，用人单位能否以构成旷工为由作出纪律处分直至解除劳动合同，裁审机关通常会根据员工病假资料的真实性、病情病况以及用人单位未批准病假申请的原因等实际情况，作出合法性与合理性的具体判断。例如，在（2021）粤 01 民终 19699 号判决中，广州市中级人民法院指出，结合员工的伤情、已休病假天数、病历资料，以及员工在病假期间多次前往外地等情况，该员工病假申请未经批准而未再到岗，用人单位多次催告复工无果后以旷工为由解除与其的劳动合同，合理合法。在（2021）京 03 民终 106 号判决中，北京市第三中级人民法院认为，员工

提交的就诊材料已经能够反映其存在抑郁状态且有建议休息的医嘱，即便就诊材料不如用人单位要求的齐全，也不能推翻其因病需要休息的事实，用人单位据此认定员工旷工并解除劳动合同缺乏依据。

42. 【病假】用人单位是否有权要求员工提供指定医院的病假证明材料？

用人单位出于防止员工以虚假材料提交病假申请的考虑，可能会要求员工在申请休病假时，提供用人单位指定医院的病假证明材料，这种要求的效力如何？

从各地司法实践来看，裁审机关往往会根据个案情况，对用人单位此类要求进行合理性判断。同时，若以规章制度形式规定此类要求的，裁审机关还会审查规章制度的合法性和效力。例如，在（2020）京03民终8461号判决中，北京市第三中级人民法院认为，用人单位对员工两年有余的休假真实性产生合理怀疑，指定其到治疗效果更好的协和医院开具证明，具有管理正当性，不会对员工造成不便，且规定指定就诊要求的规章制度已经民主公示程序，因此认定属合理管理，不违反法律规定。在（2016）沪0105民初17017号判决中，上海市长宁区人民法院指出，公民有自由就医权利，在三级医院已经给予员工病休建议的情况下，用人单位坚持要求其前往指定医院复查，侵犯了劳动者就医权，属于管理不当。

因此，建议用人单位在要求员工提供指定医院病假证明材料时，遵循合法性与合理性的原则。一方面，在规章制度中进行规定的，相应规章制度须经民主、公示程序，确保其效力；另一方面，指定医院等要求需具有合理性，应根据当地及个案实际情况设定合理的要求。

43. 【病假】员工患有较严重的疾病休病假后要求返岗上班，用人单位能否要求提供医院出具的康复证明？

员工病假期满后要求返岗上班，用人单位基于用工安全或其他考虑，要求其提供医院出具的康复证明，否则不接受该员工返岗上班，是否具有正当性？

实践中此类案例相对较少，但从现有案例看，用人单位因员工无法提供符合要求的康复证明，而不接受员工上班的，员工依据《中华人民共和国劳动合同法》第三十八条第一款第一项的规定主张解除劳动合同并要求用人单位支付经济补偿金的，可能被裁审机关支持。

例如，在（2022）苏02民终2850号判决中，用人单位以员工无法提供痊愈证明为由，强制其离岗休病假，员工为恢复工作岗位，向用人单位邮寄通知函，载明若用人单位三日内不安排工作视同违约辞退，后因未安排工作，员工主张用人单位违法解除劳动关系。法院认为，用人单位强制员工休病假的行为

不当，但不构成违法解除，而应当认定为《中华人民共和国劳动法》第三十二条及《中华人民共和国劳动合同法》第三十八条规定的劳动者被迫解除劳动合同的情形，用人单位应当支付经济补偿金。

用人单位可以要求病愈员工提供康复证明，但不建议因员工无法提供而拒绝其返岗上班，否则面临员工主张被迫解除劳动关系并要求支付经济补偿金等风险。若员工疾病较重，用人单位实有顾虑，建议与员工进行充分协商沟通，在达成一致的情况下变更或解除劳动合同。

六、薪酬与福利

概述

薪酬与福利是用人单位人力资源管理体系的重要组成部分，也是员工最为关注的问题之一。在本章节，我们将从员工的工资、奖金、社会保险以及员工可能获得的其他福利等实务问题入手，介绍用人单位在薪酬与福利方面可能遇到的实务疑难问题，以供参考。

44. 【工资】用人单位能否单方调整员工的劳动报酬？

劳动报酬为劳动合同的重要内容之一。根据《[中华人民共和国劳动合同法](#)》[第三十五条](#)的规定，原则上用人单位调整员工的劳动报酬需要获得员工的同意，并签署书面变更劳动合同协议，明确调整的内容。根据《[中华人民共和国劳动法](#)》[第四十七条](#)的规定，用人单位有权根据自身的实际情况，通过法定的民主程序自主确定本单位的工资水平。因此，实践中不少用人单位会在劳动合同中约定或者在员工手册等规章制度中规定用人单位有权单方调薪。但是，在未获得员工同意的前提下，用人单位依据该等约定/规定单方调薪能否获得裁审机关的支持，通常取决于调薪行为是否具有合理性。实践中，合理性判断的考量因素包括但不限于调薪的必要性、目的正当性、调薪行为是否具有侮辱性和惩罚性等。

若用人单位单方调薪的决定执行超过一个月但员工未提出异议，不少用人单位可能会误认为员工默示同意调薪。但是，根据最高人民法院的司法观点，该情形应当视为员工对调薪保持消极沉默，而该种沉默并不构成员工的消极意思表示，不能视为用人单位与员工就调薪已协商一致。此时，员工仍可向用人单位请求补足劳动报酬差额，用人单位不予补足的，员工可向劳动监察部门投诉，或者直接依据《[中华人民共和国劳动合同法](#)》[第三十八条](#)解除劳动合同并主张经济补偿金。

45. 【工资】员工加班费的计算基数如何认定？

关于员工加班费的计算基数，国家法律法规并未做出明确规定。实践中，若用人单位与员工约定了加班费的计算基数且该等约定合理的，一般会遵从双方的约定；若没有约定或约定不明确的，各地也规定了不同的计算基数标准。具体来看：

- 北京：以实际发放的工资标准为基数，包括基本工资、岗位津贴、具有“员工正常工作时间工资报酬”性质的当月奖金等，但不包括前月的加班费、伙食补助等；
- 上海：以员工正常出勤月的工资（不包括加班费）的 70% 为基数，不包括年终奖、上下班交通补贴、工作餐补贴、高温津贴等特殊情况下支付的工资；
- 江苏：以员工前十二个月平均工资为基数，实际工作时间不满十二个月的按照实际月平均工资计算，不包括用人单位可自行决定给付的福利以及非工资性补贴；
- 广州 / 深圳：以员工正常工作时间的工资为基数，用人单位与员工约定奖金、津贴、补贴等不包括在基数范围内的，从其约定。

此外，各地也基本都规定加班费的计算基数不得低于当地的最低工资标准。因此，用人单位在实际计算员工的加班费时，应核实当地的法律法规以及司法实践的最新情况，并遵照执行。

46. 【工资】实行特殊工时制的员工能否主张加班费？

我国的特殊工时制度主要包括不定时工时制和综合计算工时制。实行特殊工时制的员工在工作日、双休日或者法定节假日加班的，并非全都能获得相应的加班费。

• 不定时工时制：对于实行不定时工时制的员工，因其不按固定工作时间计算工时，用人单位无需支付其正常工作日的加班费以及双休日的加班费。但对于法定节假日的加班费，各地存在不同做法。例如，在北京地区，实行不定时工时制员工在法定节假日加班的无权获得加班费；但在上海和深圳地区，实行不定时工时制员工在法定节假日加班的有权获得加班费（日工资的 300%）；

• 综合计算工时制：如经劳动行政部门批准实行综合计算工时制，在用人单位得到审批的计算周期内，员工经综合计算的工作时间超过法定标准的部分，应视为加班，用人单位需支付加班费（日工资的 150%）；此外，员工在法定节假日工作的，按不低于日工资的 300% 支付加班费。

关于实行综合工时制的员工在离职时其综合计算周期未满，用人单位应如何支付加班费，各地存在不同的做法。例如，在北京地区，对于员工实际工作时间超过法定标准工作时间的部分，用人单位应按照不低于日工资的 200% 的标准支付加班费。具体可参考第 26 问的解答。

综上，对于实行特殊工时制的员工，用人单位在日常用工管理过程中需遵照当地不同工时制的加班费支付规则执行，并注意保留员工加班的相应证据。

47. 【工资】病假工资应当如何计算？

根据《关于贯彻执行〈中华人民共和国劳动法〉若干问题的意见》第五十九条的规定，员工的病假工资标准不得低于当地最低工资标准的 80%。在地方层面，大多数地区与国家规定保持一致，如北京、广州、浙江、江苏等地，仅规定了病假工资的“底线”，没有明确规定病假工资的计算基数和标准。不过，也有少数地区在遵循上述“底线”标准的基础上进行了特别规定，例如：

- 在上海，员工的病假工资（疾病休假工资 / 疾病救济费）为员工的本人工资乘以确定的比例。其中，“本人工资”为员工所在岗位相对应的正常出勤月工资，不包括年终奖、上下班交通补贴、工作餐补贴、住房补贴、中夜班津贴、夏季高温津贴、加班工资等特殊情况下支付的工资；“比例”则根据员工的病假时间是否超过 6 个月，以及员工的连续工龄来确定；

- 在深圳，用人单位应当支付的病假工资不得低于员工本人正常工作时间工资的 60%。

综上，在确定员工的病假工资的计发标准时，用人单位应当提前核实当地的相关政策及司法实践情况，并按照规定如实发放。否则，用人单位存在被认定为未及时、足额支付劳动报酬的风险，员工有可能依据《中华人民共和国劳动合同法》第三十八条解除劳动合同并主张经济补偿金。不过，在上海，因客观原因导致员工和用人单位双方对病假工资的基数、计算年限、医疗期期限等存在不同理解，进而造成用人单位未能及时、足额支付劳动报酬的，将不作为员工合法解除劳动合同并获得经济补偿的依据。

48. 【工资】用人单位停工停产，如何支付员工工资？

根据《工资支付暂行规定》第十二条的规定，非因员工的原因，用人单位停工停产在一个工资支付周期内的，应按劳动合同规定的标准支付员工工资；超过一个工资支付周期的，用人单位可根据员工提供的劳动，按双方新的约定支付工资，但不得低于最低工资标准。

至于如何界定“一个工资支付周期”，各地司法实践存在不同观点：

- 观点一：将用人单位的计薪周期作为一个工资支付周期；
- 观点二：将用人单位决定停工停产之日起的第一个月为第一个工资支付周期。

鉴于司法观点的不统一，实践中用人单位应当基于其所在地区届时有效的司法实践观点，从对员工影响的角度考虑，决定如何执行“一个工资支付周期”。

此外，当用人单位停工停产时间超过一个工资支付周期之后，对于提供了劳动的员工，可以重新约定工资标准，但新的工资标准不得低于当地最低工资标准；但对于没有安排工作的员工，用人单位可以支付其生活费。至于生活费的支付标准，大部分地区要求不得低于当地最低工资标准的 70%（如北京）或 80%（如江苏、广州、深圳）；但是，上海地区的司法实践通常要求用人单位按照当地最低工资的标准支付生活费。

49. 【奖金】在奖金发放前提前离职员工的年终奖应当如何发放？

年终奖作为用人单位提供的奖金福利，我国并不强制性要求用人单位予以发放。实践中，用人单位多是通过劳动合同或者内部规章制度约定年终奖发放与否、发放标准、发放形式等问题。因此，不少用人单位会在劳动合同或者内部规章中约定，若年终奖发放时员工已经离职则无权享受该待遇。但是，即便有该等约定，员工在年终奖发放前离职是否有权获得当年的年终奖金，在司法实践中存在不同的观点。

- 观点一：用人单位与员工的约定属于用人单位免除自身法定责任，排除员工权利的约定，应属无效；
- 观点二：年终奖的发放属于用人单位经营自主权的范畴，只要不违反法律、行政法规的强制性规定，该等约定应属有效。

根据最高人民法院发布的第 183 号指导案例，对于离职员工的年终奖发放需结合员工的离职原因、离职时间、工作表现以及对用人单位的贡献程度等因素进行综合考量。因此，用人单位可以依据公平原则，在规章制度中基于不同离职理由将能否获得年终奖的情形进行区分和细化，例如员工主动辞职或者因《中华人民共和国劳动合同法》第三十九条解除劳动关系的，无权获得年终奖等。若用人单位将年终奖与员工的绩效考核表现挂钩的，应明确设置年终奖的发放条件和标准，避免将员工是否在职作为是否能够获得年终奖的唯一要件，并在绩效考核结束后留存证明员工绩效表现的相关证据。

50. 【奖金】用人单位能否以经营困难为由自主决定不予发放奖金？

用人单位在经营困难的情况下，为了节省支出，可能会选择不予发放年终奖。在司法实践中，该做法是否能得到裁判机关的支持，主要取决于用人单位在与员工的劳动合同中是否有明确的约定或者在规章制度中是否有明确的规定。

• 场景一：若明确约定或规定年终奖的发放与用人单位经营状况相挂钩，则用人单位有权根据自身经营状况决定是否发放年终奖以及发放的金额。若用人单位能够举证证明其存在经营困难，通常其不予发放年终奖将被视为具有合理性；

• 场景二：若明确约定或规定要发年终奖，但未约定年终奖的发放与用人单位经营状况相挂钩，则用人单位关于“经营困难”的抗辩通常难获支持。在此情况下，即便用人单位确实存在经营困难，可能仍旧需要按照约定或规定足额或按一定比例折算发放年终奖。

如果用人单位希望对年终奖的发放保持灵活性，在经营困难时不发放年终奖，可在劳动合同或者规章制度中明确将年终奖发放与用人单位的经营状况相挂钩，并且明确约定用人单位有权根据自身经营状况少发或不发年终奖。

51. 【奖金】年终奖无明确规定和约定，员工能否依据过往惯例主张年终奖？

在实践中，不少用人单位未就年终奖的发放条件及标准进行明确规定或者未与员工就此达成明确约定。在此情况下，员工能否依据用人单位以往发放年终奖的惯例主张当年的年终奖，司法实践中存在不同的观点：

- 观点一：双方劳动合同、规章制度并未专门约定或规定年终奖的发放条件及标准等，用人单位根据多方因素发放年终奖，系其行使经营自主权的表现，用人单位有权依据自身经营情况及员工表现决定是否发放年终奖。即便存在发放年终奖的惯例，也无法强令用人单位发放年终奖；

- 观点二：尽管用人单位对年终奖的发放享有经营自主权，但其自主管理应当给予员工一定的合理预期。如果用人单位无法证明员工不符合年终奖的发放条件，则应依据公平原则，结合员工的工作情况、年终奖发放的惯例情况以及其他员工诉争年度的年终奖获得情况，酌定用人单位向员工支付合理的年终奖金额。

鉴于目前司法实践观点不统一，用人单位可就年终奖的发放条件和标准与员工进行明确约定，或者在规章制度中明确规定过往发放奖金不代表未来仍会发放，避免形成惯例，丧失对年终奖发放的管理控制权；若确无该等约定或规定，用人单位应注意留存员工在年终奖诉争年度的工作时长、工作表现、绩效考核、其他员工的奖金获得情况等相关证明材料，避免承担因举证不充分造成的不利后果。

52. 【社保】外籍员工的社保应当如何缴纳？

根据《[在中国境内就业的外国人参加社会保险暂行办法](#)》的相关规定，外籍员工在中国境内就业，用人单位有法定义务自办理《就业许可证》之日起 30 日内为外籍员工办理社会保险登记并按时足额缴纳社会保险费用。外籍员工的缴费比例和缴费基数与中国员工的标准和要求相同。近年来，司法实践对于用人单位履行为外籍员工参保义务的管理也在逐渐“趋严”。实践中，若产生相关争议，用人单位被社保部门责令补缴社保的，一般应当补缴至该外籍员工的实际入职时间，但补缴的最长期限取决于当地的规定。

不过，并非所有在我国境内就业的外籍员工，用人单位都要为其缴纳五险。若满足两国签订的双边社保互免协定中约定的条件，部分险种的缴纳义务可予以免除。自 2002 年我国与德国签订首份社会保险协定以来，截止目前，我国已经与 11 个国家签订了社会保险协定，包括德国、韩国、丹麦、芬兰、加拿大、瑞士、荷兰、西班牙、卢森堡、日本、塞尔维亚（具体内容可登录“中华人民共和国人力资源和社会保障

保障部”官网查看)。根据协定内容,中方用人单位可以免缴的险种主要包括养老保险、失业保险,前提是該员工已在国外缴纳相对应或相类似的险种,并需提供相关参保证明。

53. 【社保】员工自愿放弃缴纳社会保险,用人单位能否免责?

社会保险是国家强制施行的社会保障制度。根据《[中华人民共和国劳动法](#)》第七十二条的规定,依法缴纳社会保险为用人单位和员工的法定义务,属于强制性规定。根据《[中华人民共和国民法典](#)》第一百四十三条和第一百五十三条的规定,员工与用人单位约定自愿放弃缴纳社会保险将因违反强制性规定而归于无效。

此外,若员工自愿放弃缴纳社会保险之后,用人单位确实没有为其缴纳的,根据《[中华人民共和国社会保险法](#)》第八十六条的规定,用人单位除应补缴社保外,还应自欠缴社保之日起,按日缴纳万分之五的滞纳金。但相关滞纳金是否完全由用人单位承担,司法实践中存在不同的观点:

- 观点一:不论未缴纳社保费是何原因,只要用人单位未履行代扣代缴义务的,由此产生的法律风险(即滞纳金)应全部由用人单位承担;

- 观点二:《[中华人民共和国社会保险法](#)》第八十六条规定的情形系因用人单位原因未缴纳社保而产生滞纳金。如果因员工自愿放弃缴纳而产生滞纳金的,员工本人对于滞纳金的产生同样存在过错,应当依据诚实信用原则及公平原则,按照双方的过错程度确定一定比例,由用人单位和员工共同承担滞纳金。

因此,若员工提出自愿放弃缴纳社会保险,用人单位应当明确拒绝并按照法律规定为其正常缴纳社会保险。

54. 【社保】用人单位与员工约定以现金补贴代替缴纳社会保险,已支付的现金补贴是否应当返还?

在司法实践中,部分员工为了增加现金收入,会选择自愿放弃用人单位为其缴纳社会保险以换取相应现金补贴,或者部分用人单位为了规避扣缴义务,与员工约定以现金补贴取代社会保险缴费。但是,缴纳社会保险是用人单位与员工双方的法定义务,不能以任何形式予以规避,用人单位与员工的该等约定将因违反强制性规定而归于无效。

根据《[中华人民共和国民法典](#)》第一百五十七条的规定,民事法律行为无效后,行为人因该行为取得的财产,应当予以返还;不能返还或者没有必要返还的,应当折价补偿。因此,若用人单位事后履行了补缴义务,员工应当返还用人单位已支付的社会保险现金补贴。此外,建议用人单位留存好相关证据材料,证明其已支付社会保险补贴的金额,以及该等现金补贴与社会保险直接相关。

55. 【社保】用人单位异地代缴社保是否可行？

在司法实践中，由于历史原因或出于控制人力成本考虑或基于员工本人要求，不少用人单位选择通过第三方或者关联公司在异地为员工缴纳社保。但是，随着“社保三统一”政策的落地，该种安排会给用人单位带来法律风险。

- 跨省市代缴社保：司法实践倾向于认为，不论是委托第三方公司或关联公司（如集团下属单位）为员工异地缴纳，也不论是否取得员工的同意，用人单位可能需要额外承担在其所在地补缴社保的成本、滞纳金以及罚款等；

- 同市跨区代缴社保：随着社保监管的不断细化，该等操作在部分地区同样面临着社保稽核和退补风险。例如，北京部分区级社保经办机构认为，在北京进行跨区代缴社保属于违规操作，社保经办机构会要求用人单位补缴社保，并将社保关系转回劳动关系所在区。

此外，在异地代缴社保的情形下，若员工遭遇工伤并主张工伤保险待遇，社保经办部门可能会因此拒赔或赔付金额偏低，此时用人单位将进一步面临全额赔付或补足差额的风险。因此，用人单位应当在其所在地依法缴纳社保。

56. 【社保】社保补缴应当补多久？

在司法实践中，用人单位因种种原因，可能存在未按时、足额为员工缴纳社会保险的情况。根据我国劳动法律的规定，员工有权要求用人单位补缴社保以维护自己的合法权益。但是，若员工要求补缴社保的时间范围已经超过两年的行政违法查处时效，是否意味着用人单位无需再为员工补缴社保，也即用人单位最多只需补缴两年的社保？

《[中华人民共和国社会保险法](#)》等法律法规并未对征缴社会保险费设定任何时效，即使用人单位未缴社保的违法行为超过了行政处罚的追溯时效，但其缴纳社会保险费的法定责任并不会因此而相应免除，用人单位补缴社保一般应追溯至未缴行为开始之日。严格意义上来看，员工的补缴要求并不受到两年行政违法查处时效的限制。例如，北京、上海和广州等地区的司法实践观点为，员工要求用人单位补缴社保并不仅属于劳动监察部门受理行政违法举报的事由，在员工向社保征缴部门投诉时，不应受到两年行政处罚时效的限制。但是，实践中部分地区（如深圳地区）可能仍然存在对于用人单位未足额缴纳社保超期两年则不再查处，或出现用人单位同意补缴但社保中心无法操作的情形。

因此，用人单位应当在明确相关风险之后，积极与当地社保部门进行沟通，在明确当地的实操政策的前提下进行相应社保缴纳和补缴的安排。

57. 【其他福利】销售提成是否以销售回款为发放前提？

为避免经营风险，用人单位往往在交易方向用人单位支付回款之后，才向员工发放相应的提成款。对于该种安排，若用人单位在劳动合同中约定，或者在规章制度中规定，销售回款为支付提成的前提条件，该种约定或规定通常会被认定为有效；但若双方没有相关约定或规定，用人单位直接以未收到销售回款为由拒绝支付销售提成，可能难以获得裁审机关的支持。

但是，即便双方有约定或者在规章制度中有规定，若员工的劳动关系解除或终止之时或之后，用人单位仍未收到该等回款，此时双方就销售提成的支付容易产生争议。在司法实践中，用人单位能否以“回款不到位”为由拒付销售提成，主要取决于双方劳动关系的解除是否合法：

- 违法解除：因用人单位违法解除导致销售人员无法正常提供后续劳动以促使回款条件实现，且劳动合同解除后销售人员得知回款情况的机会和能力亦明显降低。基于上述理由，回款条件可能会被视为已经成就，用人单位需要依约支付提成款。对于提成金额，考虑到销售人员未完成的工作内容可能被用人单位的其他员工所接替，可综合考虑付款进程、销售人员的贡献程度等因素酌定提成金额；

- 合法解除 / 合法终止 / 主动辞职：若双方约定 / 规定的诉争销售提成的回款条件尚未满足，通常不予支持销售人员的提成支付请求。

综上，用人单位可将“销售回款达标”明确为销售提成的发放前提，并且基于不同的离职理由以及离职工作交接情况，对销售提成的发放进行区分和细化。在日常用工管理中，用人单位也应及时留存交易进程、交易贡献、回款进度等相关证明材料。

58. 【其他福利】离职员工是否需要发放递延绩效薪酬？

“递延绩效薪酬”系指用人单位与员工约定将绩效薪酬在未来一定期限内按比例分批发放，以实现激励员工长期服务、降低经营风险的目的。司法实践中，不少用人单位会以递延绩效薪酬的发放属于用人单位经营自主权为由，主张离职的员工不符合双方约定的或者用人单位规章制度规定的递延绩效薪酬发放条件。对于该等主张，司法实践中存在不同的观点：

- 观点一：递延绩效薪酬属于员工的劳动报酬。根据劳动法律规定，员工获取劳动报酬权是其法定权利之一；即便员工在递延期限届满前离职，其仍有权获得劳动报酬；

- 观点二：若员工的劳动合同解除或终止日期接近递延绩效薪酬的结算日期，可基于公平原则，结合员工是否在劳动合同期限内正常提供劳动等因素来综合认定是否应当发放；

- 观点三：递延绩效薪酬与员工的合规风险事件挂钩，其发放不仅有时间要求，而且附有条件，即若递延期间未发生合规风险事件导致用人单位出现损失的情况，用人单位应予发放。

为了降低递延薪酬制度实施过程中可能产生的法律风险，用人单位应在劳动合同或者内部规章制度中明确该等递延绩效薪酬属于固定薪酬之外的额外激励，并且考虑以书面形式明确递延绩效薪酬发放的具体成就条件和阻却条件。

七、绩效管理

概述

绩效考核是用人单位经营自主权的体现，其不仅是用人单位管理员工的重要工具，也是激励员工提升工作效率、为用人单位创造更多价值的重要途径之一。在本章节，我们将从绩效考核目标的设置、考核的具体流程、考核结果的运用等实务问题入手，介绍用人单位在绩效管理环节可能遇到的实务疑难问题，以供参考。

59. 【考核目标设置】如何设计科学的绩效考核制度？

为了得出具有普遍参考价值的考核结果，也为了获取判断员工是否胜任的有力证据，设置公平、完善、全面、细致、科学的绩效考核制度十分重要。为了实现该目标，用人单位可以考虑以下方面：

- 绩效考核应关注员工的整体表现，包括但不限于工作态度、工作成果、团队合作等，且各方面的因素需在对员工的整体评价中占据合理的比例；
- 绩效考核的目标应当明确，如能以量化方式衡量，则应尽可能地明予以量化；另外，在可能的情况下，考核目标应尽量降低主观项目的比例，多设置一些客观项目；
- 为避免人为因素导致考核结果有失公允，对员工做出评价的人应来自不同岗位、不同角色，并且相关评价人员做出的评价应在总评价中占据合理的比例。

司法实践中，用人单位可结合自身情况和具体的岗位情况，设计适当的绩效考核制度。虽然针对不同的岗位具体考评要求会有所不同，但考评涉及的内容、方式、标准、逻辑建议尽量保持一致，以示公平。

60. 【考核目标设置】绩效考核制度未经“民主程序”是否有效？

根据《[中华人民共和国劳动合同法](#)》[第四条](#)的规定，用人单位制定直接涉及员工切身利益的规章制度，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。但

是，并非用人单位的所有规章制度都需要经过法定民主程序才能产生效力。绩效考核制度是否需要经过法定民主程序，司法实践中存在不同的观点：

- 观点一：绩效考核属于直接涉及员工切身利益的事项，未经法定民主程序通过的绩效考核制度不产生效力，不能作为裁审机关审理相关劳动争议的依据；

- 观点二：绩效考核属于用人单位自主管理权的范畴，可以由用人单位单方制定并实施。若绩效考核制度的内容不违反法律、行政法规的强制性规定且不存在不公平、不合理的情形，并且用人单位已向员工公示或者告知，则该规章制度可作为裁审机关审理相关劳动争议案件的依据。

此外，在上海地区，若员工已书面签收绩效考核制度，且在制度施行过程中未对制度本身提出异议，即便未经过法定民主程序，该绩效考核制度的效力仍有可能被认可。不过，无论绩效考核制度是否需要经过法定民主程序才能产生效力，用人单位都应该将该制度内容公示或明确告知员工。

61. 【考核流程】如何对员工开展绩效改进计划？

若用人单位对员工绩效考核的结果为“不胜任”，此时用人单位尚不能依据《[中华人民共和国劳动合同法](#)》[第四十条第二项](#)直接解除与员工的劳动关系，还需对员工进行培训或调岗，若第二次考核结果仍为“不胜任”的，方可解除劳动关系。实践中，用人单位多会启动绩效改进计划（PIP），对员工进行培训，帮助其进行绩效改进。

绩效改进计划主要包括三个正式阶段：

- 正式培训。用人单位应当根据前一次绩效考核的结果和员工的具体情况，明确员工需要改进的具体项目和内容，以任务为导向，该培训阶段通常会持续一至三个月。该阶段用人单位应当要求员工签署相关绩效改进计划表，以留存相关证据；

- 绩效改进结果的评估。用人单位应在培训结束之后，再次对其绩效表现进行考核，但考核的时间不应超出整个绩效改进计划的周期；

- 用人单位根据绩效改进结果分别采取措施。若员工通过绩效考核并符合其工作职责的要求，用人单位与该员工的劳动关系将继续存续；否则，用人单位可提前三十日以书面形式通知员工或者额外支付员工一个月工资，单方解除与员工的劳动关系。

但是，若员工存在法定的特殊情形，如工伤、“三期”女员工、在用人单位连续工作满十五年且距法定退休年龄不足五年等，即便员工第二次未通过绩效考核，用人单位也不得依据《[中华人民共和国劳动合同法](#)》[第四十条第二项](#)单方解除劳动关系，直至相关特殊情形消失。

62. 【考核结果的运用】如何认定员工“不胜任”？

“不胜任”是指员工不能按照用人单位的要求完成劳动合同中约定的工作任务或者同工种、同岗位人员的工作量；但是用人单位不得故意提高定额标准，使员工无法完成。

司法实践中，裁审机关对“不胜任”的认定标准非常严格。根据最高人民法院发布的第 18 号指导案例，即使用人单位根据自身的生产经营特点制定绩效考核制度，约定绩效考核的某等级为“不胜任”，并据此为员工的工作表现评分、定级，裁审机关也不一定会认可该结论。通常而言，用人单位作出的“不胜任”认定结论不仅需要基于有效且公平、合理的规章制度，还需要基于充分且客观的证据（如员工的岗位描述、工作目标、绩效考评过程性文件、与员工进行绩效面谈的书面记录、员工参与绩效面谈的签字、员工自评以及其他人员对员工的评价考评结果的通知或确认等）。

因此，用人单位不仅需要制定公平合理的绩效考核制度，还需要保证绩效考核程序尽量做到“360度”，并且对绩效考核过程进行全程书面记录，做到有据可查。

63. 【考核结果的运用】未经员工确认，绩效考核结果能否作为发放绩效奖金 / 处理员工劳动关系的依据？

用人单位在得出绩效考核结果之后，通常会要求员工签字确认。但是，在考核结果会影响员工的绩效奖金或者考核结果为“不胜任”时，员工可能会拒绝签字确认考核结果。

一般而言，如果用人单位有较为完备公正的绩效考核制度体系，该等制度也经过了法定民主程序或者由员工书面签收并公示或告知员工，并且绩效考核制度中也规定了考核结果不需要员工签字确认，在该情形下，只要绩效考核严格遵照制度规定的流程开展，且考核结果具有合理性，则用人单位有权将未经员工确认的考核结果作为发放绩效奖金或处理员工劳动关系的依据，但用人单位应将绩效考核结果事先告知员工。

从降低风险的角度考虑，用人单位应尽可能取得员工签字确认的绩效考核结果。若最终未经员工确认，用人单位需要注意留存好绩效考核过程中的所有相关证据，以应对可能发生的劳动争议。

八、工伤和职业病

概述

实践中，员工在工作过程中发生疾病或事故的案例时有发生，且随着互联网经济的发展和新业态用工的出现，员工主张工伤认定的情形更是纷繁复杂。实践中，并非所有情况下员工都能依法享受工伤保险待遇。在本章节，我们选取了近年来用人单位和员工较为关注的工伤认定情形以及职业病管理问题，以供参考。

64. 【工伤】员工居家办公时受伤或猝死的，算工伤吗？

近年来，居家办公已成为诸多用人单位广泛应用的办公模式，但该模式也为工伤认定情形增加了复杂性和难度。一般而言，员工在居家办公情形下发生受伤或猝死等事故，较大可能会主张自己构成《[工伤保险条例](#)》[第十四条](#)和[第十五条](#)分别规定的工伤及视同工伤情形，即“在工作时间和工作场所内，因工作原因受到事故伤害”的工伤情形，或“在工作时间和工作岗位，突发疾病死亡或者在 48 小时之内经抢救无效死亡”的视同工伤情形。在司法实践中，员工在居家办公情形下发生事故，是否构成前述工伤或视同工伤情形的，需要结合个案事实进行判断。

对于居家办公时发生事故，是否构成“在工作时间和工作场所内，因工作原因受到事故伤害”，一般认定因素包括工作时间、工作场所和工作原因三个方面：

- 关于工作时间的认定：员工居家办公情形下，其上下班时间边界较为模糊，难以排除员工在除正常工作时间外也在工作。若员工可以提供线上打卡记录、加班申请记录，以及电话、微信、邮件等工作沟通记录相关的有效证据的，被认定为属于工作时间的可能性相对较大；

- 关于工作场所的认定：员工居家办公时，其经常居住地应当属于工作场所。但在个案中，员工很可能在亲戚朋友家或咖啡店等场所办公时发生事故，此时对工作场所的认定有所争议。在司法实践中，通常需要结合员工处于该场所是否正常履行工作职责、是否为工作必要以及是否不违反用人单位的规章制度要求等实际情况进行个案判断；

- 关于工作原因的认定：员工居家办公时，很可能出现在工作间隙时处理日常生活事务而受伤的情况，例如在工作间隙做家务时受伤等，此时如何认定员工受伤是否属于因工作原因存在困难。司法实践中，已有裁审机关（例如（2020）闽 0502 行初 148 号案例）指出，“职工在家办公势必会存在工作与生

活相重合的情形，比如在办公的间隙处理日常生活设施的维修等。在无法明确排除职工系个人生活所需导致伤害的情形下，应作出有利于职工的认定。”

对于居家办公时发生事故，是否构成“在工作时间和工作岗位，突发疾病死亡或者在48小时之内经抢救无效死亡”，在工作时间的认定上与前述标准一致，不再赘述。对于工作岗位的认定，参考最高人民法院在（2017）最高法行申6467号案例的司法观点，即“在职工发病和死亡是否发生在工作时间、工作岗位上缺乏相关证据证明、难以确定的情况下，根据工伤认定倾向性保护职工合法权益的原则，应当作出有利于职工的肯定性事实推定，而非否定性的事实认定。”

综上所述，员工居家办公时受伤或猝死的，是否属于工伤，需要结合个案实际情况予以综合考虑。在用人单位缺乏证据证明员工不是在工作时间、工作场所或因工作原因受伤的情况下，裁审机关很可能倾向性作出有利于员工的事实推定。

65. 【工伤】员工上下班路上发生的交通事故，都算工伤吗？

根据《[工伤保险条例](#)》[第十四条](#)规定，在上下班途中，受到非本人主要责任的交通事故或者城市轨道交通、客运轮渡、火车事故伤害的，应当认定为工伤。根据该条规定，员工在上下班路上发生的交通事故，认定工伤需要满足以下两个条件：一是“在上下班途中”，二是员工受到的事故伤害非本人负主要责任。

其中，对于什么是“在上下班途中”，《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》第六条对此条件予以进一步细化，将在合理时间内，往返于工作地与住所地、经常居住地、单位宿舍的合理路线，或往返于工作地与配偶、父母、子女居住地的合理路线，以及从事属于日常工作生活所需要的活动的合理路线，均视为“在上下班途中”。因此，在司法实践中，需要结合个案事实情况对时间要素（即必须发生在员工上下班的合理时间内）和空间要素（即必须是合理路线，而并非是绝对、唯一、最佳、必经路线）等进行实质判断。

目前，实践中争议较大的是关于“合理路线”认定的问题，例如员工在上下班途中“绕路”是否属于“合理路线”。对此，从现有裁判观点来看，在个案中需要结合“绕路”的原因具体判断：

- 如员工因天气恶劣、交通堵塞、突发事件等客观原因而绕道的，原则上会被认定为属于“合理路线”；
- 对于员工因买菜、接送孩子等私事绕道，但属于日常工作生活所必需的活动，且在合理时间内未改变以上下班为目的的合理路线的，一般也会被认定为属于“合理路线”；

对于其他情况下员工非因日常工作生活所必需的私事“绕道”的，原则上不会被认定为属于“合理路线”，如参加朋友聚会等。

65. 【工伤】员工上下班路上发生的交通事故，都算工伤吗？

根据《[工伤保险条例](#)》[第十四条](#)规定，在上下班途中，受到非本人主要责任的交通事故或者城市轨道交通、客运轮渡、火车事故伤害的，应当认定为工伤。根据该条规定，员工在上下班路上发生的交通事故，认定工伤需要满足以下两个条件：一是“在上下班途中”，二是员工受到的事故伤害非本人负主要责任。

其中，对于什么是“在上下班途中”，《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》第六条对此条件予以进一步细化，将在合理时间内，往返于工作地与住所地、经常居住地、单位宿舍的合理路线，或往返于工作地与配偶、父母、子女居住地的合理路线，以及从事属于日常工作生活所需要的活动的合理路线，均视为“在上下班途中”。因此，在司法实践中，需要结合个案事实情况对时间要素（即必须发生在员工上下班的合理时间内）和空间要素（即必须是合理路线，而并非是绝对、唯一、最佳、必经路线）等进行实质判断。

目前，实践中争议较大的是关于“合理路线”认定的问题，例如员工在上下班途中“绕路”是否属于“合理路线”。对此，从现有裁判观点来看，在个案中需要结合“绕路”的原因具体判断：

- 如员工因天气恶劣、交通堵塞、突发事件等客观原因而绕道的，原则上会被认定为属于“合理路线”；
- 对于员工因买菜、接送孩子等私事绕道，但属于日常工作生活所必需的活动，且在合理时间内未改变以上下班为目的的合理路线的，一般也会被认定为属于“合理路线”；

对于其他情况下员工非因日常工作生活所必需的私事“绕道”的，原则上不会被认定为属于“合理路线”，如参加朋友聚会等。

66. 【工伤】员工因违反用人单位规章制度等自身过错原因致伤的，算工伤吗？

根据《[工伤保险条例](#)》[第十六条](#)规定，在员工故意犯罪、醉酒、吸毒、自残或自杀的情况下，即使员工符合《[工伤保险条例](#)》[第十四条](#)和[第十五条](#)规定的工伤或视同工伤情形的，也不应当被认定为工伤。但现行法律法规未对员工违章作业等其他自身过错情形下的工伤认定做出明确规定。

在司法实践中，由于我国工伤认定实行无过错责任原则，也即除非员工构成前述工伤认定例外情形的，无论员工受伤的原因是员工本人过错、用人单位过错还是第三人的过错，只要其受伤事实客观存在，且符合法律法规规定的工伤或视同工伤情形的，裁审机关倾向于认为用人单位应当承担相应责任。

但是，在用人单位内部，合法有效的规章制度对员工具有管理约束的效力，若员工存在违反用人单位规章制度的情形，用人单位虽然不能以此为由拒绝承认工伤，但有权依照内部规章制度规定相应对员工进行合理处分。

67. 【职业病】所有与工作相关的疾病都是职业病吗？

实践中，部分员工时常认为只要是和工作相关或由工作引起的疾病就是职业病，应当为其认定工伤。例如，有些员工主张由于工作需要久坐而导致的腰椎疾病属于职业病。殊不知，职业病的认定具有法定性，并非所有与工作相关的疾病都是职业病。

根据《[中华人民共和国职业病防治法](#)》[第二条](#)规定，职业病是指用人单位的员工在职业活动中，因接触粉尘、放射性物质和其他有毒、有害因素而引起的疾病。基于此，职业病的认定需要符合以下两个条件：

- 必须是在从事职业活动的过程中产生的，且必须是因接触粉尘、放射性物质和其他有毒、有害物质等职业病危害因素引起的。如果员工患有职业病目录中规定的某种疾病，但该病不是在职业活动中因接触粉尘、放射性物质和其他有毒、有害物质等因素引起的，而是由于其居住环境周围的有毒物品等原因而引起的，那么该员工的这种疾病就不属于职业病；
- 必须是国家公布的职业病分类和目录所列的职业病。按照有关的规定，职业病包括如下十类：职业性尘肺病及其他呼吸系统疾病、职业性皮肤病、职业性眼病、职业性耳鼻喉口腔疾病、职业性化学中毒、物理因素所致职业病、职业性放射性疾病、职业性传染病、职业性肿瘤和其他职业病。

68. 【职业病】员工离岗前拒绝进行职业病健康检查，用人单位该怎么做？

根据《[中华人民共和国职业病防治法](#)》[第三十五条](#)的规定，对从事接触职业病危害的作业的员工，用人单位应当为其进行离岗前职业健康检查。然而，实践中，时常存在员工不配合、甚至拒绝参加离岗前职业病健康检查的情况。在此种情况下，用人单位常常与员工签订员工自愿放弃离岗前职业健康检查相关承诺书。但即便如此，行政监管部门和裁审机关倾向于认为为接触职业病危害的作业的员工组织职业病健康检查是用人单位的法定义务，因此，相关承诺和协议存在被认定为无效的可能性，进而使得用人单位仍可能面临行政处罚以及在后续的争议中被认定为违法解除的风险。

因此，用人单位应当积极履行为员工进行离岗前职业病健康检查的法定义务。员工在离职前拒不配合或拒不参加离岗前职业病健康检查的，用人单位可考虑采取以下措施以尽可能降低用工风险：

- 在员工离职前，以书面形式，通知员工按规定的时间、检查地点等进行离岗前职业病健康检查，告知员工享有的权利、义务以及不进行离岗前职业病健康检查的后果，并要求其签字确认。同时，用人单位应当注意保存前述书面记录；

- 要求拒不配合或拒不参加离岗前职业病健康检查的员工签署书面放弃离岗前职业病健康体检承诺函，要求其说明是因员工自身原因拒绝接受职业病健康检查；

- 用人单位可考虑主动向当地职业卫生监督管理部门报告相关情况，视需要提交用人单位通知员工进行离岗前职业病健康检查的书面文件以及员工签署自愿放弃承诺函等，以证明用人单位已积极履行相关义务。

九、劳动关系解除

概述

劳动关系的解除，是用人单位与员工之间关系的提前结束，往往由一方单方提起，无疑是劳动争议多发的一环。本章节分别从员工单方解除、用人单位单方解除和双方协商解除三种情景，从实体性问题到程序性问题，从法律要求到法律后果，回应实务中的常见问题，列出实操要点。

69. 【辞职】员工辞职是否需向用人单位申请或经用人单位审批？员工未完成离职交接或离任审计，用人单位可否不予办理离职？

根据《[中华人民共和国劳动合同法](#)》[第三十七条](#)，员工提前三十日以书面形式通知用人单位，在试用期内提前三日通知用人单位，可以解除劳动合同。据此，员工辞职仅需通知用人单位，而无需向用人单位提出申请，无需取得用人单位批准或同意；即使用人单位不同意，劳动合同也将依法于提前通知期届满时解除。因此，用人单位实际上不能以员工未完成离职交接或离任审计为由限制员工离职。并且，根据《[中华人民共和国劳动合同法](#)》[第五十条](#)，用人单位应当在解除或者终止劳动合同时出具解除或者终止劳动合同的证明，并在十五日内为员工办理档案和社会保险关系转移手续。用人单位无权以员工未完成工作交接或未完成离任审计为由不予办理前述离职手续。即使员工未完成工作交接或者离任审计，用人单位仍然应当办理离职，但是可以要求员工在离职后继续配合用人单位完成工作交接和离任审计；员工不办结工作交接给用人单位造成损失的，用人单位可以要求员工赔偿。

70. 【辞职】辞职员工在一个月的通知期内提前离职，用人单位可否索要“代通知金”？反过来，用人单位可否要求辞职员工提前离职？

根据《[中华人民共和国劳动合同法](#)》[第四十条](#)，“代通知金”适用于用人单位基于特定事由单方与员工解除劳动合同的情形。《[中华人民共和国劳动合同法](#)》没有规定员工单方解除劳动合同未提前按法定期

间通知需要向用人单位支付代通知金，而第二十五条规定用人单位不得在法定情形外与员工约定违约金。因此，用人单位无权向员工索要代通知金。但是，如果员工违法解除劳动合同，包括在三十日的通知期内提前离职，造成用人单位损失的，根据《中华人民共和国劳动合同法》第九十条，用人单位可以要求员工承担赔偿责任。

关于用人单位能否单方要求员工在通知期内提前离职，实践中存在争议。肯定性观点认为，提前三十日通知用人单位是员工的义务，是用人单位的权利，其目的在于为用人单位提供工作交接和重新招聘的缓冲期。用人单位基于对其权利的处分，可以安排员工提前离职。否定性观点则认为，在通知期内，劳动合同仍然存续，除非出现用人单位可以单方解除劳动合同的法定情形，否则用人单位无权要求员工提前离职；并且，员工对通知期有期待利益，包括有关期间的薪酬和社保待遇，故用人单位无权单方任意缩短通知期。此外，还有一种折中观点认为，虽然用人单位有权安排员工提前离职，但考虑到这种做法不符合员工对通知期的期待，且减损员工的薪资待遇，因此认为用人单位需要补足员工提前离职期间的工资收入。为此，用人单位如希望员工在通知期内提前离职，建议与员工就离职日期协商一致，以免由此产生相关争议及风险。

71. 【被迫离职】员工“被迫离职”是否需要提前通知用人单位？

所谓“被迫离职”，通常指员工根据《中华人民共和国劳动合同法》第三十八条，因用人单位的过错解除劳动合同。《中华人民共和国劳动合同法》第三十七条规定，员工需提前一定期间通知用人单位，方可解除劳动合同；而第三十八条第一款则规定了员工因用人单位的过错，可以立即解除劳动合同的情形，第三十八条第二款进一步规定了员工无需事先告知用人单位，可以立即解除劳动合同的例外情形，亦即用人单位“以暴力、威胁或者非法限制人身自由的手段强迫劳动者劳动”或“违章指挥、强令冒险作业危及劳动者人身安全”的恶劣情形。

结合解除合同应当通知到对方的民法原则，员工根据《中华人民共和国劳动合同法》第三十八条第一款解除劳动合同的，应当通知用人单位，包括解除事由，但无需提前一定期间；而根据《中华人民共和国劳动合同法》第三十八条第二款解除劳动合同的，可不事先通知用人单位。

72. 【被迫离职】用人单位单方变更工作地点，员工可否主张被迫离职而索要经济补偿？

《中华人民共和国劳动合同法》第三十八条没有规定用人单位单方变更工作地点或变更劳动合同属于员工可以主张被迫离职并且索要经济补偿的法定情形，但是，变更工作地点可能被视为构成《中华人民共

和国劳动合同法》第三十八条第一款第一项规定的“未按照劳动合同约定提供劳动保护或者劳动条件”的情形，需要具体问题具体分析。

一方面，用人单位单方变更员工的工作地点，可视为未按劳动合同约定的工作地点提供工作场所、设备设施等劳动条件；另一方面，用人单位基于经营自主权和用工自主权，可以根据公司的生产经营需要、员工的工作职责等对员工的工作地点进行合理的调整，员工应当服从用人单位的用工管理。如果工作地点的调整不属于重大不利变更，且用人单位相应提供班车等配套便利措施或者交通补贴等消除或者减少工作地点变动对员工产生的不利影响，工作地点的变更对员工产生的影响并没有达到足以迫使员工解除劳动合同的程度，则员工主张被迫离职并索要经济补偿被支持的可能性较小。

73. 【过失性辞退 / 严重违纪】规章制度未履行民主程序，用人单位可否据以解除员工的劳动关系？

根据《中华人民共和国劳动合同法》第四条第二款，用人单位在制定或修改有关劳动报酬、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（“民主程序”）。纪律处分制度或员工奖惩制度属于直接涉及员工切身利益的规章制度，需履行民主程序。

如果前述规章制度未经民主程序制定，用人单位是否可以据此解除员工的劳动合同？实践中有两种观点，第一种观点认为未经民主程序制定的规章制度不可以作为用人单位用工管理的依据，故用人单位不能据此解除员工的劳动合同；第二种观点则认为，规章制度虽未经民主程序制定，但已向员工公示或告知，且内容并未违反法律、行政法规的规定，不存在明显不合理的情形的，可以作为处理劳动争议的依据。从规避用工风险的角度出发，建议用人单位尽可能依法完善规章制度的制定程序。

74. 【过失性辞退 / 严重违纪】员工出现规章制度规定的严重违纪行为，用人单位是否即可解除劳动关系？

根据《中华人民共和国劳动合同法》第三十九条，员工严重违反用人单位的规章制度的，用人单位可以解除劳动合同。为此，用人单位需先制定其规章制度，且为减少对于员工违反规章制度是否达到严重的程度的争议，在实务中，通常做法是在规章制度中明确规定哪些行为属于“严重违纪”。那么，用人单位有证据证明员工有规章制度规定的严重违纪行为，是否就可以立即解除劳动合同呢？

事实上，在劳动争议中，除了审查规章制度是否履行了《[《中华人民共和国劳动合同法》第四条](#)》规定的法定程序、内容是否合法外（参见第 73 问），裁审机关还可能审查规章制度的合理性，在个案中适用特定的制度规定是否公平合理，包括违纪是否足够严重，是否导致重大损失或其他严重后果，员工有无恶意或过错，处分是否过重、可否采取替代性措施或予以改正机会。由此，即使员工的行为完全符合规章制度规定的严重违纪情形，在个案中仍建议用人单位具体情况具体分析，结合个案的情节，审慎决定是否立即予以最严厉的纪律处分，亦即解除劳动合同。

75. 【过失性辞退 / 严重违纪】规章制度未完善的情况下，用人单位如何与有不当行为的员工解除劳动关系？

如果用人单位需要处理员工某种不当行为，但尚未制定纪律处分的规章制度或规章制度无相应的规定，或规章制度的制定或送达有程序性瑕疵，一方面，用人单位可以先行判断员工的不当行为是否符合《[《中华人民共和国劳动合同法》第三十九条](#)》的其他情形，诸如“严重失职，营私舞弊，给用人单位造成重大损害的”“劳动者同时与其他用人单位建立劳动关系，对完成本单位的工作任务造成严重影响，或者经用人单位提出，拒不改正的”等等，如存在这些情形之一，那么用人单位仍可根据《[《中华人民共和国劳动合同法》第三十九条](#)》规定单方解除劳动合同。

另一方面，用人单位可考虑根据《[《中华人民共和国劳动法》第二十五条](#)》规定，以劳动者严重违反劳动纪律单方解除劳动合同。但是，由于何谓“劳动纪律”并没有国家层面法规的明确定义，故用人单位以员工严重违反劳动纪律为由单方解除劳动合同时，应针对明显不当或违反普遍适用的行为规范的行为，并结合当地司法实践对于劳动纪律的认定尺度，慎重作出决定。

76. 【过失性辞退 / 严重违纪】员工不服从工作安排，用人单位应如何解除劳动合同？

用人单位应首先检查其内部现行有效的规章制度，是否有就员工不服从工作安排的行为设置相应的惩处条款，如已设置相应的惩处条款，则根据规章制度进行处理。并且，需要注意的是，在涉及不服从型违纪的劳动争议中，裁审机构一般会审查工作安排是否正当、合理，用人单位有无故意刁难之嫌或不良动机，员工是否明确拒绝或在合理期限内无行动或不作为，以及员工不服从所致的后果或影响。

如果没有设置相应的惩处条款，用人单位可考虑根据《中华人民共和国劳动法》第二十五条规定，以劳动者严重违反劳动纪律为由单方解除劳动合同。但是，不服从工作安排是否可被视为“违反劳动纪律”存在不确定性，需结合当地的司法裁判观点进行综合判断（参见第75问）。

77. 【被追究刑事责任】员工涉嫌犯罪而被采取限制人身自由的强制措施，用人单位应如何处理？是否可以解除劳动合同？

根据《中华人民共和国劳动合同法》第三十九条第六项，劳动者被依法追究刑事责任的，用人单位可以解除劳动合同。所谓“被依法追究刑事责任”，是指经人民法院判决有罪，包括被判处刑罚、刑罚缓期执行等。因此，员工涉嫌犯罪而尚未被依法追究刑事责任的，用人单位无权根据《中华人民共和国劳动合同法》第三十九条第六项解除劳动合同。

同时，用人单位有权在员工因涉嫌犯罪而被采取限制人身自由的强制措施时暂时停止劳动合同的履行。根据原劳动部印发的《关于贯彻执行〈中华人民共和国劳动法〉若干问题的意见》第二十八条，员工涉嫌违法犯罪而被采取限制人身自由的强制措施期间，用人单位可与其暂时停止劳动合同的履行；暂停履行期间，用人单位可不承担劳动合同项下的义务，包括支付工资。

78. 【无过失性辞退 / 客观情况重大变化】何为客观情况发生重大变化？哪些情形属于客观情况重大变化？

根据《中华人民共和国劳动合同法》第四十条第三项，劳动合同订立时所依据的客观情况发生重大变化，致使劳动合同无法履行的（“客观情况重大变化”），用人单位可以适用该条款单方解除劳动合同。对于何为“客观情况重大变化”，原劳动部办公厅发布的《关于〈劳动法〉若干条文的说明》第二十六条规定该等“客观情况”指“发生不可抗力或出现致使劳动合同全部或部分条款无法履行的其他情况，如企业迁移、被兼并、企业资产转移等”，并且排除“用人单位濒临破产进行法定整顿期间或者生产经营状况发生严重困难，确需裁减人员”的客观情况。北京市高级人民法院、北京市劳动人事争议仲裁委员会发布的《审理劳动争议案件法律适用问题的解答》第十二条规定：“‘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。”

对于哪些情形属于客观情况重大变化，法律上未明确界定，实际上也无法穷举，在劳动争议中仲裁机关有较大的裁量空间。在司法实践中，除有明文列举的情形外，关闭门店、撤出特定市场、撤销或终止特定业务或项目、转变经营方式等情形，较可能被视为客观情况重大变化；另如组织架构调整或裁撤部门及岗位，是否构成客观情况重大变化，围绕变化的客观必要性或内外原因，各地仲裁机关的倾向性差异较大。

另外，客观情况重大变化与《[《中华人民共和国劳动合同法》第四十一条](#)“经济性裁员”所规定的“其他因劳动合同订立时所依据的客观经济情况发生重大变化，致使劳动合同无法履行”（参见第 80 问）或者用人单位基于生产经营需要行使用工自主权之间边界不完全分明，或说有所重合。例如用人单位搬迁，视乎对劳动合同履行的影响是否重大，可能被视为客观情况重大变化，则员工不同意变更工作地点的，用人单位可以解除劳动合同，需支付经济补偿；也可能被视为用人单位行使用工自主权，则员工不服从安排的，用人单位可以作出纪律处分。各条款所对应的法定程序及法律效果截然不同，用人单位需审慎适用。

79. 【无过失性辞退 / 客观情况重大变化】客观情况发生重大变化导致部分岗位撤销，用人单位安排受影响的员工竞聘上岗，是否构成协商变更劳动合同？是否可以与竞聘失败的员工解除劳动合同？

根据《[《中华人民共和国劳动合同法》第四十条第三项](#)，劳动合同订立时所依据的客观情况发生重大变化，致使劳动合同无法履行（“客观情况重大变化”），用人单位经与员工协商，未能就变更劳动合同内容达成协议的，可以解除劳动合同。换言之，用人单位基于客观情况重大变化解除劳动合同，与员工协商变更劳动合同是“前置性程序”。所谓“经用人单位与劳动者协商”——有别于《[《中华人民共和国劳动法》第二十六条](#)规定的“经当事人协商”，要求用人单位主动提供内容具体、确定的变更要约，亦即一经员工接受，即属达成协议。以协商变更岗位为例，用人单位需提供的是具体岗位的 offer，而不仅是面试或应聘机会。

在岗位撤销及 / 或其原因为客观情况重大变化的前提下，用人单位安排失去岗位的员工竞争上岗，招聘岗数少于竞聘人数的，对竞聘失败的员工而言，用人单位未提供可供接受或拒绝的其他岗位，可能会被认定为并未履行与员工协商变更的法定义务。因此，用人单位与竞聘失败的员工解除劳动合同可能会有法律风险。

此外，用人单位提供的供选岗位或其他变更方案，需具备合理性、可行性，体现用人单位协商的诚意和善意，避免被视为故意提供员工不可能接受的变更要约，进而被视为虚假协商或无效协商。

80. 【经济性裁员】经济性裁员应如何操作，有哪些法律风险点和注意事项？

根据《[中华人民共和国劳动合同法](#)》[第四十一条](#)，用人单位因经济性原因，有该条第一款所列的情形（“法定情形”）之一，需要裁员 20 人以上，或裁减人数占职工总数 10% 以上的，提前 30 日向工会或全体职工说明情况，经向人社部门报告，可以裁员。据此，用人单位进行经济性裁员，需满足法定的实体要件和程序要件。

在实体上，用人单位需符合两个前提：1) 有法定情形之一；2) 需要裁减的人数达到“法定下限”。

- 对于用人单位是否符合法定情形，在司法和执法实践中，除“依照企业破产法规定进行重整”外，对各项情形的认定均存在较大的裁量空间。以生产经营发生严重困难为例，原劳动部办公厅发布的《关于〈劳动法〉若干条文的说明》第二十七条规定“可以根据地方政府规定的困难企业标准来界定”。实际上，多数地方未作相应规定，或已废止有关规定，例如：已失效的《北京市企业经济性裁减人员规定》规定的“严重困难标准”是“连续三年经营性亏损且亏损额逐年增加，资不抵债、80%的职工停工待工、连续 6 个月无力按最低生活费标准支付劳动者生活费用”；已失效的原上海市劳动和社会保障局发布的《本市企业实施经济性裁减人员办法》规定“生产经营已出现亏损的企业，符合下列条件的，可以实施经济性裁减人员。（一）已采取以下措施：1. 停止招工。2. 清退各类外聘人员（包括外地劳动力）。具体范围由企业代表与工会代表协商确定。3. 停止加班加点。对实行不定时工作制度和综合计算工时工作制的，按有关规定执行。4. 降低工资。降低工资的幅度由企业代表和工会代表协商确定，但企业职工月平均工资实际已低于本市上年度职工月平均工资 60% 的，可以不再降低工资。（二）上述措施实施满半年仍然亏损且生产经营状况无明显好转的。”目前在司法和执法实践中，该等失效的标准所涉的评价维度（包括企业亏损、用工等情况），仍具有参考价值；

- 关于裁员规模，如果用人单位符合法定情形，但需辞退的人数未达裁员的人数门槛，亦不适用经济性裁员；一般可考虑适用《[中华人民共和国劳动合同法](#)》[第四十条第三项](#)所规定的“客观情况重大变化”，按此无需履行经济性裁员的法定程序（详见下文），而需与员工个人协商变更劳动合同（参见第 79 问）。

在程序上，用人单位需完成两个步骤：（1）提前 30 日向工会或全体职工说明情况，听取工会或者职工的意见（“民主程序”）；（2）将裁员方案向人社部门报告（“报告程序”）。请注意，用人单位应先走民主程序，再行报告，不可并行或颠倒；完成报告后，一般在履行民主程序的 30 日后可以解除劳动合同。

- 关于报告程序，原劳动部办公厅发布的《关于〈劳动法〉若干条文的说明》第二十七条规定向劳动行政部门的“报告”“仅指说明情况，无批准的含义”，但在实践中，地方人社部门可能对用人单位是否

符合法定情形进行实质性审查，并可通过对裁员备案的材料及形式加以要求（例如要求报备材料需经被裁减人员签名），对本地用人单位的经济性裁员实行管控；

- 关于民主程序，用人单位需如何向工会或全体职工说明情况、说明哪些情况及具细程度（例如是否包括裁员名单、补偿方案等），用人单位也需结合本地人社部门对报备材料及形式的要求，事先沟通确认。

此外，根据《中华人民共和国劳动合同法》第四十一条第二款及第三款，用人单位在经济性裁员中需注意的问题包括：

- 确定裁员名单时，需优先留用下列人员：（1）与本单位订立较长期限的固定期限劳动合同的；（2）与本单位订立无固定期限劳动合同的；（3）家庭无其他就业人员，有需要扶养的老人或者未成年人的；
- 在 6 个月内重新招聘的，需通知被裁减的人员，并在同等条件下优先招用被裁减的人员。

81. 【协商解除 / 经济补偿】协商解除劳动合同的经济补偿，可否低于法定标准？

《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）》第三十五条规定，劳动者与用人单位就解除或者终止劳动合同办理相关手续、支付工资报酬、加班费、经济补偿或者赔偿金等达成的协议，不违反法律、行政法规的强制性规定，且不存在欺诈、胁迫或者乘人之危情形的，应当认定有效；前述协议存在重大误解或者显失公平情形，当事人请求撤销的，法院应予支持。

据此，如果不存在欺诈、胁迫、乘人之危、重大误解或显失公平等情形，裁审机关通常会支持用人单位与员工就劳动合同解除补偿协商达成的合意，认为协议约定的经济补偿对双方有效，一方不能反悔而要求补足或者退还。在个案中，用人单位提供低于法定标准的经济补偿的，还需结合具体情景，注意避免被视为员工存在重大误解、约定显失公平、约定不明确或员工未放弃追索差额等相关风险。

82. 【违法解除的法律后果】用人单位愿意支付赔偿金（亦即 2N 或经济补偿的二倍），是否可以任意解除劳动合同？

《中华人民共和国劳动合同法》第四十八条规定，用人单位违法解除或者终止劳动合同，劳动者要求继续履行劳动合同的，用人单位应当继续履行；劳动者不要求继续履行劳动合同或者劳动合同已经不能继续履行的，用人单位应当支付赔偿金。

据此，当用人单位违法解除劳动合同时，只有在员工不要求继续履行劳动合同或劳动合同已经不能继续履行的情况下，用人单位才可以通过支付赔偿金方式解除合同；如果员工要求继续履行劳动合同，则用人单位应当继续履行。换言之，用人单位不能以支付赔偿金的方式来任意解除劳动合同。

83. 【通知工会】未建立工会的用人单位单方解除劳动合同，是否需要履行事先通知工会的程序？如何履行？

《中华人民共和国劳动合同法》第四十三条规定，用人单位单方解除劳动合同，应当事先将理由通知工会。《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）》第四十七条规定，建立了工会组织的用人单位单方解除劳动合同未事先通知工会，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，法院应予支持，但起诉前用人单位已经补正有关程序的除外。国家层面的前述规定仅针对建立了工会组织的用人单位，而对于未建立工会的用人单位，在解除劳动合同时是否需要通知、应当如何通知并未明确。

地方立法和司法实践中存在不同观点，例如《江苏省劳动合同条例》第三十一条规定，用人单位单方解除劳动合同，应当事先将理由通知工会；用人单位尚未建立工会的，通知用人单位所在地工会。有的法院持相反观点，例如在（2019）粤0112民初1442号民事判决书中，法院认为“建立了工会的用人单位需要在单方解除劳动合同时事先通知工会，而对于未建立工会的用人单位则未作要求。现原告未建立工会，故对于被告以原告未通知工会为由主张其解除劳动合同的行为属于违法解除，不予支持。”

综上，对于未建立工会的用人单位，建议在解除劳动合同前了解当地的立法、司法解释或类案判决，并据此判断是否需要履行通知工会的程序。

十、劳动关系终止

概述

劳动关系的终止，主要是用人单位与劳动者之间的关系随着法定情形的出现而结束。除前文章节涉及的续订问题外，本章节围绕劳动合同何时终止、是否续延、有无经济补偿等问题，结合实操中用人单位常见的困惑和难点，提供简要分析和处理建议。

84. 【事实劳动关系】用工超一个月而未签订书面劳动合同，后续如何终止劳动合同？

《中华人民共和国劳动合同法实施条例》[第六条](#)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，应当依照劳动合同法第八十二条的规定向劳动者每月支付两倍的工资，并与劳动者补订书面劳动合同；劳动者不与用人单位订立书面劳动合同的，用人单位应当书面通知劳动者终止劳动关系，并依照劳动合同法第四十七条的规定支付经济补偿。《中华人民共和国劳动合同法实施条例》[第七条](#)规定，用人单位自用工之日起满一年未与劳动者订立书面劳动合同的，自用工之日起满一个月的次日至满一年的前一日应当依照劳动合同法第八十二条的规定向劳动者每月支付两倍的工资，并视为自用工之日起满一年的当日已经与劳动者订立无固定期限劳动合同，应当立即与劳动者补订书面劳动合同。

据此，用工超一个月不满一年未签订书面劳动合同，如员工拒绝与用人单位订立书面劳动合同，则用人单位可以随时终止劳动关系，但需要支付经济补偿；如用工超过一年未签订书面合同，则视为自用工之日起满一年的当日与员工订立无固定期限劳动合同，用人单位无法定理由不能解除劳动关系。

85. 【退休人员 / 终止时间】员工达到法定退休年龄但未开始享受基本养老保险待遇，劳动合同可否终止？

《中华人民共和国劳动合同法》第四十四条第二项规定，劳动者开始依法享受基本养老保险待遇的，劳动合同终止；而《中华人民共和国劳动合同法实施条例》第二十一条进一步规定，劳动者达到法定退休年龄的，劳动合同终止。

对此，《人力资源社会保障部对十三届全国人大二次会议第 6979 号建议的答复》（“《答复》”）曾予明确：“劳动者达到法定退休年龄，不再符合劳动法律法规规定的主体资格，即不具备建立劳动关系的条件，劳动合同自然终止。加之，2008 年劳动合同法施行后，大量用人单位反映，劳动者已达到法定退休年龄而未享受基本养老保险待遇的情况很复杂。……如果用人单位不能与已达到法定退休年龄而未享受基本养老保险待遇的劳动者终止劳动合同，用人单位可能将不得不一直与该劳动者保持劳动关系，直到劳动者死亡或用人单位注销。这对用人单位有失公平。……对超过法定退休年龄的劳动者，愿意继续工作的，用人单位与劳动者的关系可以按劳务关系处理，依据民事法律关系调整双方的权利义务。”

同时，针对司法实践中在劳动者达到法定退休年龄后予以认定劳动关系的个案，《答复》加以说明：“由于我国劳动法律法规对劳动者权益的保障是建立在劳动关系的基础上，司法实践中，为保障超龄劳动者的权益，特别是妥善解决职业伤害问题，导致了对超过法定退休年龄但未享受基本养老保险待遇的劳动者与用人单位之间的法律关系认定不一致的问题。”“为了更好地保障超龄劳动者的权益，尽可能避免裁审衔接不畅问题，我部《关于执行〈工伤保险条例〉若干问题的意见（二）》明确，符合一定情形的超龄劳动者，由用人单位承担工伤保险责任，但未明确超龄劳动者和用人单位存在劳动关系。”

据此，劳动关系在员工达到法定退休年龄时终止。鉴于目前在司法实践中，用人单位继续留用超龄员工而未终止劳动合同的，可能被视为维持劳动关系，为减少劳动关系与劳务关系之争议，建议用人单位及时通知达到法定退休年龄的员工终止劳动合同，如需继续用工则换签劳务合同。

86. 【终止时间】用人单位决定提前解散，劳动合同何时终止？

《中华人民共和国劳动合同法》第四十四条第五项规定，用人单位决定提前解散的，劳动合同终止。但法律并未明确规定在用人单位决定提前解散的情形下，劳动合同终止的具体时点。

实务中存在不同的观点和做法，劳动合同最早自用人单位作出解散决定之日，最迟至用人单位注销之日终止。例如在（2016）最高法民申 800 号民事裁定书中，法院认为“劳动关系的终止时点之确定，在用人单位决定自行解散的情形下，结合清算实务中的实践操作，应当以用人单位与劳动者办理终止劳动合同手续之日为终止时点为宜”。

原则上，用人单位的权力机构已决定解散，即可通知员工终止劳动合同；稳妥起见，用人单位可待清算组成成立后，依法已不能开展经营活动时，与员工终止劳动合同。

87. 【经济补偿】劳动合同终止，用人单位是否必须支付经济补偿？

根据《中华人民共和国劳动合同法》第四十六条及《中华人民共和国劳动合同法实施条例》第六条、第二十二条，劳动合同在下列情形下终止的，用人单位应当支付经济补偿：

- 除用人单位维持或者提高劳动合同约定条件续订劳动合同，员工不同意续订的情形外，固定期限劳动合同期满，因未续订而终止的；
- 劳动合同因用人单位被依法宣告破产而终止的；
- 劳动合同因用人单位被吊销营业执照、责令关闭、撤销或者用人单位决定提前解散而终止的；
- 用人单位用工超过一个月不满一年，员工不与用人单位签订书面劳动合同，用人单位书面通知员工终止劳动关系的；
- 以完成一定工作任务为期限的劳动合同因任务完成而终止的。

反之，劳动合同在下列情形下终止的，用人单位无需支付经济补偿：

- 固定期限劳动合同期满，因员工不同意按不低于原劳动合同约定条件续订而终止的；
- 劳动合同因员工开始依法享受基本养老保险待遇或达到法定退休年龄而终止的；
- 劳动合同因员工死亡或者被人民法院宣告死亡或者宣告失踪而终止的。

88. 【经济补偿 / 合同续延】劳动合同期满而依法续延，在终止劳动合同计付经济补偿时，续延期间是否计入在本单位的工作年限？

根据《中华人民共和国劳动合同法》第四十七条第一款，经济补偿按劳动者在本单位工作的年限，每满一年支付一个月工资的标准向劳动者支付。而所谓“本单位工作的年限”，根据《劳动部办公厅对〈关于如何理解“同一用人单位连续工作时间”和“本单位工作年限”的请示〉的复函》，在计算经济补偿时，与“同一用人单位连续工作时间”为同一概念，亦即“劳动者与同一用人单位保持劳动关系的时间”。在劳动合同期满而依法续延的情况下，员工与用人单位继续保持劳动关系直至劳动合同终止，因此，续延期间应计入本单位的工作年限。

89. 【合同续延】劳动合同期满时员工还有未休的年休假或未补休的加班时间，用人单位可否安排员工休完再终止劳动合同？

根据《中华人民共和国劳动合同法》第四十四条，劳动合同期满未续的，劳动合同依法终止。根据《企业职工带薪年休假实施办法》第十二条及《中华人民共和国劳动合同法》第四十四条，用人单位应当将未休的年休假和不能安排补休的加班时间折算为工资支付给员工。如果在劳动合同期满后又安排员工休年休假或者未补休的加班时间，劳动合同是否顺延至员工休完年休假或者未补休的加班时间时终止，实践中存在不同观点。

有的地方予以支持，例如《浙江省劳动和社会保障厅关于贯彻实施企业职工带薪年休假制度的若干意见》第九条规定，“职工因劳动合同期满或解除劳动关系离开单位时未享受年休假待遇的，用人单位可以将职工的劳动合同顺延至职工休完年休假，待职工休完年休假后办理劳动合同终止或解除手续。”但主流观点认为，劳动合同期满后，员工休剩余年休假或者加班补休期间，劳动关系存续，相当于劳动合同期满后继续用工而未续订书面劳动合同，用人单位已不能基于劳动合同期满而单方终止劳动合同。

为此，一般不建议用人单位安排员工在劳动合同期满后继续休完剩余年假或加班补休；与员工协商一致的，用人单位可与员工协议约定劳动合同在员工休完剩余年假及加班补休时解除或终止。

十一、特殊用工形式

概述

劳动关系与各类特殊用工形式相结合，是许多用人单位高效用工、节约成本的常见选择。如何合法使用劳务派遣、劳务外包等特殊用工形式，是用人单位劳动合规的重要课题。在本章节，我们将介绍劳务派遣、劳务外包、平台用工、共享用工、退休返聘、实习生等多种特殊用工形式的合法性边界，为用人单位合法合规采用特殊用工形式提供参考。

90. 【特殊用工】特殊用工（灵活用工）具体是指哪些用工模式？

实践中，用人单位可能会采取多种用工方式，除了依法与员工签订劳动合同建立劳动关系外，用人单位还可以依法采取哪些特殊的用工模式？

根据《[劳务派遣暂行规定](#)》《[关于维护新就业形态劳动者劳动保障权益的指导意见](#)》等法律法规标准，当前，我国合法的特殊用工模式主要包括以下几种：

- 劳务派遣：即员工与劳务派遣公司签订劳动合同，然后由劳务派遣公司将员工派遣至用工单位工作，用工单位直接管理员工的一种用工模式。该模式下，员工的劳动关系在劳务派遣公司，但接受用工单位的日常用工管理；
- 劳务外包：实践中又称业务外包、技术外包等，指用人单位（发包单位）将业务发包给承包单位，由承包单位自行安排人员按照用人单位（发包单位）要求完成相应的业务或工作内容的用工形式；
- 平台用工：指劳动者通过互联网平台提供服务，平台在工作时间、工作地点、管理要求等方面都更为灵活，劳动者有较强的工作安排自主权，在线工作接受平台规则管理或算法约束并获取相关报酬的模式；
- 共享用工：此前疫情防控背景下的一种新型人力资源配置模式，即在尊重员工意愿的前提下，用人单位将员工借调给其他急需用工的用人单位使用；
- 退休返聘：即用人单位中的劳动者已经到达或超过法定退休年龄，退休后，再通过与原用人单位或者其他用人单位订立合同契约继续为用人单位工作的行为或状态；
- 实习：通常是指尚未获得学校发放的毕业证书的全日制在校学生，参与社会实践，为用工单位提供劳动。

91. 【劳务派遣】哪些工作岗位可以使用劳务派遣的用工方式？

并非所有的工作岗位都能采取劳务派遣的用工方式。根据《劳务派遣暂行规定》[第三条](#)的规定，用工单位只能在临时性、辅助性或者替代性的工作岗位上使用被派遣劳动者。其中：

- 临时性工作岗位：是指存续时间不超过 6 个月的岗位；
- 辅助性工作岗位：是指为主营业务岗位提供服务的非主营业务岗位；
- 替代性工作岗位：是指用工单位的劳动者因脱产学习、休假等原因无法工作的一定期间内，可以由其他劳动者替代工作的岗位。

需注意的是，辅助性岗位上使用被派遣劳动者的，用工单位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，并在用工单位内公示。

此外，根据《劳务派遣暂行规定》[第四条](#)的规定，用工单位应当严格控制劳务派遣用工数量，使用的被派遣劳动者数量不得超过其用工总量的 10%，用工总量即指用工单位订立劳动合同人数与使用的被派遣劳动者人数之和。

92. 【劳务派遣】被派遣劳动者的社保由劳务派遣单位还是用工单位缴纳？

根据《劳务派遣暂行规定》[第八条](#)的规定，劳务派遣单位应当按照国家有关规定和劳务派遣协议约定，依法为被派遣劳动者缴纳社会保险费，并办理社会保险相关手续。因此，被派遣劳动者的社会保险应由劳务派遣单位缴纳。

如果涉及跨地区劳务派遣的，则根据《劳务派遣暂行规定》[第十八条](#)和[第十九条](#)的规定，对于被派遣劳动者的社保缴纳主体和标准，按照以下规定进行操作：

- 一般而言，应在用工单位所在地为被派遣劳动者参加社会保险，按照用工单位所在地的规定缴纳社会保险费；
- 劳务派遣单位在用工单位所在地设立分支机构的，由分支机构为被派遣劳动者办理参保手续，缴纳社会保险费；
- 劳务派遣单位未在用工单位所在地设立分支机构的，可由用工单位代劳务派遣单位为被派遣劳动者办理参保手续，缴纳社会保险费。

93. 【劳务外包】劳务外包的各方属于什么法律关系？

劳务外包中，发包单位与承包单位基于外包合同形成民事上的合同关系（如承揽合同关系、服务合同关系）；发包单位和承包单位约定将发包单位一定工作交付给承包单位完成，由发包单位支付承包单位一定的费用；承包单位与其所雇用的劳动者建立劳动关系并对劳动者进行劳动用工的管理。发包单位只能基于与承包单位的合同对所提供的服务、工作成果、工作进度等提出要求和作出指示，而不能直接对承包单位的劳动者进行劳动用工的管理。

94. 【劳务外包】劳务派遣与劳动外包如何区分？

劳务派遣与劳务外包可从以下六个方面进行区分：

- 主体资质方面：劳务派遣需取得《劳务派遣经营许可证》，而劳务外包本身无特定的资质要求，但根据所承包的项目和服务的内容，如有特别的资质、经营范围要求的，承包方应当具备相应的资质及具备承包该等项目、服务的基本条件和能力；
- 岗位要求方面：劳务派遣用工只能在临时性、辅助性或者替代性岗位上实施；劳务外包对岗位没有特殊限定和要求；
- 法律关系方面：劳务派遣涉及三方关系，劳务派遣单位与用工单位之间的劳务派遣合同关系，劳务派遣单位与被派遣劳动者之间的劳动合同关系，用工单位与被派遣劳动者之间的实际用工关系；劳务外包仅涉及两方关系，发包单位与承包单位之间的合同关系，承包单位与劳动者的劳动合同关系；
- 用工管理方面：实际用工单位直接对被派遣劳动者日常劳动进行指挥管理，被派遣劳动者受用工单位的规章制度管理；劳务外包的发包单位不参与对劳动者指挥管理，由承包单位直接对劳动者进行指挥管理；
- 工作成果方面：在劳务派遣中，实际用工单位根据劳务派遣单位派遣的劳动者数量、工作内容和时间等与被派遣劳动者直接相关的要素，依据与劳务派遣公司签订的协议约定向劳务派遣单位支付服务费及被派遣劳动者工资、社保等用工成本。在劳务外包关系中，发包单位根据外包业务的完成情况、交付的工作成果向承包单位支付合同约定的项目承包费用或服务费等；
- 法律适用方面：劳务派遣主要适用《[中华人民共和国劳动合同法](#)》《[劳务派遣行政许可实施办法](#)》《[劳务派遣暂行规定](#)》；劳务外包主要适用《[中华人民共和国民法典](#)》。

95. 【劳务外包】“假外包，真派遣”有哪些合规风险，如何避免？

用工单位在劳务外包时，应注意劳务外包与劳务派遣的区别，避免出现名为劳务外包实为劳务派遣的情形，避免被认定实际为劳务派遣甚至是事实劳动关系、违法违规劳动法项下义务的合规风险。当前，监管对“假外包、真派遣”的认定，主要判断因素为劳动者在谁的监督指挥下从事劳动关键环节，此外发包方与承包方约定的服务范围、资质要求、费用构成等也是重要的考量因素。因此，用工单位应避免劳务外包过程中出现以下可能被认定“假外包、真派遣”的情形：

- 在对劳动者管理方面，劳动者的工作时间、休息休假、加班、日常考核、劳动纪律与处罚等与劳动者相关的事项由发包方直接进行监督管理等；
- 在外包的服务费用方面，发包方根据外包业务实际使用人员和天数对外包服务费用进行核算，支付“用工成本 + 管理费”等服务费用；
- 在外包的合同方面，发包方对外包服务的内容与范围界定不清，或者未明确约定外包服务的内容与范围。

96. 【平台用工】平台用工这一新就业形态人员与互联网平台是什么法律关系？

当下，很多劳动者通过互联网平台提供服务，如网约派送员、网约车驾驶员、网约货运驾驶员、互联网营销师、快递员等。这些新就业形态劳动者和这些互联网平台之间是何种法律关系，是否构成劳动关系？

根据《关于维护新就业形态劳动者劳动保障权益的指导意见》（人社部发〔2021〕56号）的规定，对于此类用工情形，分为以下几种情况：

- 确立劳动关系情形的，用人单位应当依法与劳动者订立劳动合同；
- 不完全符合确立劳动关系情形但用人单位对劳动者进行劳动管理（不完全符合确立劳动关系情形）的，建议用人单位与劳动者订立书面协议，合理确定用人单位与劳动者的权利义务；
- 个人依托平台自主开展经营活动、从事自由职业等，按照民事法律调整双方的权利义务。

其中，对于“不完全符合确立劳动关系情形”的判断标准，参照广东省《关于维护新就业形态劳动者劳动保障权益的实施意见》（粤人社规〔2022〕14号）的规定，“不完全劳动关系”为新型用工关系，其事实上同时具备以下三个条件且不符合劳动关系特征的：

- 劳动者从事的工作依赖于平台企业提供的信息，并以平台企业名义提供劳动或服务；
- 新业态企业对劳动者进行劳动管理，但劳动者对决定是否或何时提供劳动或服务具有较大自由度；
- 劳动者从一个或多个新业务企业获得报酬，报酬的算法及支付周期取决于平台交易规则。

97. 【平台用工】新就业形态人员与新业态平台的权利义务如何设置？

根据人社部《关于维护新就业形态劳动者劳动保障权益的指导意见》（人社部发〔2021〕56号）的规定，在不完全符合确立劳动关系情形下，用人单位应与劳动者订立书面协议，合理确定用人单位与劳动者的权利义务。当前，国家层面并未对权利义务的划分、书面协议的内容做出明确、统一的要求，而各地文件中的对于协议文本内容的规定也较为不一，多数是规定了应涵盖的事项，但对于具体如何约定划分权利义务没有进一步予以规范，如：

- 广东省发布《关于维护新就业形态劳动者劳动保障权益的实施意见》（粤人社规〔2022〕14号），规定新型用工关系协议应当包括新就业形态劳动者的从业报酬、从业时间、休息休假、社会保障、职业危害防护等基本劳动保障权益事项。同时，广东省发布《广东省新就业形态新型用工关系协议参考文本》，内容包括服务内容和区域范围、服务时间、服务报酬及支付、保险和福利、职业保障等，供新业态企业与新业态者参考；

- 上海市发布《关于维护新就业形态劳动者劳动保障权益的实施意见》（沪人社规〔2022〕1号），规定用人单位应与劳动者订立书面协议，协商确定工作报酬、工作时间、职业保护等权利义务内容。

结合各地的实施意见及协议参考文本，我们建议，新就业形态人员与新业态平台在权利义务设置方面，应当注意以下要点：

- 劳动报酬：向提供正常劳动的劳动者支付不低于当地最低工资标准的劳动报酬，按时足额支付，不得克扣或者无故拖欠；

- 工作时间：可参考劳动法工时制度、对特殊岗位连续工作时间和休息时间的规定，视具体情况约定劳动者的工作时间、休息时间、节假日劳动报酬；

- 社会保险：可以灵活就业人员身份在就业地参加职工养老保险、职工医疗保险、失业保险，或在用工单位参加特定人员单项工伤保险，或在户籍地参加城乡居民基本养老保险、城乡居民基本医疗保险（具体应以不同省市的具体规定为准）；

- 劳动保护：部分省市设置了灵活就业人员执业伤害保障制度，平台企业应按规定参加，保障平台网约劳动者获得医疗救治和经济补偿。

98. 【共享用工：内派 / 外派 / 借调】共享用工情况下，劳动关系如何界定？如何进行用工管理？

疫情期间，“共享用工”这一新型灵活用工模式，在一定程度上缓解了用人单位的用工压力和劳动者的就业压力。在该种模式下，共享员工与借出单位、借入单位之间的关系如何界定？

根据《人力资源社会保障部办公厅关于做好共享用工指导和服务的通知》的规定，原企业与劳动者协商一致，将劳动者安排到缺工企业工作，不改变原企业与劳动者之间的劳动关系，同时，共享用工期限不应超过劳动者与原企业订立的劳动合同剩余期限。而参考《上海市高级人民法院关于涉新冠肺炎疫情案件适用法律问题的系列问答（五）》中的规定，与劳务派遣、劳务外包不同，在共享用工模式里，借出单位（即与劳动者存在劳动关系的用人单位）非以营利为目的，与借入单位、劳动者三方在疫情期间签订员工借调协议，约定劳动者在疫情期间为借入单位提供劳动，疫情结束后回到借出单位工作的，借出单位、借入单位、劳动者三者之间并不形成双重劳动关系，借调期间劳动者与借出单位仍为单一劳动关系，双方劳动权利义务不变。

因此，建议借出单位、借入单位与共享员工之间签订三方借调协议或合作协议，明确用工性质和劳动关系归属、员工在用工单位提供劳动期间的权利义务、员工工伤补偿、第三方损害处理、可以退回劳动者的情形、借调结束后恢复原工作内容的安排等。

99. 【退休返聘】退休返聘人员与用人单位是劳动关系吗？

司法实践中，退休返聘人员主要包括两种，一种是达到法定退休年龄且已享受退休待遇或养老保险待遇的，另一种是达到法定退休年龄但未享受退休待遇或养老保险待遇的。这两种的情况下，退休返聘人员与用人单位之间的法律关系认定会有所不同。

对于已享受退休待遇或养老保险待遇的情况，退休返聘人员与用人单位构成劳务关系。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）》第三十二条规定，用人单位与其招用的已经依法享受养老保险待遇或领取退休金的人员发生用工争议，向人民法院提起诉讼的，人民法院应当按劳务关系处理。同时，根据《关于实行劳动合同制度若干问题的通知》（劳部发〔1996〕354号）第十三条的规定，已享受养老保险待遇的离退休人员被再次聘用时，用人单位应与其签订书面协议，明确聘用期内的工作内容、报酬、医疗、劳保待遇等权利和义务。

对于达到法定退休年龄但未享受退休待遇或养老保险待遇的情况，司法实践中存在三种观点：

- 双方属于劳务关系，属于平等民事主体间的劳务关系，法律关系的规范适用《中华人民共和国民法典》的规定。如根据《广东省高级人民法院、广东省劳动人事争议仲裁委员会关于劳动人事争议仲裁与诉讼衔接若干意见》第十六条的规定，劳动者达到法定退休年龄或者已经享受基本养老保险待遇的，劳动关系终止，广东省最高人民法院在（2018）粤民再100号案件中亦明确劳动者已达法定退休年龄但没有享受基本养老保险待遇，其继续就业与用人单位形成的用工关系按劳务关系处理；
- 双方按照劳动关系进行处理。如上海市第一中级人民法院在（2019）沪01民终7267号案件中明确，对于达到法定退休年龄的劳动者，用人单位又未与其解除劳动合同继续留用，未办理退休手续的，按劳动关系处理；

- 双方属于特殊劳动关系，劳动者请求享受劳动法项下的劳动报酬、劳动保护、劳动条件、工作时间、休息休假、职业危害防护、福利待遇的应予支持，但劳动者请求签订无固定期限劳动合同、支付二倍工资、经济补偿、赔偿金及社会保险待遇的不予支持。

因此，对于退休返聘人员与用人单位是否构成劳动关系，是否因已否享受退休待遇和养老保险待遇而有所不同，全国各地的规定和标准不一，且同一地区亦可能存在不同观点的裁决，建议就具体情况咨询专业律师。

100. 【实习生】如何有效避免实习生聘用风险？

根据原劳动部发布的〔1995〕309号文件《关于贯彻执行〈中华人民共和国劳动法〉若干问题的意见》第十二条的规定，在校生利用业余时间勤工助学，不视为就业，未建立劳动关系，可以不签订劳动合同。

“实习”是指学校按照专业培养目标和教学计划，组织学生到国家机关、企业事业单位、社会团体及其他社会组织进行与专业相关的实践性教学活动。

一般而言，实习单位与实习生之间属于劳务关系，受《中华人民共和国民法典》规制。司法实践中，以下因素可能影响实习生与用人单位的法律关系被认定构成劳动关系：

- 实习生已取得毕业证；
- 实习生已年满 16 周岁符合劳动就业年龄，以就业为目的参与实习，非学校组织的实习，实习内容与其学校专业相关性低；
- 用人单位对实习生进行用工管理、监督，为实习生支付劳动报酬，实习生提供的劳动是用人单位的业务组成部分，双方存在人身、组织及经济上的从属性。

因此，在实习生聘用管理上，为预防实习生与实习单位之间的法律纠纷，建议实习单位可采取以下措施防范风险：

- 签订书面实习协议，明确实习类型，明确学校对实习生承担管理责任，确认用人单位与实习生不存在劳动关系；
- 提供合适的实习岗位、必要的实习条件和安全健康的实习环境，严格遵守工作时间、休息休假、报酬补助的规定。如根据《教育部关于加强和规范普通本科高校实习管理工作的意见》第十一条的规定，对于顶岗实习，除临床医学等相关专业及实习岗位有特殊要求外，每天工作时间不得超过 8 小时、每周工作时间不得超过 44 小时，不得安排加班和夜班、劳动报酬原则上不低于相同岗位试用期工资标准的 80%；又如根据《广东省高等学校学生实习与毕业生就业见习条例》第二十二條和第二十八條的规定，用人单位不得安排学生周实习时间超过四十小时，应当为顶岗实习的学生支付实习报酬，非顶岗实习的学生可以约定实习补助；

- 涉及职业学校实习生的，与学校协商，尽量为实习学生投保实习责任保险。直接与实习人员签订实习协议的，建议单位通过购买商业保险的方式覆盖实习人员实习期间因工作负伤相关的赔偿；
- 已经取得毕业证的学生，应及时终止或解除实习协议。

十二、保密和竞业限制

概述

商业秘密关系到用人单位的生存与发展，如何构筑保密制度体系和适用竞业限制义务以平衡兼顾用人单位和员工的利益，成为了用工过程中的一个重要课题。在本章节，我们将围绕保密义务和竞业限制义务，来介绍用人单位在保密义务以及竞业限制义务的设置、履行、违反等各类场景中可能遇到的实践要点。

101. 【保密】用人单位是否需要向员工支付保密费？

从法律上看，用人单位要求员工履行保密义务无需另行支付保密费用，原因在于保密义务属于劳动合同的附随义务，是员工对于用人单位忠实义务的一种体现，而并不以用人单位另行向员工有偿支付对价才成立；相应地，员工也不能因为履行保密义务而向用人单位另行主张保密费在内的额外报酬。当然，如果用人单位基于实际经营考量自愿向员工支付保密费，双方也可就此另行作出约定。

尽管保密义务系员工法定义务，但在实操中仍然建议用人单位通过签订保密协议的方式对保密信息的范围、保密义务的内涵边界，以及是否支付保密费（如支付，以何种方式支付）予以明确，以避免在履行保密义务的过程中产生不必要的争议。

102. 【保密】员工违反保密义务，用人单位能否向员工主张违约金？

根据《[中华人民共和国劳动合同法](#)》[第二十五条](#)规定，劳动者承担违约金必须有法律明确规定，但对于该条中所述的“除本法第二十二条和第二十三条规定的情形外”是否包含违反保密义务的情形，当前各地的司法实践存在不同的观点：

- 以上海为代表的全国多数地区的裁审机关：用人单位仅能就员工违反服务期约定及违反竞业限制义务与员工约定违约金，用人单位与劳动者关于违反保密义务支付违约金的约定应属无效；

• 深圳地区部分案件的裁审思路：《中华人民共和国劳动合同法》第二十三条的内容并未排除对于保密义务不能约定违约金，用人单位与劳动者双方基于平等自愿的原则达成的违约金条款在并未违反法律规定的情形下，应为有效。

因此，对于用人单位而言，在与员工签订保密协议的过程中，需要关注当地司法实践对于违反保密义务违约金的态度，对违约责任的条款作出“因地制宜”的设计。如当地裁审机关不认可要求劳动者支付违约金的主张，那么用人单位就需要考虑通过主张赔偿损失的方式去获得对于劳动者违反保密义务的救济。

103. 【保密】员工违反保密义务，用人单位有哪几种维权救济途径？

面对员工违反保密义务的行为，用人单位可以从以下数个维度出发，考虑采取救济应对措施：

• 劳动关系项下的处理。在劳动法框架内，对于在职员工，用人单位可以根据可适用的内部规章制度或是劳动合同的约定，对员工进行相应的纪律处分。另外，若员工违反保密义务给用人单位造成损失的，则用人单位可以根据《中华人民共和国劳动合同法》第九十条的规定，要求员工承担赔偿责任；

• 通过民事诉讼程序维权。根据《中华人民共和国反不正当竞争法》第九条以及第十七条的规定，侵犯商业秘密的行为属于不正当竞争行为，用人单位作为被侵权人可就其受到的损害向侵权人主张相应的民事责任，常见的主张包括停止侵权、赔偿损失；

• 追究行政责任。根据《中华人民共和国反不正当竞争法》第二十一条的规定，对于包括自然人在内的侵权人实施的侵犯商业秘密行为，监督检查部门可责令侵权人停止违法行为，没收违法所得，处十万元以上一百万元以下的罚款；情节严重的，处五十万元以上五百万元以下的罚款；

• 追究刑事责任。对于严重侵犯商业秘密给用人单位造成重大损失、可能符合“侵犯商业秘密罪”的行为，用人单位也可以尝试向公安机关报案，追究员工相应的刑事责任。但通常来说，刑事案件具备一定的立案标准，刑事救济途径相对于民事救济途径，对用人单位的举证也提出了更高的要求。

对于用人单位而言，应当结合员工违反保密义务的程度、给用人单位带来的损失、维权成本、举证难度等因素综合选定合适的方式寻求法律救济。

104. 【保密】签署保密协议，是否可被视为“采取了保密措施”？

根据《最高人民法院关于审理侵犯商业秘密民事案件适用法律若干问题的规定》第六条规定，签订保密协议或者在合同中约定保密义务的，在正常情况下足以防止商业秘密泄露的，应当认为用人单位已经采取保密措施。但在实践中，裁审机关仍会结合保密协议的具体约定，以及用人单位内部的实际保密措施情况来予以认定。因此建议用人单位在与员工签订保密协议时应当注意以下几点：

• 保密协议中指向的保密信息是具体、明确、可识别的，足以令员工知晓辨别；

- 保密协议中的保密义务应当与导致保密信息被侵害的行为之间存在关联性；
- 保密协议中的保密措施在实操中能够得到有效的执行，并尽可能与用人单位内部其他保密管理措施形成一套完整的保密体系，而非一纸空文。

105. 【竞业限制】竞业限制义务的适用主体有哪些？

现行劳动法律对于竞业限制义务的适格主体有较为明确的范围界定，即《[中华人民共和国劳动合同法](#)》[第二十四条](#)中所列举的三类人员：高级管理人员、高级技术人员和其他负有保密义务的人员。

对于超出上述主体所作出的竞业限制约定将被认定为无效。

106. 【竞业限制】如何认定竞业限制对象中的“其他负有保密义务的人员”？

《[中华人民共和国劳动合同法](#)》[第二十四条](#)并未对竞业限制义务三类适格主体的范围和含义作进一步的说明，因此对于其中“其他负有保密义务的人员”的内涵，用人单位往往存在不同的理解。在司法实践中，裁审机关通常会从以下几个方面对员工是否属于“其他负有保密义务的人员”进行实质审查：

- 岗位以及工作内容。裁审机关会结合该员工的岗位职责以及行业经营特点进行综合判断，例如是否担任管理、决策岗位，或基于工作的需要是否具有接触用人单位技术秘密或经营秘密的便利；

- 薪资待遇。劳动者的收入水平可以作为其在用人单位所处职级，以及是否易于接触用人单位商业秘密的一个参照对象。通常来说，在不讨论其他因素的情况下，相较于低收入劳动者，高收入劳动者被认定为属于竞业限制主体的概率更高；

- 工作年限。劳动者工作年限越长，其接触或知悉商业秘密和与知识产权相关的保密事项的可能性也越高，并且其与用人单位之间的信赖关系也更为稳固，在获取途径上也具有更高的便利性。因此，用人单位应当根据员工所能接触的商业秘密范围、程度，有针对性地与适格群体约定竞业限制义务，而不适合将竞业限制义务的主体扩大至所有员工，以避免被认定为竞业限制约定无效，以及不必要的竞业限制补偿的成本支出。

107. 【竞业限制】能否与员工约定在职期间的竞业限制义务？用人单位是否需要向其支付竞业限制补偿？

对于高级管理人员而言，在职期间履行竞业限制义务系《中华人民共和国公司法》项下法定义务，即使用人单位未与高级管理人员另行约定也应当遵守；对于高管以外的其他员工而言，从《中华人民共和国劳动合同法》第二十三条、第二十四条的规定来看，法律法规层面并未明确在职期间的竞业限制义务，但从实践来看，在不存在欺诈、胁迫等致使约定无效的情况下，裁审机关倾向于尊重用人单位与员工关于在职期间竞业限制义务的约定。

至于竞业限制补偿的问题，从法理上看，竞业限制补偿的实质是对员工因履行竞业限制导致“就业权”受影响而提供的补偿，而员工在职期间，由于用人单位已经满足员工的就业需求并提供劳动报酬，因此对于在职期间的竞业限制，司法实践中倾向于认为即便没有支付竞业限制补偿，也不应当影响双方之间对于在职期间竞业限制约定的效力。然而，在实操中为了避免争议，我们仍然建议用人单位在与员工约定在职期间竞业限制义务时，对于是否发放在职期间竞业限制的经济补偿予以明确。

108. 【竞业限制】竞业限制的期限为多长？如果超出该等期限是否可行？

根据《中华人民共和国劳动合同法》第二十四条的规定，竞业限制的期限不得超过二年。该规定属于强制性规定，因此若用人单位与员工约定的竞业限制期限超过两年，超过部分的竞业限制约定将被认定为无效。

109. 【竞业限制】如何设置竞业限制的范围？

根据最高人民法院发布的第 34 批指导性案例第 190 号案例（“190 号指导案例”）的裁判精神，裁审机关对于竞业限制纠纷中竞争关系的认定将会逐渐走向更实质化、更精细化的审查，这就对用人单位与员工关于竞业限制范围的约定设计提出了更高的要求，我们建议用人单位在实操中注意：

- 套用统一竞业限制范围的模板已不足以应对裁审机关的精细化实质审查，用人单位应当为员工“量身定制”竞业限制的范围。为了明确竞争关系的认定边界，用人单位在与员工约定竞业限制范围时应当结合用人单位的实际业务开展情况、员工本人的工作职责以及所接触商业秘密的程度范围作出精细化、个性化的约定以及管理；

- 向员工就竞业限制范围作出能够实现合理预见的释明，例如明确具体的存在竞争关系的产品或企业，提升员工对于竞争者和潜在竞争者的识别。

110. 【竞业限制】竞业限制补偿的标准是多少？

根据《[中华人民共和国劳动合同法](#)》[第二十三条](#)规定，用人单位和劳动者可以约定竞业限制补偿金，但从全国层面来看，尚无法规明确用人单位可以与员工约定的竞业限制补偿金的最低标准，仅有《[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）](#)》[第三十六条](#)规定了在双方未约定的情况下，竞业限制补偿金的数额按照离职前十二个月平均工资的 30% 计算。如月平均工资的 30% 低于劳动合同履行地最低工资标准的，则按照劳动合同履行地最低工资标准支付。

但在地方层面上，部分地区对于竞业限制补偿金设有明确的最低标准，如《[江苏省劳动合同条例](#)》[第二十八条第一款](#)的规定，要求用人单位向离职劳动者支付的竞业限制月补偿额不得低于该劳动者离开用人单位前十二个月的月平均工资的三分之一。《[深圳经济特区企业技术秘密保护条例](#)》[第二十四条](#)规定，用人单位支付的竞业限制补偿金按月计算不得少于该员工离开用人单位前最后十二个月月平均工资的二分之一。

因此，尽管用人单位在与员工约定竞业限制补偿金的标准上享有一定自主酌定的空间，可以结合用人单位保密信息的价值、员工在任职期间的岗位、收入、企业成本等因素确定竞业限制补偿金的标准，但同时也需要关注地方性规定对于竞业限制补偿金是否设有最低标准，以免影响到竞业限制义务的履行。

111. 【竞业限制】未约定竞业限制补偿金或补偿金额过低，竞业限制协议是否有效？

《[中华人民共和国劳动合同法](#)》以及司法解释的层面上并未明确在此情形下竞业限制协议的效力，根据我们对当前司法实践的观察，裁审机关对这一问题的观点不一：

- 竞业限制协议有效。这也是当前的主流观点，裁审机关认为双方竞业限制约定为双方的真实意思表示，双方应当按约履行，北京、上海、深圳等大部分地区的法院均持该等观点；
- 竞业限制协议无效。例如江苏地区由于原《[江苏省劳动合同条例](#)》[第十七条](#)（现已修订）和原《江苏省高级人民法院江苏省劳动争议仲裁委员会关于审理劳动争议案件的指导意见》（2022 年 1 月 24 日废止）第十三条影响，江苏地区仍有少数法院在近年来的案件中认为若双方未约定经济补偿金或约定的经济补偿金过低，该等竞业限制协议不具备法律效力。

112. 【竞业限制】用人单位与劳动者签订竞业限制协议，离职时未通知履行竞业限制义务，劳动者是否有权就其履行主张竞业限制补偿金？

如用人单位与劳动者签订了竞业限制协议，且协议中并未就启动竞业限制作出其他约定，如明确用人单位可“以默示方式免除劳动者的竞业限制义务”，则根据《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）》第三十七条规定，如劳动者在离职后履行了竞业限制义务，那么法院倾向于支持劳动者要求用人单位支付竞业限制补偿的请求。

因此，在竞业限制启动程序的设计中，用人单位应当充分考虑实际的员工离职管理流程操作（如是否向员工发送启动 / 不启动竞业限制义务的通知函件），以避免因竞业限制启动流程约定与实操的不匹配而导致预期外的竞业限制补偿的成本支出。

113. 【竞业限制】用人单位能否解除竞业限制协议？

可以，但是用人单位在不同的时间点与员工解除竞业限制协议的条件不相一致：

- 在劳动合同解除或终止之前，即竞业限制义务尚未启动前，用人单位可直接单方通知劳动者解除竞业限制协议，无需额外支付经济补偿；
- 在劳动合同解除或者终止后，即竞业限制期限内，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）》第三十九条的规定，用人单位需额外支付三个月竞业限制补偿金方可单方解除竞业限制协议。

114. 【竞业限制】员工未履行报告义务，用人单位该如何应对？

报告义务并非是劳动者的法定义务，系基于用人单位与员工双方约定，员工告知其就业状态的竞业限制附随义务，从当前的司法实践来看，多数地区裁审机关的裁审口径均认可报告义务的效力。然而，未履行报告义务并不直接等同于违反竞业限制义务，因此如用人单位在尚未掌握员工实质违约的情形下，径自向员工停付竞业限制补偿金，甚至向员工主张违约责任，有一定概率会受到裁审机关的挑战。为切实有效地发挥报告义务在用人单位竞业限制违约救济过程中的作用，建议用人单位在面对员工未履行报告义务时采取以下应对措施：

- 催告履约。用人单位向员工发出书面通知告知员工未按照约定履行报告义务，要求员工在指定期限内向公司履行该等义务，并明确告知继续不履行报告义务的后果（如暂停支付竞业限制补偿）；
- 再次函告。如员工在收到催告后仍未履行报告义务，用人单位可以考虑向员工再次发函，告知因其拒不履行报告义务的行为用人单位将暂停向其发放竞业限制补偿，并再次敦促员工按约履行报告义务；
- 证据搜集。用人单位主动对员工的就业情况开展调查，确认员工是否存在入职竞争企业的实质违约行为，及时固定相关证据以便后续通过仲裁诉讼程序寻求法律救济。

115. 【竞业限制】员工拒收竞业限制补偿金，用人单位是否有风险？

若用人单位按约向员工支付了竞业限制补偿，但员工通过注销银行卡、退回等方式拒收，导致未能收到竞业限制补偿金，原则上不会被认定构成《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）》第三十八条中规定的“因用人单位原因导致三个月未支付经济补偿金的”的情形，劳动者主张以此为由解除竞业限制义务，得到裁审机关支持的可能性并不高。

如遇员工拒收竞业限制补偿金的情形，用人单位应当及时提醒员工收取相应补偿金、履行竞业限制义务，并保留支付补偿金的相关凭证。

116. 【竞业限制】“竞争关系”如何认定？

从近年司法实践来看，裁审机关对于“竞争关系”的审查重点逐渐从流于表面的登记经营范围审查转移到竞争关系实质的探讨。

在 190 号指导案例中，二审法院明确指出，“竞争关系的审查，不应拘泥于营业执照登记的营业范围，否则对劳动者亦或是对用人单位都有可能造成不公平。故在具体案件中，还可以从两家企业实际经营的内容是否重合、服务对象或者所生产产品的受众是否重合、所对应的市场是否重合等多角度进行审查，以还原事实之真相，从而能兼顾用人单位和劳动者的利益，以达到最终的平衡。”从上述裁判精神来看，我们认为在渐趋精细化的实质审查中，裁审机关对于竞争关系认定的审查维度将重点关注以下几个方面：

- 登记经营范围。尽管企业的登记经营范围与实际业务之间可能存在落差，但我们认为裁审机关依然会从登记经营范围入手开展对竞争关系认定的最基础的审查；
- 生产经营的产品或提供从事的服务。企业所生产经营的产品或提供从事的服务能为企业的实际经营业务提供最为直观的展示说明，因此将不可避免地成为裁审机关的审查重点；

• 面向的产品受众、客户群体以及目标市场。事实上，企业产品或服务面向的客户群体及市场反映的是企业为开展业务所投入及调动的社会资源，对于该等社会资源的利用也将会影响到竞争关系的认定。

117. 【竞业限制】“竞争地域”是否可约定为全球范围内、亚太范围内等？

可以约定。从实践来看，裁审机关通常不会直接否认用人单位与员工之间关于竞争地域的约定，然而需要注意的是，如果用人单位将竞争地域约定为全球或是亚太地区此类较为宽泛的地域范围，但是却无法证明该等范围确系与用人单位形成实际竞争关系的地域，则裁审机关可能会认为用人单位该等竞争地域约定损害了员工的就业权，与保护用人单位商业秘密的目的不相符，进而导致用人单位与劳动者就竞争地域的约定无效。

因此，尽管法律法规层面上并未限制双方之间关于竞争地域的约定，但用人单位仍应当根据实际经营规模、商品/服务提供区域、行业特性等因素与劳动者约定合理的竞业限制地域范围，不宜无限制地扩张竞争地域，以避免竞业限制约定被认定为无效的风险。

118. 【竞业限制】如果竞业限制违约金约定过高，裁审机关会如何调整？

《中华人民共和国劳动合同法》第二十三条规定，劳动者违反竞业限制义务应当按照约定向用人单位支付违约金，实践中比较常见的竞业限制违约金约定方式包括明确具体的违约金金额，或者补偿金的倍数等方式。然而，在司法实践中，双方约定较高数额的违约金并不一定能得到全额支持，如果裁审机关认为双方约定的违约金过分加重员工义务，则会突破双方的意思自治，行使自由裁量权，综合考量以下因素对违约金金额作出调降：

- 员工通过违约行为获得的利益；
- 用人单位因员工违约行为遭受的损失；
- 员工违约的主观恶意（如为竞争方提供服务的期限、跳槽的间隔、是否具有明确的竞争关系等）；
- 双方约定的违约金标准；
- 员工在职期间的薪酬水平、竞业限制补偿金金额。

119. 【竞业限制】针对员工违反竞业限制义务的常见取证方式有哪些？

员工在离职后是否加入竞争企业往往是竞业限制案件的争议焦点，且用人单位对此承担举证责任，然而员工离职后，用人单位无法对其进行直接的管理，在客观上面临着一定的取证难度。根据相关司法实践及我们的办案经验，我们认为用人单位可以尝试从以下途径开展取证：

- 查询竞争企业的工商信息，通过公开渠道查看员工是否担任竞争企业的法定代表人、董事、监事等职位；
- 向仲裁委或法院申请调取员工的社保缴纳记录及个税缴纳情况，但程序上用人单位应先行立案后方能申请调查取证，因此用人单位仍需在立案前通过其他手段先行获得员工入职竞争企业的证据；
- 通过寄快递、前台电话转接、商务洽谈等方式查证员工的入职情况，如员工签收了竞争企业地址作为送达地址的快递，或者得到了竞争企业前台的电话转接，该等调查结果在实践中可以成为证明该员工入职竞争企业的证据；
- 关注竞争企业的新闻动态以及员工的社交媒体动态，例如竞争企业发布的动态是否覆盖了员工信息（如新闻稿、活动照片等），以及员工的社交媒体中是否出现过竞争企业的相关信息，或建立与竞争企业相关的社交网络；
- 其他调查方式，用人单位在启用其他调查方式的过程中，需注意调查取证活动的范围，避免侵犯员工的个人隐私和合法权益，导致证据因合法性问题失去证明力。

用人单位在展开针对员工违约行为的取证工作时，一方面应当注意取证的全面性，并及时做好证据固定工作，另一方面应当注意采取合法合规的手段取证，避免侵害员工权益。

120. 【竞业限制】如果招聘的员工负有竞业限制义务，新用人单位面临哪些风险？

如果聘用负有竞业限制义务的劳动者，新用人单位主要面临以下法律风险：

- 竞业限制纠纷。尽管当前司法实践的主流观点认为招用单位并非竞业限制协议的相对方，无需就劳动者违反基于协议当事人约定而产生的违约责任承担连带责任，然而深圳地区对此存在特殊的规定，根据《深圳经济特区企业技术秘密保护条例（2019 修正）》第三十五条，若是招用企业知晓或者应当知晓劳动者负有竞业限制义务，仍然招用的，应对其违约责任承担连带责任；
- 商业秘密侵权。如果招用单位知晓或应当知晓招用人员负有竞业限制义务，且使用了该名人员掌握的原用人单位商业秘密，那么招用单位可能面临承担《[中华人民共和国反不正当竞争法](#)》下的侵犯商业秘密的民事赔偿责任。

十三、培训与服务期

概述

培训是用人单位劳动用工的常见情景，培训的种类不同，其面临的法定义务和权利亦有所不同。在本章节，我们将围绕“专业技术培训”这一特殊情形，介绍其与一般职业培训的区别、培训费用的支付以及服务期的设置、履行、违反等各类场景中的实践要点，供用人单位参考。

121. 【培训】什么是专业技术培训？与一般的职业培训如何区分？

用人单位对员工开展的培训分类众多，其中，专业技术培训是指用人单位支付专项培训费用并可以与员工约定服务期的特殊培训种类，与用人单位提供的入职培训、岗位培训等一般的职业培训有所不同。司法实践中，裁审机关通常会从培训的目的、范围、费用、培训时间等因素综合判断区分用人单位对员工实施的是“职业培训”还是“专业技术培训”：

- 专业技术培训：是用人单位对员工进行的专业操作技能和专业知识的培训，其对象多为特殊岗位、专门岗位的员工，培训时间通常较长，培训目的通常为帮助已经符合工作岗位基本要求的员工进一步提升技能，更有助于员工今后的职业发展。其主要依据是《[中华人民共和国劳动合同法](#)》[第二十二](#)条规定的用人单位可以为劳动者提供专项培训费用，对员工进行专业技术培训并约定服务期；

- 职业培训：是用人单位按照工作需要为员工进行的思想政治、职业道德、管理知识、技术业务、操作技能等方面的教育和训练活动，培训目的为帮助员工符合岗位必需的相关技能或具体要求或者在相关岗位引入新技术、新的管理要求等情况下帮助员工尽快熟悉岗位工作所必要的相关技术、专业知识等。其主要依据是《[中华人民共和国劳动法](#)》[第三条](#)和[第六十八](#)条等规定的劳动者享有接受职业技能培训的权利。

122. 【培训】培训费用由用人单位承担还是员工自行承担？

若属于用人单位与员工约定了服务期的专业技术培训，则培训费用应由用人单位承担。如果在员工先行垫付专业技术培训费用后，用人单位未报销培训费用的，则可能导致该培训无法被认定为“专业技术培训”，进而导致用人单位与员工约定的服务期无效。

若属于入职培训、岗前培训、转岗培训等一般的职业培训，则根据《[中华人民共和国劳动法](#)》[第三条](#)和[第六十八条](#)的规定，为员工提供职业培训是用人单位的法定义务，是劳动者享有的法定权利。

因此，对于一般的职业培训，用人单位同样不得要求员工自行承担。

123. 【服务期】什么情况下可与员工约定服务期？

用人单位若在员工人才培养方面花费了较多时间和财力，员工离职则容易给用人单位带来损失。因此，很多用人单位会通过为员工约定服务期和违约责任的方式对员工离职风险进行管控。但是，并非任意情况下用人单位都可与员工约定服务期。

根据《[中华人民共和国劳动合同法](#)》[第二十二条第一款](#)规定，用人单位为劳动者提供专项培训费用，对其进行专业技术培训的，可以与该劳动者订立协议，约定服务期。因此，用人单位只有在为员工提供专业技术方面的培训后，才可以约定服务期，而如果用人单位对员工提供的仅是岗前培训、入职培训等，其目的是了解公司状况及公司业务，而非专业技术方面的培训，则不能与员工约定服务期。

124. 【服务期】劳动合同期与服务期不一致的如何处理？

根据《[中华人民共和国劳动合同法实施条例](#)》[第十七条](#)的规定，劳动合同期满，但是用人单位与劳动者约定的服务期尚未到期的，劳动合同应当续延至服务期满；双方另有约定的，从其约定。因此，对于劳动合同期与服务期不一致时应以哪个时间为准，用人单位可与员工进行约定；没有约定的，依法劳动合同期限将续延至服务期满。

125. 【服务期】员工违反服务期约定如何支付违约金？

当用人单位与员工约定了服务期而员工提前离职的，是否都属于“员工违反服务期的约定”而员工需要向用人单位支付违约金？这需要根据员工违反服务期约定的具体原因进行判断。

一般而言，员工主动提出辞职，提前结束服务期，则员工作为违约方，应当向用人单位支付违约金。但是，根据《[中华人民共和国劳动合同法实施条例](#)》[第二十六条](#)规定，如果员工是依照《[中华人民共和国劳动合同法](#)》[第三十八条](#)单方解除劳动合同的，即用人单位未按照劳动合同约定提供劳动保护或者劳动条件、未及时足额支付劳动报酬、未依法为劳动者缴纳社会保险费等情况导致员工离职的，不属于违反服务期的约定，用人单位不得要求劳动者支付违约金。

而如果用人单位主动与员工解除约定服务期的劳动合同，如根据《[中华人民共和国劳动合同法](#)》[第四十一条](#)进行裁员的，该种情形下员工并非违约方，无需向用人单位支付违约金。但是，如果用人单位系因员工过错，基于《[中华人民共和国劳动合同法](#)》[第三十九条](#)所规定事由（如严重违反用人单位的规章制度，员工严重失职、营私舞弊、给用人单位造成重大损害，或者员工被依法追究刑事责任等情况）与员工解除劳动合同导致服务期提前结束的，则员工应当按照服务期约定向用人单位支付违约金。对于违约金的支付数额，根据《[中华人民共和国劳动合同法](#)》[第二十二条第二款](#)规定，违约金数额不得超过用人单位提供的培训费用，且不得超过服务期尚未履行部分所应分摊的培训费用。同时，用人单位还应注意与员工约定服务期和违约金时不得影响员工在服务期间正常的劳动报酬。

十四、股权激励

概述

股权激励是现代企业治理制度的重要组成部分，合理地利用股权激励工具能够激发员工工作积极性，实现用人单位长期发展与个人利益的双赢。本章节将从股权激励工具的运用、股权激励与劳动法律的交集、股权激励的退出机制等实践中常见的问题入手，介绍用人单位在开展股权激励时可能遇到的实操难点。

126. 【股权激励】股权激励有哪些主要的激励工具及其含义分别为何？

当前市场上较为常见的股权激励工具包括股票期权、限制性股票、虚拟股权与限制性股票单元，其概念内涵分别如下：

- 股票期权：公司授予激励对象在未来的一定期限内以预先约定的条件和价格购买本公司一定数量股权的权利；
- 限制性股权：公司向激励对象授予一定数量的权利受限的公司股权，激励对象需要满足公司预先设置的解禁条件（如业绩指标）才能解除其获授的股权上的权利限制，才有权对该部分股权进行处分并从中获益；
- 虚拟股权：公司向激励对象授予的一种具有实际股权的部分特征（即分红权）的虚拟化的股权，而并未向激励对象实际授予股权。虚拟股权的授予不影响公司的股东结构和股本总额。被授予虚拟股权的激励对象不会被在工商部门被登记为公司股东，也不享有除分红权以外的公司股东的其他权利；
- 限制性股票单元：公司向激励对象作出的在将来某个时期授予公司股票的一种承诺，在激励对象满足公司预先设置的前提条件时，公司才会授予其一定数量的股票。

上述激励工具各有适用特征，因此用人单位在选择股权激励模式时，需要结合用人单位自身状况、激励对象的身份、未来公司治理模式、激励成本等多重因素来进行综合的判断和设计。

127. 【股权激励】股权激励的规则在什么情况下可能受制于具体的法律规定？

总体而言，我国法律法规对于用人单位如何制定与实施股权激励并未作出统一与系统化的指引与限制，用人单位在设置与实施股权激励时，通常来说享有较大的意思自治空间。但在实践中，用人单位股权激励的设置与实施在以下方面仍然会受制于具体的法律规定：

- 受制于企业上市地的法律法规与上市规则：上市公司与拟申报上市公司（是否属于拟申报上市公司，需结合上市地的相关法律法规来确定）或其关联主体在设置与实施股权激励时，需遵循上市地与股权激励相关的法律法规与上市规则，如：在中国境内上市的公司与拟在中国境内上市的公司或其关联主体需遵循《[上市公司股权激励管理办法](#)》等文件中的相关规定；在香港上市的公司与拟在香港上市的公司或其关联主体需遵循港交所颁布的《上市规则》第十七章等文件中的相关规定；

- 受制于与国有企业相关的政策法规：国有企业在设置与实施股权激励规则时，亦需基于国有企业自身的性质及规模，在我国关于国有企业股权激励的政策法规框架下进行（如《财政部、科技部、国资委关于印发〈国有科技型企业股权和分红激励暂行办法〉的通知》（财资〔2016〕4号）；《关于国有控股混合所有制企业开展员工持股试点的意见》（国资发改革〔2016〕133号）等）；

- 受制于税务相关的政策法规：企业实施股权激励，需遵循我国税务监管部门的政策要求，如：根据国家税务总局发布的《关于进一步深化税务领域“放管服”改革培育和激发市场主体活力若干措施的通知》（税总征科发〔2021〕69号，也称“69号文”）的规定，实施股权激励的企业需履行就股权激励实施情况向税务机关报送相关资料或进行纳税申报等义务。

128. 【股权激励】股权激励纠纷是否属于劳动争议？

关于股权激励纠纷性质，在司法实践中存在着被认定为“劳动争议”和“商事纠纷”两类定性的观点，通常来说，如果存在以下情形，那么裁判机关会更倾向于将股权激励纠纷定性为劳动争议：

- 具有与劳动合同的履行密不可分的特性，或以劳动关系的存在为前提；
- 明确收益是基于劳动关系而产生的劳动报酬的一部分；
- 股权激励协议本身与劳动者的考评、绩效等用工管理有紧密联系，体现了劳动关系中福利或奖励的特征。

此外，从各地的司法实践来看，目前也尚未形成较为统一的、有较强倾向性的裁判口径。对于用人单位而言，劳动争议与商事纠纷在管辖、法律适用、举证责任、时效等案件审理的程序和实体问题上存在较大差异，因此股权激励纠纷被归入的案由将会对用人单位的应诉策略造成重要的影响。

129. 【股权激励】股权激励的激励对象是公司股东吗？享有或不享有 有哪些权利？

激励对象是否是公司股东同时取决于以下两个方面：

- 取决于公司股权激励方案的设计：（1）如果员工直接持有公司股权，则员工可以成为公司股东，并且当然享有公司股东的相关权利；（2）如果员工通过公司设置的持股平台间接持有公司股权，则员工仅是持股平台的合伙人（或股东），并非公司的股东，通常除了分红权之外不享有公司股东的其他相关权利。因此，在实践中，为避免员工成为公司的股东、行使股东权利从而影响公司的决策与控制权，公司在涉及股权激励方案时，通常倾向于选择前述第二种方式，以实现风险隔离的目的；

- 取决于股权激励工具的选择：（1）如果选择股票期权作为激励工具，则被授予期权的员工在满足公司预先设置的行权条件，并实际行权过后，才有可能成为公司的股东、享有股东权利。（2）如果选择限制性股权作为激励工具，则被授予限制性股权的员工需要满足公司预先设置的解禁条件、解除其获授的限制性股权上的权利限制，才有可能成为公司的股东，享有股东权利。（3）如果选择限制性股票单元作为激励工具，则被授予限制性股票单元的员工需要满足公司预先设置的前提条件、被公司实际授予股票后，才有可能成为公司的股东，享有股东权利。（4）如果选择虚拟股票作为激励工具，则由于虚拟股票仅是一种具有实际股权的部分特征（即分红权）的虚拟化的股权，并不会转为实际股权，故被授予虚拟股票的员工无法成为公司股东。

综上，激励对象能否成为、何时成为公司股东，需要同时视公司股权激励方案的设计以及股权激励工具的选择情况来具体确定。

130. 【股权激励】股权激励及其收益能否替代竞业限制补偿金？

主流观点通常认为，由于竞业限制补偿金的支付目的在于保证员工在竞业限制期间获得稳定收益，其在形式上需要具备能够随时兑现以及便于流通的特点，故用人单位应当以现金形式按月支付竞业限制补偿金。而股权激励的收益具有不确定性，且激励股权的流通性较差，故以股权激励及其收益支付竞业限制补偿金的形式在司法实践中能否被认可具有不确定性。

尽管如此，部分案例支持用人单位与员工以股权激励及其收益支付竞业限制补偿金的约定，理由是，法律并未禁止此种竞业限制补偿金支付方式，且用人单位与员工之间的约定系双方的真实意思表示，应当被尊重。在实践中，不少互联网企业还在支付补偿金的基础上，将授予员工的股权激励作为员工履行竞业限制义务的额外对价，若员工后续存在违反竞业限制义务行为的，要求员工返还已归属部分的股票激励所对应的收益。

131. 【股权激励】股权激励是否是劳动者的劳动报酬的组成部分？

股权激励收益是否属于劳动者劳动报酬的组成部分，我国法律法规对此并无明确且统一的规定，并且各地的司法实践对此也持有不同观点：

- 观点一：股权激励不属于劳动报酬，理由是：第一，从形式上看，股权激励并不符合我国法律法规对于“工资”的界定（即《关于印发〈工资支付暂行规定〉的通知》（劳部发〔1994〕489号）第五条），而狭义上劳动报酬可以等同于工资，因此股权激励不属于劳动报酬。第二，从股权激励的实施目的来看，企业实施股权激励的目的在于留住和吸引优秀人才使其关注企业长期发展，作为公司股东分享公司发展所带来的收益，是员工负担正常劳动义务以外其他义务的合同对价。第三，从股权激励的收益性来看，各类股权激励工具所涉及的财产性收益具有明显的不确定性，不符合劳动报酬稳定性和持续性的特征；

- 观点二：股权激励属于劳动报酬，理由是：第一，从形式上看，法律并未将劳动报酬限定为货币这一形式，用人单位通过支付员工货币之外的其他有价值的有形或无形财产，只要符合双方约定且不违反法律法规的效力性强制性规定，均应当视为劳动报酬的一部分。第二，从股权激励的实施目的来看，员工获得股权激励的前提是与公司存在和保持劳动关系，这一点便使得股权激励具有劳动报酬的本质属性，即从属性和劳动对价性。第三，从股权激励的收益性来看，对于大部分的股权激励，员工在获得股权激励时支付的对价低于股票市场价格，在股票解禁时，必然会为员工带来差价的收益，这部分收益是可以以货币形式体现的，亦满足了我国法律法规对于工资应以法定货币支付的形式要求。

132. 【股权激励】对于劳动关系解除 / 终止后股权激励退出机制的约定是否有效？

用人单位可以与员工约定在劳动关系解除或终止后，由用人单位或用人单位指定的其他主体在一定期限内以一定价格回购员工的激励股权，或约定该等股权被直接无偿取消。此类约定属于用人单位与员工之间的真实意思表示，在司法实践中通常会被支持。

如果用人单位仅与员工约定了股权激励的退出情形，但却并未对股权退出的价格、期限、退出方式等实施细节进行具体约定，则裁审机关可能会认为该等股权激励退出机制的实施方式约定不明、无法实际履行，届时需要根据个案情况由裁审机关来酌定合理的退出方式或也有可能因无法实际履行而无法实现激励对象的退出从而继续持有激励份额。

因此，尽管用人单位与员工约定的股权激励退出机制在效力上可以得到裁审机关的认可，但是仍需要对具体的实施细节做出明确约定，以避免相关条款缺乏可履行性，导致股权激励退出操作最终无法实现的后果。

133. 【股权激励】股权激励的设计在哪些方面与劳动法上对员工的管理可以直接挂钩？

用人单位在设计股权激励计划时，通常可以在包括但不限于以下方面与劳动法上对员工的管理进行挂钩：

- 与劳动关系的存续挂钩，一旦劳动关系解除或者终止，则员工必须要退出股权激励计划；
- 与员工的服务年限、业绩指标等挂钩，只有当员工完成一定的绩效考核标准或者为企业服务的时长达到一定年限，员工才可获得或者兑现股权激励；
- 与员工的行为管理挂钩，若员工违反了法律法规、企业的规章制度或是不服从企业的合理管理（如合理的工作安排、岗位调整）），则企业可要求员工退出股权激励计划。

134. 【股权激励】除了正式建立劳动关系的员工之外，其他为企业提供服务的人员，如顾问、劳务派遣人员能否成为股权激励计划的激励对象？

由于企业设计股权激励计划的初衷，是建立和加强与激励对象之间的绑定关系，实现企业与激励对象的利益共享与相互约束，故股权激励的对象通常需要与企业建立劳动关系。尽管如此，随着市场经济的不断发展，企业的业务与经营模式趋于复杂，越来越多的企业基于商业考量，需要将一些顾问、劳务派遣人员等非劳动关系人员纳入股权激励对象范畴。

对于非上市企业而言，我国法律法规对于其股权激励的对象并无明确限制，故非上市企业在选定非劳动关系人员作为激励对象时，享有较大的自主权。

而对于拟上市企业而言，在选定激励对象时，需要遵循其所适用的上市规则中的相应限制。拟上市企业选定的激励对象原则上需要是劳动关系员工，如企业选定了少量个别的如顾问、劳务派遣人员等非劳动关系人员作为激励对象，则企业需要对该等人员的选定理由及其合理性（如该等人员是否实际为公司提供持续服务）进行相应解释。

十五、员工个人信息保护

概述

随着国家对个人信息保护的重视和相关法律的出台，员工个人信息保护成为当下用人单位劳动用工管理的重要课题之一。在本章节，我们将围绕用人单位用工场景下的个人信息保护义务，介绍用人单位在收集、存储、使用、共享、保障员工个人信息主体权利等方面的合规要点，供用人单位参考。

135. 【知情同意】用人单位收集员工个人信息是否必须告知员工并经过员工同意？

在用人单位日常经营和劳动用工场景中，从招聘、员工入职、日常管理到员工离职处理的全流程，可能会处理员工个人基本资料、身份信息、教育信息、工作信息、财产信息、健康生理信息、通信信息、设备信息等个人信息。在处理这些个人信息之前，用人单位是否应当告知员工？如何告知？收集个人信息之前是否应当员工同意？

根据《[中华人民共和国个人信息保护法](#)》[第十七条](#)的规定，用人单位在收集员工个人信息之前，应当以显著方式、清晰易懂的语言真实、准确、完整地向个人告知个人信息处理的具体情况，主要包括：

- 个人信息处理者的名称或者姓名和联系方式；
- 个人信息的处理目的、处理方式，处理的个人信息种类、保存期限；
- 个人行使本法规定权利的方式和程序。

因此，建议用人单位通过制定《员工隐私政策》等个人信息处理规则的方式履行告知义务，《员工隐私政策》应当向员工公开并且便于员工查阅和保存。当《员工隐私政策》的前述事项发生变更时，用人单位还应当将变更部分及时告知员工。

而对于获取员工个人同意，根据《[中华人民共和国个人信息保护法](#)》[第十三条](#)的规定，用人单位处理员工个人信息之前，应当取得员工同意或者具有以下法定豁免情形：

- 为订立、履行劳动合同所必需，或者按照依法制定的劳动规章制度和依法签订的集体合同实施人力资源管理所必需；
- 为履行法定职责或者法定义务所必需；

- 为应对突发公共卫生事件或者紧急情况下为保护自然人的生命健康和财产安全所必需；
- 为公共利益实施新闻报道、舆论监督等行为，在合理的范围内处理个人信息；
- 依法在合理的范围内处理个人自行公开或者其他已经合法公开的个人信息的；
- 法律、行政法规规定的其他情形。

136. 【最小必要】入职时能否要求员工填写婚姻生育情况？若员工提供虚假婚姻生育信息，用人单位能解除劳动合同吗？

用人单位在招录新员工时，往往会要求员工填写婚姻生育情况，并规定如果员工填写虚假信息，将构成严重违反规章制度，用人单位将解除劳动合同。然而，这样的做法在实践中存在极大的合规风险。

根据《[中华人民共和国个人信息保护法](#)》[第六条](#)的规定，处理个人信息应当具有明确、合理的目的，并应当与处理目的直接相关，采取对个人权益影响最小的方式，且应当限于实现处理目的的最小范围，不得过度收集个人信息。一方面，婚姻生育状况与劳动合同的签订与履行没有直接联系或必然的关系，属于个人隐私，员工并没有告知的义务且有权拒绝告知；另一方面，男女平等是我国的基本国策，在入职阶段收集员工的婚姻生育状况，往往会被裁审机关认定为缺乏必要性，且有就业歧视之嫌。因此，如果用人单位因员工在入职阶段填写虚假婚姻生育状况而辞退员工，则被认定为违法解除劳动合同的风险较大。

137. 【考勤打卡】用人单位能要求员工必须用指纹或人脸打卡吗？

实践中，部分用人单位取消了传统的考勤打卡方式，采用“更为先进”的指纹、人脸打卡方式。但是，由于指纹、虹膜、面部识别特征都是典型的生物识别信息，这样的考勤操作存在一定的合规风险。

根据《[最高人民法院关于审理使用人脸识别技术处理个人信息相关民事案件适用法律若干问题的规定](#)》[第四条](#)的规定，除非为提供产品或服务所必需，否则不得要求自然人同意处理其人脸信息，不得强迫或变相强迫自然人同意，不得以与其他授权捆绑的方式要求同意。同时，根据《[深圳经济特区数据条例](#)》[第十九条](#)的规定，处理生物识别数据的，在征得该自然人明示同意时，还应当提供处理其他非生物识别数据的替代方案。因此，如果用人单位要求员工必须同意指纹或人脸打卡，则可能构成对前述法律法规的违反。

因此，如果用人单位只是出于考勤目的而收集员工的指纹、人脸信息，很可能被认定为非“实施人力资源管理所必需”。这种情况下，用人单位应当做到以下几点：

- 获得员工的单独同意；

- 提供不会用到生物识别信息的替代方案，即对于不同意指纹打卡或人脸打卡的员工，用人单位应该提供其他的传统打卡方式来实现考勤目的。

138. 【违纪调查】用人单位能否监控员工的办公设备或调取数据？

用人单位对员工的办公手机、办公电脑等设备进行监控，可能涉及大量员工个人信息的处理，尤其是浏览记录、聊天记录等敏感个人信息。对于用人单位而言，监控办公设备，有助于保护用人单位的重要数据资产和提高业务运营效率，便于提前介入解决员工离职带来的泄密风险、岗位空缺风险以及开展内部反舞弊调查，具有一定的合理性。而对于员工而言，工作和私人生活无法完全区分开，有一些原本应该是与工作无关的个人信息也会沉淀到工作场所的系统里面，用人单位的强监控措施是对个人隐私以及个人信息权益的侵犯。

在司法实践中，用人单位对员工办公设备的监控或数据调取，是否具有必要性，存在较大争议。根据《[中华人民共和国个人信息保护法](#)》[第六条](#)和[第二十九条](#)等规定，用人单位在安装监控系统、监管员工行为之前，应当明确告知员工并获得员工的同意，涉及敏感个人信息的还应当取得员工的单独同意。如果用人单位未经告知和员工明确同意便进行监控和数据调取，则容易使得相关证据因缺乏合法性而被裁审机关排除。

因此，建议用人单位通过《员工手册》《员工隐私政策》等内部规章制度，提前告知用人单位将对办公设备进行合理监控，提醒员工尽量不要使用用人单位的系统或设备处理与工作无关之事，并获取员工的同意。

139. 【员工信息出境】如何合法合规跨境共享员工个人信息？

跨国公司或者同一经济实体内部的个人信息跨境处理活动，是一种非常典型的跨境传输个人信息的情形。根据《[中华人民共和国个人信息保护法](#)》第三章的规定，用人单位在跨境处理员工个人信息前，应当做到：

- 明确告知员工境外接收方的名称或者姓名、联系方式、处理目的、处理方式、个人信息的种类以及员工向境外接收方行使个人信息主体权利的方式和程序等事项，并取得员工的单独同意；
- 事前进行个人信息保护影响评估，并对处理情况进行记录，个人信息保护影响评估报告和处理情况记录应当至少保存三年；
- 督促境外接收方处理个人信息的活动达到《[中华人民共和国个人信息保护法](#)》规定的个人信息保护标准；

- 除法律法规规定可以豁免的情形外，需依法满足数据出境安全评估、个人信息保护认证或个人信息保护标准合同备案等数据出境的相关要求。

140. 【个人信息权利】用人单位依法应当保障员工的哪些个人信息主体权利？

员工作为个人信息主体，依法享有其个人信息主体权利。根据《[中华人民共和国个人信息保护法](#)》的规定，用人单位在员工个人信息处理活动中，应当保障员工的以下权利：

- 知情权和决定权：员工对其个人信息的处理享有知情权、决定权，有权限制或者拒绝用人单位对其个人信息进行处理（除非法律、行政法规另有规定）；

- 查阅权、复制权和可携权：员工请求查阅、复制其个人信息的，用人单位应当及时提供，员工请求将个人信息转移至其指定的个人信息处理者，符合国家网信部门规定条件的，用人单位应当提供转移的途径；

- 更正权和补充权：员工发现其个人信息不准确或者不完整的，请求用人单位更正、补充的，用人单位应当对其个人信息予以核实，并及时更正、补充；

- 删除权：当员工撤回对个人信息处理的同意、特定目的已经实现或不再必要、员工离职或者保存期限届满时，用人单位应当主动删除相关的员工个人信息；

- 要求释明权：员工有权要求用人单位对其个人信息处理规则进行解释说明。

同时，用人单位还应当建立便捷的个人行使权利的受理和处理机制，如果用人单位拒绝员工行使权利的请求的，依法还应当说明拒绝的理由。