



作者

朱国丰

高级咨询顾问

擅长领域：劳动用工法律事务



劳动用工

合规管理 100 问

（2022 年）

新冠疫情对国家、社会及各行各业均产生了深远影响，
劳动用工领域正面临新情况、新问题。在这种特殊时期，用人
单位更应该增强法律意识，合法合规处理劳动用工问题。

——朱国丰

[中国劳动保障报社人社法律服务微信公众号](#)

目 录

1. 用人单位未查明劳动者违纪事实，即采取停发工资、停缴社保、办理工作交接、返还工作服、办理退工手续等措施，是不是就不算违法解除劳动合同？	1
2. 用人单位安排加班却不批准劳动者的加班申请，是不是就可以避免加班了？	1
3. 用人单位使用非全日制劳动者，还要签劳动合同吗？	2
4. 用人单位掌握能够依法解除劳动合同的证据，是不是可以当做“杀手锏”随时使用？	2
5. 用人单位为劳动者投保商业险，是否无需再缴纳工伤保险费？	3
6. 用人单位仅提供岗前培训，能否约定服务期？	3
7. 用人单位认为劳动者工作不称职，就单方强行降低工作岗位，合法吗？	4
8. 用人单位支付劳动者未休年休假补偿，应该按照 3 倍算吗？	4
9. 用人单位违法超期约定试用期，有什么后果？	5
10. 已经享受寒暑假的职工，用人单位就无需安排带薪年假吗？	5
11. 因业务收缩，安排员工同时兼任两个岗位的工作，合法吗？	6
12. 已经发出的解除劳动合同通知书，还能撤回或撤销吗？	7
13. 用人单位是否可以随意解除试用期劳动者的劳动合同？	8
14. 通过民主程序的规章制度，就合法有效吗？	9
15. 承担相应工作的公司股东，与公司有劳动关系吗？	10
16. 用人单位使用自带生产工具的劳动者，是否就不存在劳动关系？	11
17. 经过职工大会表决，是否可以直接变更劳动者的劳动关系？	11
18. 劳动者发生工伤后，已经由第三人赔偿误工费，用人单位还需要支付工伤工资吗？	12
19. 用人单位发出解除劳动合同通知书后，能否变更解除劳动合同的理由？	12
20. 集团公司的规章制度，是不是当然适用于下属关联公司？	13
21. 享受产假、哺乳假的女职工，当年度还能享受带薪年假吗？	13
22. 劳动合同中约定“劳动者同意根据用人单位工作需要，从事用人单位安排的岗位工作”，是否有效？	14

23. 用人单位能够不经职业病健康检查，直接解除从事职业病危害作业劳动者的劳动合同？	15
24. 劳动者在关联企业间变动工作，原服务期协议继续有效吗？	16
25. 劳动者不做离职交接，用人单位是不是就可以不支付经济补偿金？	16
26. 用人单位可否在职期间支付劳动者的竞业限制补偿金？	17
27. 用人单位在关联企业混合用工，是不是没有风险？	18
28. 用人单位在共享用工时，需要注意哪些问题？	19
29. 用人单位的考勤记录必须劳动者签字认可，才有效吗？	20
30. 用人单位与劳动者协商一致，就可以延长试用期吗？	21
31. 用人单位可否因劳动者刚入职不稳定，就在制度上规定试用期内不缴纳社会保险？	21
32. 劳动者辞职，用人单位可以不支付经济补偿金吗？	22
33. 用人单位使用其他单位已经内退的劳动者，建立的是劳务关系吗？	23
34. 用人单位认为劳动者工作能力不行，是不是就可以解除劳动合同？	24
35. 用人单位不能解除距离法定退休不足 5 年老职工的劳动合同吗？	24
36. 用人单位解除违纪劳动者劳动合同，需要遵守哪些必要程序？	25
37. 用人单位通过 OA 办公网络向劳动者公示规章制度，是否有效？	26
38. 劳动争议是否适用约定管辖？	27
39. 用人单位能否全额扣除违纪劳动者的工资？	28
40. 用人单位通过规章制度是否就可以直接改变劳动者的薪酬？	28
41. 工程项目部能否与使用的劳动者，建立劳动关系？	29
42. 实行计件工资，用人单位就无需支付加班费了吗？	30
43. 劳动者工伤治疗结束之后，用人单位还要不要支付护理费？	31
44. 疫情期间，用人单位能否直接降低劳动者的薪酬？	32
45. 用人单位只要发现劳动者兼职，就能解除劳动合同吗？	32
46. 疫情期间，用人单位能否随意调整劳动者的工作岗位？	33
47. 用人单位能否只做劳动用工备案，不与劳动者订立劳动合同？	34
48. 用人单位通知终止符合订立无固定期限劳动合同劳动者的劳动合同，合法吗？	35
49. 用人单位使用跨区域劳务派遣劳动者，应当在哪里缴纳社会保险？	35
50. 劳动者医疗期满后，用人单位能否解除其劳动合同？	36
51. 劳动者不主动申请带薪年假，能否视为主动放弃？	37
52. 用人单位制定规章制度时，是否具有绝对自主权？	38

53. 用人单位能否把全体劳动者都纳入保密和竞业限制范畴？	39
54. 用人单位搬迁，是否必须向劳动者支付经济补偿金？	40
55. 劳动者涉嫌犯罪，用人单位能否直接解除劳动合同？	40
56. 适用不定时工时制的劳动者，用人单位还能对其进行考勤管理吗？	41
57. 劳动者拒不签订劳动合同，用人单位就只能支付双倍工资吗？	42
58. 用人单位解除劳动合同时，是否都要给“N+1”？	43
59. 劳动合同约定工作地点为“全国”，能否随意调整工作地点？	43
60. 用人单位委托第三方为劳动者缴纳社会保险，是否合法？	44
61. 用人单位可以采取调休的方式代替支付加班费吗？	45
62. 用人单位不支付竞业限制补偿金，劳动者能否不承担竞业限制义务？	46
63. 用人单位与劳动者达成协议后又担心对方反悔，怎么办？	47
64. 如何判断用人单位与劳动者建立的是人事关系？	48
65. 用人单位注销营业执照后，是否不用对劳动者承担任何责任？	49
66. 劳动者在用人单位各关联企业工作，工作年限怎么计算？	50
67. 用人单位需要审批劳动者的辞职申请吗？	51
68. 用人单位应如何规范学生实习？	52
69. 用人单位能否规定劳动者年度内中途离职，就不再计发年终奖？	53
70. 劳动者不告而别，用人单位能够扣押其档案？	54
71. 用人单位给劳动者发放的补贴，算不算工资？	55
72. 劳动者要求不缴纳社会保险，用人单位能否同意？	56
73. 劳动者离职后，在股权激励平台持有的合伙份额如何处理？	57
74. 女性劳动者离职，用人单位应当注意哪些合规要点？	58
75. 用人单位是否具有对规章制度的“最终解释权”？	59
76. 用人单位使用外籍劳动者，应当注意哪些合规要点？	60
77. 用人单位处置性骚扰事件，应当注意哪些合规要点？	61
78. 劳动者因履行职务给用人单位造成损失的，怎么办？	62
79. 用人单位确认劳动者退休年龄时，应当注意哪些合规要点？	63
80. 用人单位能否在停工停产期间，停发工资？	64
81. 职工代表人数不足，用人单位如何保证规章制度表决合规？	65
82. 劳动者在家猝死，用人单位如何合规处理？	66
83. 用人单位界定承揽关系与劳动关系的合规要点有哪些？	67

84. 用人单位避免违法解除劳动合同的合规要点有哪些？	68
85. 用人单位能否以除名的方式解除劳动合同？	69
86. 用人单位可否把部分业务外包给个人？	70
87. 用人单位防治劳动者入职欺诈的合规要点有哪些？	71
88. 用人单位以新业态用工方式使用劳动者，应当注意哪些合规要点？	72
89. 用人单位能否要求劳动者入职时，提供“无犯罪记录证明”？	73
90. 劳动者长期不到岗，用人单位能否按自动离职处理？	74
91. 用人单位担心劳动者取得北京户口就离职，能否在劳动合同中设置违约金？	75
92. 用人单位使用港澳台劳动者，需要注意哪些合规要点？	76
93. 劳动者外交随任的，用人单位能否不缴纳社会保险？	77
94. 劳动者奔丧未及时请假，用人单位能否按旷工解除其劳动合同？	78
95. 劳动者违反职业道德，用人单位能否解除劳动合同？	79
96. 用人单位如何判断第三方用工是“假外包、真派遣”？	80
97. 劳动者未签订劳动合同，用人单位是否就要支付双倍工资？	81
98. 劳动者因疫情居家办公，用人单位管理的合规要点有哪些？	82
99. 用人单位未报告裁员方案，是否不算违法裁员？	83
100. 女性劳动者怀孕后就不到岗，用人单位是不是就不能管理？	84

[返回目录](#)

误区 1 用人单位未查明劳动者违纪事实，即采取停发工资、停缴社保、办理工作交接、返还工作服、办理退工手续等措施，是不是就不算违法解除劳动合同？

合规建议

1. 用人单位实施上述措施，即使不开具解除劳动合同证明材料，也会被认定为违法解除劳动合同。
 2. 实践中，用人单位往往在庭审中主张认为只是安排劳动者待岗，但是停发工资、停缴社保的行为，具有强行解除劳动合同的意思。如果用人单位不能证明自己的主张，则不会被采信。
 3. 用人单位在采取相应行动前，需要综合考虑违法解除劳动合同的后果，避免发生被动局面。
-

误区 2 用人单位安排加班却不批准劳动者的加班申请，是不是就可以避免加班了？

合规建议

1. 加班申请和相关审批是证明加班事实的关键证据之一，但并非唯一证据。
2. 劳动者还可以通过提交考勤记录、微信聊天记录、加班邮件等证据证明加班事实存在。
3. 实践中，仲裁机构会围绕加班事实，审查双方证据，综合判断加班是否存在。因此，用人单位企图以不批准加班申请来避免加班认定的做法是错误的。

[返回目录](#)

误区 3 用人单位使用非全日制劳动者，还要签劳动合同吗？

合规建议

1. 《劳动合同法》规定，非全日制用工双方当事人可以订立口头协议，且双方当事人不得约定试用期。而且鉴于非全日制就业的灵活性，非全日制用工双方当事人任何一方都可以随时通知对方终止用工。终止用工，用人单位不向劳动者支付经济补偿。

2. 实践中，非全日制用工往往被当成是随意用工，但是非全日制用工有以下三个限制性规定：

（1）劳动者在同一用人单位一般平均每日工作时间不超过四小时，每周工作时间累计不超过二十四小时的用工形式；

（2）非全日制用工小时计酬标准不得低于用人单位所在地人民政府规定的最低小时工资标准；

（3）非全日制用工劳动报酬结算支付周期最长不得超过十五日。

3. 如果用人单位在使用非全日制用工劳动者违反以上规定的，仲裁机构会认定属于全日制劳动关系。此时，若用人单位若没有与劳动者签订劳动合同，还要承担双倍工资的惩罚。



误区 4 用人单位掌握能够依法解除劳动者劳动合同的证据，是不是可以当做“杀手锏”随时使用？

合规建议

1. 虽然目前没有法律规定（有地方规定的除外）用人单位解除劳动者的劳动合同应当在多长时限内处理，但是实践中，仲裁机构会结合案情和企业管理惯例进行判断。

2. 一般认为，如果用人单位在已经掌握上述足以解除劳动者劳动合同的证据后，仍晋升职位、调高工资、续签劳动合同，则大概率会被认为用人单位已经以实际行动对其违纪行为免于处罚或者放弃追究责任。

[返回目录](#)

误区 5 用人单位为劳动者投保商业险，是否无需再缴纳工伤保险费？

合规建议

1. 中华人民共和国境内的企业、事业单位、社会团体、民办非企业单位、基金会、律师事务所、会计师事务所等组织和有雇工的个体工商户都有依法参加工伤保险的义务，必须为本单位全部职工或者雇工缴纳工伤保险费。
2. 即使用用人单位为劳动者购买了商业保险，也不能免除用人单位依法参加工伤保险的法定义务。未参加工伤保险的用人单位要承担劳动者一旦出险后的工伤保险待遇。
3. 劳动者出险后商业保险赔付也不能免除、抵消、替代工伤保险待遇支付。



误区 6 用人单位仅提供岗前培训，能否约定服务期？

合规建议

1. 根据《劳动合同法》规定，用人单位为劳动者提供专项培训费用，对其进行专项技术培训的，可以与该劳动者订立协议，约定服务期。因此，约定服务期的前提是用人单位向劳动者提供专项培训费用、进行专项技术培训。
2. 用人单位未提供专项技术培训或支出专项培训费用，而是提供岗前基础培训，培训内容是企业文化、内部流程、安全知识、工作技巧等，应属职业培训范畴，并非专项技术培训。
3. 即使用用人单位与劳动者就岗前培训签署了《培训服务协议》，该协议也是无效的。

[返回目录](#)

误区 7 用人单位认为劳动者工作不称职，就单方强行降低工作岗位，合法吗？

合规建议

1. 一般来说，用人单位应当与劳动者协商一致，采用书面形式变更劳动合同约定的内容。但是实践中，用人单位如果与劳动者协商不成，就要结合法律规定或者劳动合同约定来调整岗位。

2. 如果用人单位认为劳动者工作不称职，应当证明劳动者“不能胜任工作”。这里需要提供劳动者的岗位职责、考核标准、考核结果等证据，综合证明劳动者不能继续在原工作岗位工作，那么用人单位才可以单方调整劳动者工作岗位，否则就是违法的。



误区 8 用人单位支付劳动者未休年休假补偿，应该按照 3 倍算吗？

合规建议

1. 用人单位应当依法在一个公历年度内保障劳动者享受法定带薪年假，并做好休假安排和考勤记录。

2. 如确实无法安排劳动者休假，则应当按照未休年休假天数×职工日工资收入 200%计算未休年休假工资。这是因为，虽然根据《企业职工带薪年休假实施办法》第十条规定，用人单位应当按照职工日工资收入的 300%支付未休年休假工资报酬，但是该工资报酬中已经包含用人单位支付职工正常工作期间的工资收入。

3. 需要说明的是，计算未休年休假工资报酬的日工资标准按照职工本人的月工资除以月计薪天数（21.75 天）进行折算。

[返回目录](#)

误区 9 用人单位违法超期约定试用期，有什么后果？

合规建议

1. 违法超期约定的“试用期”，不能被认定为法定的试用期。因此，不能应用“试用期”考核的相关条款处置劳动者。
 2. 违法超期约定的试用期支付的工资低于转正后的工资差额，用人单位应当补发。
 3. 根据《劳动合同法》第八十三条规定：“用人单位违反本法规定与劳动者约定试用期的，由劳动行政部门责令改正；违法约定的试用期已经履行的，由用人单位以劳动者试用期满月工资为标准，按已经履行的超过法定试用期的期间向劳动者支付赔偿金。”这里的“试用期满月工资”，应理解为转正后的工资标准。
- 

误区 10 已经享受寒暑假的职工，用人单位就无需安排带薪年休假吗？

合规建议

1. 劳动者享受寒暑假天数多于其应当享受年休假天数的，则不享受当年的年休假。
2. 确因工作需要，劳动者享受的寒暑假天数少于其应当享受的年休假天数，用人单位应当安排补足年休假天数。

[返回目录](#)

误区 11 因业务收缩，安排员工同时兼任两个岗位的工作，合法吗？

合规建议

1. 一般来说，如果用人单位安排员工增加工作内容、调整工作职责，需要和员工协商一致后实施。

2. 如果双方无法达成一致，则实践中一般会考虑用人单位增加的工作内容是否超出员工职责范围或者专业能力，如果超过界限，则会被认定为调整岗位、变更劳动合同。反之，仲裁机构会结合员工的岗位职责说明综合研判。

3. 不论是调整岗位还是增加工作内容，用人单位都应该结合薪酬绩效等相关制度，在劳动报酬方面有所体现。

4. 需要特别说明的是，这种工作调整还需考察是否存在违反相关法律法规的情形。例如，根据《会计法》第三十七条规定，会计机构内部应当建立稽核制度，出纳人员不得兼任稽核、会计档案保管和收入、支出、费用、债权债务账目的登记工作。又例如，根据《企业工会主席产生办法》规定，企业行政负责人（含行政副职）、合伙人及其近亲属，人力资源部门负责人，外籍职工不得作为所在企业工会主席候选人。

[返回目录](#)

误区 12 已经发出的解除劳动合同通知书，还能撤回或撤销吗？

合规建议

1. 用人单位的单方解除劳动合同权利，是一种典型的形成权。即无需劳动者表达意愿，仅由用人单位依据相关事实即可做出并发生法律效力。因此，当用人单位行使单方解除权时，一经发出通知文件且到达对方，即已生效。

2. 撤回是针对未生效的法律行为，撤销是针对已生效的法律行为。民法理论认为行使形成权的单方法律行为可以撤回而不可以撤销，即变动法律关系的意思表示到达相对人之前可以撤回，阻断形成权的行使；但当该意思表示已经到达相对人，被相对人所知悉后，该单方法律行为即已生效，形成权已经实现，未经相对人同意不可单方撤销。

3. 因此，用人单位在解除劳动合同时应当审慎处理，确保解除劳动合同符合法律规定的各项条件。实践中因用人单位的疏忽导致未能正确履行该项义务而盲目发出解除劳动合同通知后，又想撤回或者撤销，就需要考察两点：一是该通知是否送达，二是劳动者是否同意撤销。

[返回目录](#)

误区 13 用人单位是否可以随意解除试用期劳动者的劳动合同？

合规建议

1. 根据《劳动合同法》的规定，劳动者在试用期间被证明不符合录用条件的，用人单位可以解除劳动合同。

2. 试用期是用人单位与劳动者双方互相了解、确定对方是否符合自己招聘条件或求职条件进行进一步考察的时间期限。

3. 用人单位以试用期间不符合录用条件与劳动者解除劳动合同应具备以下几个要件：

（1）用人单位作为劳动用工管理的主体，应在发布招聘信息时，明确录用条件、岗位职责等信息，入职约定试用期的，应明确试用期内的考核标准；

（2）录用条件应当符合劳动合同目的，与工作岗位、工作能力相联系，不能设定明显不能完成或超过一般劳动者平均水平、歧视性、违反法律法规规定等录用条件；

（3）上述录用条件及考核评价制度已经告知劳动者；

（4）用人单位认为劳动者不符合录用条件，应在试用期满之前明确通知劳动者解除劳动合同。

[返回目录](#)

误区 14 通过民主程序的规章制度，就合法有效吗？

合规建议

1. 《劳动合同法》第四条规定：“用人单位在制定、修改或者决定有关劳动报酬、工作时间、休息休假、劳动安全卫生、保险福利、职工培训、劳动纪律以及劳动定额管理等直接涉及劳动者切身利益的规章制度或者重大事项时，应当经职工代表大会或者全体职工讨论，提出方案和意见，与工会或者职工代表平等协商确定。在规章制度和重大事项决定实施过程中，工会或者职工认为不适当的，有权向用人单位提出，通过协商并予以修改完善。用人单位应当将直接涉及劳动者切身利益的规章制度和重大事项决定公示，或者告知劳动者。” 《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（一）》第五十条规定：“用人单位根据劳动合同法第四条规定，通过民主程序制定的规章制度，不违反国家法律、行政法规及政策规定，并已向劳动者公示的，可以作为确定双方权利义务的依据。

2. 从上述法条可以看出，公司规章制度必须符合几个要件：第一，公司规章制度制定必须经民主程序；第二，公司规章制度的内容不得违反国家现行的法律、行政法规及政策规定。第三，公司规章制度必须向劳动者公示。这三个要素缺一不可，否则不能作为仲裁机构审理劳动争议的依据。

3. 因此，用人单位的规章制度不能任意为之，更不能任性为之，否则即使通过民主程序，也有可能是无效条款。

[返回目录](#)

误区 15 承担相应工作的公司股东，与公司有劳动关系吗？

合规建议

1. 股权关系与劳动关系并非排斥关系，股东与公司是否形成劳动关系，还是要依据劳动关系的特征来进行判断。公司股东应当按照股权协议或者公司章程，依法通过股东会或者股东大会，对公司行使相应权利。此类人员一般虽受公司管理制度约束，但不参与日常工作，且主要是按照股东会、董事会议事规则行事，其股东权利应当限于《公司法》列明范围之内，其工作内容并非公司业务范畴。

2. 实践中，用以判断劳动关系是否存在的法律依据主要是《劳动和社会保障部关于确立劳动关系有关事项的通知》（劳社部发〔2005〕12 号）第一条、第二条规定。

3. 如果公司与股东之间并无严格工作考勤、考核约束，资金往来也仅限于股东分红或投资收益等，那么双方就不应被认定为劳动关系。

[返回目录](#)

误区 16 用人单位使用自带生产工具的劳动者，是否就不存在劳动关系？

合规建议

1. 根据《关于确立劳动关系有关事项的通知》（劳社部发〔2005〕12 号）第一条规定：“用人单位招用劳动者未订立书面劳动合同，但同时具备下列情形的，劳动关系成立。（一）用人单位和劳动者符合法律、法规规定的主体资格；（二）用人单位依法制定的各项劳动规章制度适用于劳动者，劳动者受用人单位的劳动管理，从事用人单位安排的有报酬的劳动；（三）劳动者提供的劳动是用人单位业务的组成部分。”

2. 根据以上法律条文，认定劳动关系的三个要件中并没有关于劳动工具归属的因素。而且，如果证明劳动工具系劳动者所有，用人单位还需支付相应租金或者使用费用。

3. 所以，用人单位用工认定劳动关系，应当从实质关系上出发，而不是仅看外在形式。



误区 17 经过职工大会表决，是否可以直接变更劳动者的劳动关系？

合规建议

实践中，不少企业在进行公司分立合并时，仅通过民主程序决议，就安排员工转签到其他公司，以此来达到变更劳动关系的目的。但是这种做法是不完全正确的。

公司合并情况下，由于合并后的公司（无论是吸收合并还是新设合并）在法律上要概括承受合并前公司的全部债权债务，也就当然要保证全部劳动者的劳动关系平稳过渡。

公司分立情况下，分立后的公司与原公司的哪部分员工继续签订劳动合同，需要结合劳动者本人意愿来处理。职工大会等民主形式的决议仅仅是一个具有指导性的意见，如果劳动者不同意，那么就不能当然认定劳动关系直接变更。

[返回目录](#)

误区 18 劳动者发生工伤后，已经由第三人赔偿误工费，用人单位还需要支付工伤工资吗？

合规建议

根据《最高人民法院关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》（法释〔2020〕17 号）第三条第二款规定“因用人单位以外的第三人侵权造成劳动者人身损害，赔偿权利人请求第三人承担民事赔偿责任的，人民法院应予支持。”

又根据《工伤保险条例》第三十三条规定：“职工因工作遭受事故伤害或者患职业病需要暂停工作接受工伤医疗的，在停工留薪期内，原工资福利待遇不变，由所在单位按月支付。”

停工留薪期工资与误工费是基于不同的法律关系产生的赔偿项目，在法律上是可以兼得。实践中，对用人单位以侵权人已向劳动者赔偿误工费为由拒付停工留薪期工资的主张，往往是不予支持的。



误区 19 用人单位发出解除劳动合同通知书后，能否变更解除劳动合同的理由？

合规建议

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）》第四十四条规定：“因用人单位作出的开除、除名、辞退、解除劳动合同、减少劳动报酬、计算劳动者工作年限等决定而发生的劳动争议，用人单位负举证责任。”

实践中，有企业在做出解除劳动合同通知的时候不够严谨细致，在已经送达员工解除劳动合同通知书后又发现解除理由不恰当，此时用人单位是无法变更理由的，即使再次以新理由解除劳动合同并送达员工，除非劳动者认可同意，否则也是无效的。

劳动争议审理过程中，判断单位解除合法与否，应当严格依据用人单位的解除通知所载明的理由进行判断。用人单位一旦作出决定，再想事后进行变更，其变更的解除理由将不会被采纳，更不会被纳入合法性审查的范围。

[返回目录](#)

误区 20 集团公司的规章制度，是不是当然适用于下属关联公司？

合规建议

由于劳动关系具有较强的从属性和相对性，因此只有本单位的规章制度才能对本单位劳动者有效，其他单位的规章制度对本单位劳动者不当然具有约束力。

实践中，为充分保障规章制度在企业内部的统一性和权威性，集团制定的规章制度往往要求要适用于集团内部全部关联企业。但是下属关联企业是独立的子公司，还是非独立的分公司，直接决定了集团制度是否使用。

如果下属关联公司是独立法人（子公司），那么实践中，该子公司就要把集团的相关制度以本企业的名义，履行本企业的法定民主程序，方可对本企业有效。如果下属关联公司不是独立法人（分公司），那么集团制度可以直接适用于该分公司。



误区 21 享受产假、哺乳假的女职工，当年度还能享受带薪年假吗？

合规建议

根据《企业职工带薪年休假实施办法》第六条规定：“职工依法享受的探亲假、婚丧假、产假等国家规定的假期以及因工伤停工留薪期间不计入年休假假期。”因此，女职工享受的产假、哺乳假与享受当年度带薪年假不冲突。

实践中，女职工在生产前后有可能还会请病假。此时需要注意，女职工请病假的时间是否达到一定天数，如果达到相应标准的，则不能享受当年度的带薪年假，如果已经休完了当年度的带薪年假，则不能再享受下一年度的带薪年假。

[返回目录](#)

误区 22 劳动合同中约定“劳动者同意根据用人单位工作需要，从事用人单位安排的岗位工作”，是否有效？

合规建议

实践中，仲裁机构虽然会结合具体案情，一定程度上尊重用人单位的用工自主权，但是这并不意味着，只要用人单位事前有此约定，就可以随意调岗。案件审理过程中，还是以双方是否协商一致变更劳动合同为首要考察事项。

根据《劳动合同法》第二十六条的规定，用人单位免除自己的法定责任、排除劳动者权利的劳动合同无效或者部分无效，对劳动合同的无效或者部分无效有争议的，由劳动争议仲裁机构或者人民法院确认。因此，用人单位不能说明调整岗位的合理性必要性，或者经调查调整岗位具有侮辱性惩罚性，那么调整岗位就是无效的。

调岗过程中，用人单位需要充分说明调岗合理性，并注意以下情况：

- （1）调岗是否有明确法律依据；
- （2）调岗是否属单位生产经营的合理需要。若劳动者所在岗位性质有此需要且属于单位正常生产经营需求，则劳动者具有服从义务；
- （3）调整前后劳动者工资水平是否相当、无大幅改变，或者单位是否有与工作岗位相对应的薪酬体系。
- （4）工作条件和劳动便利是否可以维持，劳动者增加的劳动成本是否有补助。工作环境、上班在途时间等通常都是劳动者考虑的问题。
- （5）调岗应不带有侮辱性或惩罚性。
- （6）劳动者是否能够胜任调整后的岗位。

对于需要跨区域或跨省工作的劳动者，用人单位与劳动者签订劳动合同约定工作地点时，应先对用人单位经营模式或劳动者工作岗位特性向劳动者予以特别提示和说明，可以在工作地点条款的约定中详细注明，以保证在出现纠纷时能够提供充足的依据。

[返回目录](#)

误区 23 用人单位能够不经职业病健康检查，直接解除从事职业病危害作业劳动者的劳动合同？

合规建议

用人单位要对从事职业病危害作业岗位的劳动者，定期进行职业病健康体检（不是一般性的年度体检），并建议长期保留工作场所的职业危害因素检测结果以及劳动者本人从事职业危害作业的职业史记录。

根据《职业病防治法》第 35 条规定，对未进行离岗前职业健康检查的劳动者不得解除或终止与其订立的劳动合同。因此，在用人单位解除或者终止从事职业病危害作业劳动者的劳动合同前必须要进行离岗前职业健康检查。

实践中，若劳动者不辞而别无法及时安排离岗职业病健康检查的，应当如何处理呢？根据《用人单位职业健康监护监督管理办法》第十五条的规定，对准备脱离所从事的职业病危害作业或者岗位的劳动者，用人单位应当在劳动者离岗前 30 日内组织劳动者进行离岗时的职业健康检查。劳动者离岗前 90 日内的在岗期间职业健康检查可以视为离岗时的职业健康检查。

因此，建议用人单位结合劳动者所在岗位的职业危害情况和劳动情况，每季度进行一次职业病健康体检。这样既满足了法定检查频次要求，又不会遗留下劳动争议风险。

[返回目录](#)

误区 24 劳动者在关联企业间变动工作，原服务期协议继续有效吗？

合规建议

培训服务期协议是用人单位与其建立劳动关系的劳动者签订的，旨在要求劳动者获得用人单位提供的专项技术培训后继续在本单位提供相应服务年限的文本。

培训服务期协议具有较强的相对性，即用人单位只能与其建立劳动关系的劳动者签订协议，同时用人单位也只能向与其建立劳动关系的劳动者提供专项技术培训。因此，劳动者如果变更用人单位，随着其劳动关系的转移，其原签订的培训服务期协议也就无效了。

建议用人单位在原单位同意劳动者在关联企业间变更工作时，应当与劳动者和新单位之间签订关于相关权利义务变更的协议。也就是说，三方可以通过签订协议的方式，将原单位要求劳动者承担的履行工作年限的权利，转由新单位享有，劳动者继续履行原培训服务期协议。



误区 25 劳动者不做离职交接，用人单位是不是就可以不支付经济补偿金？

合规建议

1. 根据《劳动合同法》第五十条第二款规定，劳动者应当按照双方约定，办理工作交接，用人单位依照本法有关规定应当向劳动者支付经济补偿的，在办理工作交接时支付。因此，用人单位可以在劳动合同或者规章制度上明确，要求劳动者在做完工作交接后，才能获得经济补偿金。

2. 实践中，不少用人单位与劳动者在签订离职协议时，往往会注明“双方再无争议”。如有此约定，那么仲裁机构就会认为双方已经完成离职交接。对此，用人单位应当严格按照离职交接流程办理完毕后，再订立类似协议。

3. 建议用人单位通过规章制度把工作交接流程、事项和表单公示告知给劳动者，以资遵守并作为处理劳动关系的依据。

[返回目录](#)

误区 26 用人单位可否在职期间支付劳动者的竞业限制补偿金？

合规建议

1. 根据《劳动合同法》第二十三条第二款规定，对负有保密义务的劳动者，用人单位可以在劳动合同或者保密协议中与劳动者约定竞业限制条款，并约定在解除或者终止劳动合同后，在竞业限制期限内按月给予劳动者经济补偿。劳动者违反竞业限制约定的，应当按照约定向用人单位支付违约金。

2. 这里必须强调的是，竞业限制的约定义务是发生在劳动者离职后，基于权利义务对等原则，劳动者享有获得竞业限制补偿金权利也应当依法自离职后开始。

3. 用人单位在支付竞业限制补偿金时应当遵守两大规则：一是员工离职后开始支付；二是按月支付。否则，很难获得仲裁机构的支持。

[返回目录](#)

误区 27 用人单位在关联企业混合用工，是不是没有风险？

合规建议

1. 关联企业指两个以上相互之间存在直接或间接控制关系或重大影响关系，但彼此人格独立的劳动法上的用工主体。

2. 根据公司法相关规定，以下情况在实践中会被审裁机构认定为关联企业：

① 相互直接或者间接持有其中一方的股份总和达到四分之一及以上的；

② 直接或间接同为第三者所拥有或控制股份达到四分之一及以上的；

③ 企业与另一企业之间借贷资金占企业自有资金 50%及以上；

④ 企业的董事或经理等高级管理人员一半以上或有一名常务董事是由另一企业所委派的；

⑤ 对企业生产经营、交易具有实际控制的其他利益上相关联的关系，包括家庭、亲属关系。

3. 实践中，相互关联的企业虽属两个不同的法人，具有独立的用人主体资格，但两家企业的法定代表人若系亲属关系且交叉任职，经营场所也在同一地点，经营业务范围基本相同，就可以认定两公司系关联企业。

4. 按照《劳动合同法》的相关规定，劳动者可以同时与两个以上用人单位存在劳动关系。因此，实践中如果劳动者同时向两家关联企业主张权利，则审裁机构可以要求两家公司承担连带责任。

[返回目录](#)

误区 28 用人单位在共享用工时，需要注意哪些问题？

合规建议

1. 根据人社部办公厅《关于做好共享用工指导和服务的通知》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的做法，称之为共享用工。又根据《工伤保险条例》第四十三条第三款规定：“职工被借调期间受到工伤事故伤害的，由原用人单位承担工伤保险责任，但原用人单位与借调单位可以约定补偿办法。”

2. 共享用工是借出企业与借入企业之间自行调配人力资源、解决特殊时期用工问题的应急措施。员工富余企业将与之建立劳动关系的员工借调至缺工企业工作，员工与借出企业的劳动关系不发生改变，借入企业与借出企业签订协议明确双方的权利义务关系。共享用工模式下借出企业不得以营利为目的借出劳动者，且劳动者与借出企业和借入企业之间不形成双重劳动关系。

3. 建议借出企业与借入企业可通过签订《共享用工合作协议》，明确调剂劳动者的数量、时间、工作地点、工作内容、休息、劳动保护条件、劳动报酬标准和支付时间与方式、食宿安排、劳动者退回的情形、劳动者发生工伤后的责任划分和补偿办法以及交通等费用结算等，明确双方的权利义务。但劳动关系的归属并不发生改变。

[返回目录](#)

误区 29 用人单位的考勤记录必须劳动者签字认可，才有效吗？

合规建议

1. 考勤记录是用人单位用以记载劳动者出勤、加班、请假、旷工等相关情况的文件，是体现用人单位管理权的重要载体。考勤时间由用人单位设定，考勤记录由用人单位负责收集管理。

2. 根据《劳动争议调解仲裁法》第六条规定：“发生劳动争议，当事人对自己提出的主张，有责任提供证据。与争议事项有关的证据属于用人单位掌握管理的，用人单位应当提供；用人单位不提供的，应当承担不利后果。”显然，考勤记录是用人单位掌握的重要证据。

3. 实践中用人单位大多采取打卡考勤、指纹考勤、电脑考勤、人脸识别考勤，但是在劳动争议案件审理中，仅提供用人单位盖章确认的考勤表，而没有劳动者的确认，则该考勤表是会被仲裁机构认可的。

4. 因此，用人单位应在规章制度中明确规定加班的审批制度等相关程序，并建立劳动者对考勤记录的定期签字确认制度，以确保考勤证据的有效性。

[返回目录](#)

误区 30 用人单位与劳动者协商一致，就可以延长试用期吗？

合规建议

1. 试用期是用人单位和劳动者为相互了解、建立互信、双向选择而在劳动合同中约定的考察期。《劳动合同法》第十九条规定：“劳动合同期限三个月以上不满一年的，试用期不得超过一个月；劳动合同期限一年以上不满三年的，试用期不得超过二个月；三年以上固定期限和无固定期限的劳动合同，试用期不得超过六个月。”

2. 因此，根据相关法律规定，试用期约定有如下限制性规定：

① 试用期最长不得超过 6 个月。即自用工之日起，试用期不得超过 6 个月。

② 同一用人单位与同一劳动者只能约定一次试用期。如果用人单位是与劳动者在续签劳动合同时又约定试用期，那么就是违法的。

3. 如果用人单位与劳动者协商一致且不违反上述限制性规定，则建议用人单位与劳动者重新签订劳动合同，按照新的试用期约定订立合同。



误区 31 用人单位可否因劳动者刚入职不稳定，就在制度上规定试用期内不缴纳社会保险？

合规建议

1. 缴纳社会保险费是用人单位及劳动者都应当遵守的法定义务。实践中，劳动者患病、工伤、生育等情形的发生可能与是否处于试用期并无任何关系，反而多数涉及工业操作或重体力劳动的工种中，劳动者恰恰在试用期期间由于对工作内容不熟悉，更容易发生工伤，更需要社会保险发挥保障作用。因此，试用期间劳动关系尚不稳定，并不是不缴纳社会保险费的理由。

2. 《社会保险法》第五十八条规定，用人单位应当自用工之日起 30 日内为其职工向社会保险经办机构申请办理社会保险登记。

3. 用人单位规章制度中，如有违反法律法规强制性规定的内容，用人单位以上述内容已经民主程序制定并已向劳动者公示等作为抗辩理由不能成立，任何违反国家法律法规强制性规定的条款均属无效条款。

[返回目录](#)

误区 32 劳动者辞职，用人单位可以不支付经济补偿金吗？

合规建议

1. 劳动者辞职在法律上是指劳动者以个人意愿单方解除劳动合同。按照法律规定，只要劳动者以书面形式提前 30 日向用人单位提出即可实现解除劳动合同的目的。

2. 辞职在实践中，可能会被理解为“辞去职务”或“辞去工作”，两者意涵截然不同，因此用人单位需要在拿到劳动者的辞职文件时认真审查。

3. 根据《劳动合同法》第三十八条规定：用人单位有下列情形之一的，劳动者可以解除劳动合同：

- ① 未按照劳动合同约定提供劳动保护或者劳动条件的；
- ② 未及时足额支付劳动报酬的；
- ③ 未依法为劳动者缴纳社会保险费的；
- ④ 用人单位的规章制度违反法律、法规的规定，损害劳动者权益的；
- ⑤ 因本法第二十六条第一款规定的情形致使劳动合同无效的；
- ⑥ 法律、行政法规规定劳动者可以解除劳动合同的其他情形。

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的，或者用人单位违章指挥、强令冒险作业危及劳动者人身安全的，劳动者可以立即解除劳动合同，不需事先告知用人单位。

4. 因此，劳动者的辞职理由也是决定辞职后果的关键因素。一般来说，劳动者以个人原因（家庭原因等）单方解除劳动合同的，用人单位无需支付经济补偿金。但是劳动者以用人单位存在以上过错而辞职的，用人单位就需要支付劳动者相应经济补偿金。

[返回目录](#)

误区 33 用人单位使用其他单位已经内退的劳动者，建立的是劳务关系吗？

合规建议

1. 所谓“内退”，是指内部退养。“内部退养”人员仍是在职职工，所以身份上还是“单位人”，根据与单位之间订立的有关协议领取生活费，单位和个人仍需按规定缴纳社会保险费。

2. 实践中，很多人把内部退养当成是提前退休。这二者是截然不同的。首先，内部退养人员还没有达到法定退休年龄，没有办理退休手续。而提前退休是在特殊情况下，依照相关规定办理正式退休的人员。其次，内部退养人员是从单位领取生活费，而提前退休人员是领取养老保险待遇的。最后，内部退养人员仍然处于劳动权利年龄阶段，而提前退休人员是不能按照劳动者身份主体对待。

3. 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）》第三十二条第二款规定：“企业停薪留职人员、未达到法定退休年龄的内退人员、下岗待岗人员以及企业经营性停产放长假人员，因与新的用人单位发生用工争议而提起诉讼的，人民法院应当按劳动关系处理。”因此，用人单位使用其他单位的内退人员，按照劳动关系对待。

[返回目录](#)

误区 34 用人单位认为劳动者工作能力不行，是不是就可以解除劳动合同？

合规建议

1. 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）》第四十四条规定，因用人单位作出的开除、除名、辞退、解除劳动合同、减少劳动报酬、计算劳动者工作年限等决定而发生的劳动争议，用人单位负举证责任。因此，用人单位要对劳动者“工作能力不行”进行举证。

2. 从企业管理角度看，要证明劳动者“工作能力不行”，就需要结合法律规定的劳动者“不能胜任工作”予以证明。

3. 用人单位需要根据劳动者约定工作岗位的岗位职责、考核要求、程序及考核结果等证据材料来进行举证。

4. 特别提醒，有的企业一边主张员工工作能力不行，另一边却又给员工升职加薪或者奖励激励，这种自相矛盾的做法，难以令人信服，必然给劳动争议败诉埋下伏笔。



误区 35 用人单位不能解除距离法定退休不足 5 年老职工的劳动合同吗？

合规建议

1. 根据《劳动合同法》第四十二条规定，劳动者在本单位连续工作满 15 年，且距法定退休年龄不足 5 年的，用人单位不得依照该法第四十条、第四十一条的规定与其解除劳动合同。但这里需要注意的是，此情形作为禁止解除劳动合同条件，只是禁止用人单位以劳动者医疗期满后不能从事工作、劳动者不胜任工作、客观情况发生重大变化致使劳动合同无法履行、裁减人员等理由，与无过失的劳动者解除劳动合同。

2. 如果用人单位能提供证据，证明解除劳动合同的事由为劳动者有严重过错，符合《劳动合同法》第三十九条规定的情形，用人单位解除劳动合同即不违法。

[返回目录](#)

误区 36 用人单位解除违纪劳动者劳动合同，需要遵守哪些必要程序？

合规建议

1. 劳动合同的解除，是指劳动合同订立后，尚未完全履行完毕之前，由于某种原因使一方或双方提前解除劳动关系的法律行为。由于劳动关系的解除是关系到劳动者切身利益的重大事项，用人单位解除劳动合同，将会使劳动者在一定时期内处于失业状态，势必会影响劳动者的生活与发展，故实践中，对用人单位行使劳动合同解除权把握较为严格。

2. 用人单位要解除劳动者的劳动合同，需举证证明劳动者存在违反规章制度的行为，故用人单位应增强证据意识，注意“留痕”，每一个程序或环节都留有书面或者录音、录像证据、谈话记录等。

3. 首先，解除劳动合同所依据的规章制度的制定应符合法定程序，确保内容合法有效，并尽可能细化规章制度的具体条款；其次，对违纪程度进行分级，把不同层级的违纪行为匹配到不同层级的惩罚制度上。最后，规章制度应该进行公示，组织劳动者进行培训、学习。

4. 用人单位单方解除劳动合同，应事先将理由通知工会，用人单位违反法律、行政法规或者劳动合同约定的，工会有权要求用人单位予以纠正，用人单位应研究工会意见，并将处理结果书面通知工会。

[返回目录](#)

误区 37 用人单位通过 OA 办公网络向劳动者公示规章制度，是否有效？

合规建议

1. 根据《关于审理劳动争议案件适用法律问题的解释（一）》第五十条规定，用人单位根据劳动合同法第四条规定，通过民主程序制定的规章制度，不违反国家法律、行政法规及政策规定，并已向劳动者公示的，可以作为确定双方权利义务的依据。

2. 作为企业规章制度适用对象的全体劳动者应当对规章制度的内容充分了解，这就要求企业规章制度的制定程序必须经过法定的公示程序，未经合理的公示程序，不能约束劳动者。

3. 实践中，用人单位可以根据实际情况灵活选择公示方式。常见的合规公示方式如下：

（1）采取集体学习的方式进行公示，即组织全体劳动者集中学习、培训制度内容，须注意制作学习培训签到表让劳动者签名确认。

（2）采取发放资料的方式进行公布，如以手册或电子邮件的形式向劳动者发放规章制度相关材料，确保劳动者阅读后给予反馈或在领取单上签字确认。

4. 用人单位还应注意在公示后增加一些劳动者反馈的途径，如意见箱、座谈会等，便于在公示的同时使用人单位及时了解规章制度的实施情况，促进企业规章制度不断完善。

[返回目录](#)

误区 38 劳动争议是否适用约定管辖？

合规建议

1. 根据《劳动争议调解仲裁法》第二十一条的规定，劳动争议由劳动合同履行地或者用人单位所在地的劳动争议仲裁委员会管辖。双方当事人分别向劳动合同履行地和用人单位所在地的劳动争议仲裁委员会申请仲裁的，由劳动合同履行地的劳动争议仲裁委员会管辖。《劳动争议调解仲裁法》和最高人民法院司法解释均没有按照民事诉讼法有关约定管辖的规定来规定劳动争议案件的约定管辖，因此，劳动关系双方即使有关于约定管辖的合同条款，也会因违反法律的强制性规定而无效。

2. 如何判断劳动合同履行地？实践中，一般认为劳动合同属于合同的一种类型，合同履行地应当指的是合同约定的履行义务地点，主要指合同标的物交付地。劳动关系中，劳动者的义务是提供劳动，用人单位的主要义务是支付工资并缴纳各项社会保险费。因此，劳动合同履行地即是劳动义务的交付地。

3. 又根据《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）》第三条规定，劳动争议案件由用人单位所在地或者劳动合同履行地的基层人民法院管辖。劳动合同履行地不明确的，由用人单位所在地的基层人民法院管辖。

[返回目录](#)

误区 39 用人单位能否全额扣除违纪劳动者的工资？

合规建议

1. 根据《劳动法》第五十条规定，“工资应当以货币形式按月支付给劳动者本人，不得克扣或者无故拖欠劳动者的工资”。

2. 又根据《工资支付暂行规定》第十六条规定，因劳动者本人原因给用人单位造成经济损失的，用人单位可按照劳动合同的约定要求其赔偿经济损失。经济损失的赔偿，可从劳动者本人的工资中扣除，但每月扣除的部分不得超过劳动者当月工资的 20%。若扣除后的剩余工资部分低于当地月最低工资标准，则按最低工资标准支付。

3. 用人单位在劳动者违纪证据确凿的情况下，依法解除劳动合同，行使管理自主权理应得到支持。但是，该项权利并不能剥夺劳动者提供劳动而应当获得的工资。即使劳动者的违纪行为给用人单位造成损失的，用人单位也应当依法扣除损失。



误区 40 用人单位通过规章制度是否就可以直接改变劳动者的薪酬？

合规建议

1. 根据《劳动法》第四十七条规定，用人单位根据本单位的生产经营特点和经济效益，依法自主确定本单位的工资分配方式和工资水平。所以，企业可以对劳动者的岗位和薪资进行包括降职降薪在内的调整。

2. 又根据《劳动合同法》第三十五条规定，用人单位与劳动者协商一致，可以变更劳动合同约定的内容，变更劳动合同，应当采用书面形式。

3. 如果用人单位因疫情影响或者订单压缩等外部原因通过民主程序制定降薪方案，是不是就当然适用于劳动者本人呢？实践中，答案是否定的。这是因为根据《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）》第五十条规定，用人单位制定的内部规章制度与集体合同或者劳动合同约定的内容不一致，劳动者请求优先适用合同约定的，人民法院应予支持。

4. 建议用人单位应当将经民主程序表决通过的降薪方案交与员工协商并签字确认，将方案作为劳动合同的附件。

[返回目录](#)

误区 41 工程项目部能否与使用的劳动者，建立劳动关系？

合规建议

实践中，项目部是由工程总承包企业或建筑施工企业为完成工程项目而设立，依据企业法定代表人的授权而对项目进行管理的组织。因此，项目部及其负责人对工程进行管理行为的法律效果应当由企业来承担。

根据《劳动合同法实施条例》第四条规定，《劳动合同法》规定的用人单位设立的分支机构，未依法取得营业执照或者登记证书的，受用人单位委托可以与劳动者订立劳动合同。

因此，按照原劳动和社会保障部《关于确立劳动关系有关事项的通知（劳社部发[2005]12 号）》确立劳动关系成立的要素规定，工程项目部可以与使用的劳动者建立劳动关系。

[返回目录](#)

误区 42 实行计件工资，用人单位就无需支付加班费了吗？

合规建议

计件工资制是指按照合格产品的数量和预先规定的计件单位来计算的工资制度。实践中，有观点认为，计件工资制是劳动者根据自己的工作量实行多劳多得，不存在加班费；也有观点认为，劳动者在法定工作时间外完成的工作量对应的工资报酬就是加班费，无需另付。这两种观点都是不正确的。

根据《劳动法》第三十七条规定，对实行计件工资的劳动者，用人单位应当根据标准工时制度合理确定其劳动定额和计件报酬标准。又根据《工资支付暂行规定》第十三条规定，实行计件工资的劳动者，在完成计件定额任务后，由用人单位安排延长工作时间的，应根据上述规定的原则，分别按照不低于其本人法定工作时间计件单价的 150%、200%、300% 支付其工资。

实践中，计件工资制下的加班事实认定，应同时满足两个条件，一是劳动者完成劳动定额，二是用人单位安排劳动者在法定标准工作时间以外工作。也就是说，实行计件工资制的劳动者，需要同时符合“超额+超时”的“双超”标准，才应认定为加班。

因此，实行计件工资制的用人单位应当首先合理确定相关岗位的劳动定额，并通过法定程序向人社部门备案。

[返回目录](#)

误区 43 劳动者工伤治疗结束之后，用人单位还要不要支付护理费？

合规建议

在工伤待遇中，护理费分为两种：停工留薪期护理费及生活护理费。

根据《工伤保险条例》第三十三条第三款规定，生活不能自理的工伤职工在停工留薪期需要护理的，由所在单位负责。用人单位此处应当承担的专人护理责任，可以通过委派护工的方式支付停工留薪期护理费（一般按该定点医疗机构的护工标准支付护理费）。

根据《工伤保险条例》第三十四条规定，工伤职工已经评定伤残等级并经劳动能力鉴定委员会确认需要生活护理的，从工伤保险基金按月支付生活护理费。这里生活护理费按照生活完全不能自理、生活大部分不能自理或生活部分不能自理 3 个不同等级支付，其标准分别为统筹地区上年度职工月平均工资的 50%、40% 或者 30%。

实务中，不少用人单位仅认为工伤劳动者住院期间可以提供专人护理服务，因此认为劳动者出院之后就无需继续支付护理费。这是不正确的。首先，住院期间的护理费，用人单位应当根据护工费用凭证和出院小结确定护理费标准和护理天数。其次，工伤劳动者若出院后，确因生活不能自理，遵医嘱自行安排护理的，用人单位应要求其提供医疗机构出具的证明和向护工支付护理费的相关凭证。最后，上述专人护理义务仅限于工伤停工留薪期内。

[返回目录](#)

误区 44 疫情期间，用人单位能否直接降低劳动者的薪酬？

合规建议

一般来说，用人单位要制定涉及劳动者切身利益的措施时，或者通过民主程序合法确定，或者通过与劳动者协商一致确定。

疫情期间，鉴于大规模聚集性的职工大会或职工代表大会不宜召开，用人单位可以选择通过向全体人员征询意见，保障劳动者的合法权益。

建议用人单位可以按照以下程序操作：

（1）制作《应对疫情员工工资协商确认单》提出全体员工减薪幅度，并承诺待生产经营好转后再调整薪资。（2）降薪动议经征询全体员工意见后，获得绝大多数员工同意。这就符合疫情防控条件下的民主程序形式要求。（3）调整薪酬的方案向工会发出《征询意见函》并取得了工会的同意，该行为就符合相关文件关于鼓励企业“与工会或职工代表协商采取调整薪酬”的规定。



误区 45 用人单位只要发现劳动者兼职，就能解除劳动合同吗？

合规建议

劳动者在未经用人单位同意的情况到其他单位兼职的情况，一般都属于用人单位规章制度严格管理的范畴。如果用人单位有明确禁止兼职的制度规定，即可以严重违反规章制度为由解除劳动合同。

如果劳动者与其他用人单位建立劳动关系，在用人单位限期返岗要求后拒不改正的，则用人单位亦可解除其劳动合同。

用人单位在规范劳动者兼职方面，可以考虑在操作上采取如下措施：（1）制度上首先需要明确员工兼职的后果。（2）一旦公司发现员工兼职，公司可以发出限期返岗通知书并要求其提供结束兼职的证明。（3）如员工限期内没有返岗，或者即使返岗未提供相关证明材料，则用人单位可以解除劳动合同。

[返回目录](#)

误区 46 疫情期间，用人单位能否随意调整劳动者的工作岗位？

合规建议

变更劳动者工作岗位属于变更劳动合同内容的一种形式。出于构建和谐稳定劳动关系的目的，一般提倡劳动关系双方通过协商实现。但是如果双方不能有效沟通，各自要求差异较大，就需要综合考虑变更劳动合同的法定情形。

根据法律规定，劳动者如有以下情形，用人单位可以单方调整工作岗位：（1）劳动者不能胜任劳动合同约定的工作岗位要求的；（2）劳动者非因工负伤或者患病时间超过医疗期后，仍然不能从事原岗位工作的；（3）劳动者自身条件、技术资格等发生重大变化，致使签订劳动合同无法继续履行的。

以上情况一旦出现，用人单位可以按照规章制度单方调整劳动者岗位。

疫情防控期间，如果劳动者所在岗位处于重点防疫地区，本人发生诸如感染、密接等需要隔离情形的，用人单位可以向劳动者释明防疫要求并提供调岗选择，劳动者仍不服从合理的岗位调整，那么用人单位就可以按照相关制度予以处理。

[返回目录](#)

误区 47 用人单位能否只做劳动用工备案，不与劳动者订立劳动合同？

合规建议

劳动用工备案与订立劳动合同有本质的区别：

（1）法律依据不同。劳动用工备案的法律依据是《劳动合同法》第七条的规定，即用人单位自用工之日起即与劳动者建立劳动关系，用人单位应当建立职工名册备查。而订立劳动合同的依据是《劳动合同法》第十条的规定，即建立劳动关系，应当订立书面劳动合同。

（2）目的意义不同。劳动用工备案是指用人单位按规定向人社部门申报劳动用工情况，人社部门对用人单位主体资格、劳动用工情况进行核实，并将有关信息录入管理系统，定期进行数据分析，提供咨询服务，实行动态管理。劳动合同是指劳动者与用人单位确立劳动关系、明确双方权利和义务的协议。

（3）包含的内容不同。通常来说，劳动用工备案的信息会包括用人单位名称、法定代表人、经济类型、组织机构代码，招用职工的人数、姓名、性别、公民身份证号码，与职工签订劳动合同的起止时间，终止或解除劳动合同的人数、职工姓名、时间等。劳动合同的内容则是针对特定劳动者的，其内容包括：用人单位的名称、住所和法定代表人或者主要负责人，签订合同劳动者的姓名、住址和居民身份证或者其他有效身份证件号码，劳动合同期限，工作内容和工作地点，工作时间和休息休假，劳动报酬，社会保险，劳动保护，劳动条件和职业危害防护，法律、法规规定应当纳入劳动合同的其他事项。

由此可见，上述两者之间，在本质上无相互关联性，故办理劳动用工备案手续不能视为订立了劳动合同。

实践中，还有不少企业认为法律既然规定在用工之日起一个月内订立劳动合同即可，那么是不是这么做就没有风险呢？其实不然，首先劳动关系建立是自用工之日开始；其次用工后一个月内，是否订立劳动合同的主动权就不在用人单位；最后，任何超过一个月未能订立劳动合同的情况都将导致用人单位承担双倍工资的不利后果。

[返回目录](#)

误区 48 用人单位通知终止符合订立无固定期限劳动合同劳动者的劳动合同，合法吗？

合规建议

依据《劳动合同法》第十四条规定，连续订立两次固定期限劳动合同或者在同一用人单位连续工作满 10 年，且劳动者没有该法第三十九条和第四十条第一项、第二项规定的情形、续订劳动合同的，劳动者提出或者同意续订、订立劳动合同的，除劳动者提出订立固定期限劳动合同外，应当订立无固定期限劳动合同。

实践中，有用人单位在工作中并不认同某些符合订立无固定期限劳动合同劳动者，因此会选择在劳动合同到期时终止其劳动合同。但是，这种操作是有风险的。一旦劳动者提出要求与用人单位订立无固定期限劳动合同，那么用人单位就不能终止双方的劳动关系，否则就属于违法终止。

然而，如果劳动者对用人单位发出的终止劳动合同决定不持异议，还配合办理离职手续，并在员工离职确认表上签字，这就说明劳动者认可并接受终止劳动合同的法律后果。



误区 49 用人单位使用跨区域劳务派遣劳动者，应当在哪里缴纳社会保险？

合规建议

1. 根据《劳务派遣暂行规定》第十八条规定，劳务派遣单位跨地区派遣劳动者的，应当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，被派遣劳动者按照国家规定享受社会保险待遇。因此，跨地区使用劳务派遣劳动者的，应当在用工单位所在地缴纳社会保险。

2. 如果劳务派遣劳动者没有在用工单位所在地缴纳社会保险，则劳务派遣单位与用工单位对劳动者的社会保险赔偿承担连带责任。

3. 因此，用工单位是选聘劳务派遣单位时，或者选聘用工单位所在地的派遣单位，或者要求劳务派遣单位在当地设立分支机构，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。

[返回目录](#)

误区 50 劳动者医疗期满后，用人单位能否解除其劳动合同？

合规建议

1. 根据《劳动合同法》第四十条规定，劳动者患病或者非因工负伤，在规定的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，用人单位提前三十日以书面形式通知劳动者本人或者额外支付劳动者一个月工资后，可以解除劳动合同。

2. 因此，解除长期患病或非因工负伤劳动者的劳动合同，应当符合以下条件：

- （1）劳动者病休时间要超过其本人应当享有的医疗期；
- （2）劳动者医疗期满后的身体状况不符合原岗位要求；
- （3）用人单位要结合其现实身体条件，与劳动者诚实磋商调换新的岗位；
- （4）劳动者在新岗位上，也无法适应工作。

3. 用人单位在操作中，特别注意应当事前将岗位要求和工作标准形成体系，并结合劳动者身体体检状况，综合判断劳动者的工作能力。

[返回目录](#)

误区 51 劳动者不主动申请带薪年假，能否视为主动放弃？

合规建议

1. 根据《职工带薪年休假条例》第五条第一款规定，单位根据生产、工作的具体情况，并考虑职工本人意愿，统筹安排职工年休假。

2. 鉴于用人单位要统筹安排职工年休假的规定，用人单位就同时享有单方决定安排劳动者带薪年假的权利和负有主动安排职工年休假的义务。实践表现为：

（1）用人单位安排劳动者年休假时，可以与劳动者协商，但并未要求“协商一致”，因此即使职工不同意，也可安排职工休假。比如，春节前后用人单位统一安排年休假的做法，就属此类。

（2）用人单位不能将安排年休假的义务转移给劳动者，不能以职工提出申请为前提。用人单位未安排职工年休假导致职工未享受年休假待遇的，应当支付年休假工资报酬。

3. 《企业职工带薪年休假实施办法》第十条第二款也规定，职工因本人原因且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。也就是说，职工放弃年休假权利，应当采用明示方式提出，用人单位不能将职工没有申请休假视为默示放弃。

[返回目录](#)

误区 52 用人单位制定规章制度时，是否具有绝对自主权？

合规建议

1. 用人单位在草拟制度过程中，要注意相关条款的合法性、合理性和适用性。这就要求规章制度的内容不能违反法律法规的强制性规定（既不能违反劳动领域法律，也不能违反其他法律规定），还需考虑生产和工作实际情况，使规章制度具备较强的合理性。

2. 规章制度的制定权在用人单位，实践中用人单位往往会不自觉地扩大自身权利，转嫁经营风险，限制劳动者义务，这些都是不合理的。合理的规章制度，应当注意以下几个方面：

（1）规章制度应以是否符合社会的一般认知和大多数劳动者的认同作为判断标准。

（2）要将违反公共道德、诚信行为或公序良俗的行为与违反劳动纪律、破坏工作秩序的行为进行有效平衡、兼容并蓄。

（3）要结合所处区域和所在行业特点，使规章制度既能发挥严格的约束作用又要不至于苛刻。

3. 规章制度是否适用于本企业，是制度制定是否成功的关键。因此，制定者要从操作层面推敲相关条款的应用场景，避免出现无法实施或者引发次生问题的规定。

[返回目录](#)

误区 53 用人单位能否把全体劳动者都纳入保密和竞业限制范畴？

合规建议

1. 用人单位为保护本企业核心商业秘密，往往会主动扩大保密范围，让更多劳动者承担相关责任。但是这种做法有欠妥当。

2. 根据《劳动合同法》第二十四条规定：“竞业限制的人员限于用人单位的高级管理人员、高级技术人员和其他负有保密义务的人员。”由此可见，从立法目的上来说，竞业限制的目的虽然是保护企业的商业秘密，但是限定的人员范围是有限的。

3. 在《反不正当竞争法》中，商业秘密是指“不为公众所知悉、具有商业价值并经权利人采取相应保密措施的技术信息、经营信息等商业信息”。劳动者所掌握的知识和技能等信息一般可以分为两类：客观知识和主观知识。客观知识是在劳动过程中获得的生产、经营方面的信息，属于企业所有的范畴，故属于竞业限制涉及的商业信息范围；主观知识是指劳动者具有的一般知识和个人技能，这不属于竞业限制涉及的商业信息范围。

4. 实践中，仲裁机构会根据劳动者在用人单位的职务和岗位，并结合用人单位采取的特殊保护措施等因素，来判断劳动者是否应当承担保密义务。

[返回目录](#)

误区 54 用人单位搬迁，是否必须向劳动者支付经济补偿金？

合规建议

1. 受经济市场影响或者行政政策要求，用人单位搬迁可能在本行政区或者跨行政区进行。仲裁机构在处理类似案件时，一般既要尊重用人单位的经营自主权，又要保护劳动者的合法权益，因此会根据搬迁的距离、是否提供交通工具、交通补贴及调整工作时间等因素判断是否会对员工造成实质影响，是否会影响到劳动合同的履行。

2. 为了避免发生大规模纠纷，建议用人单位在搬迁之前，先行准备搬迁条件，比如提供往返交通班车、提供休假补偿，甚至提供住宿条件等。然后，形成《搬迁方案》通过民主程序向劳动者征求意见并积极收集反馈信息。最后，对搬迁后的岗位安排情况进行说明并签订《劳动合同变更协议书》。

3. 实践中，有部分劳动者不接受搬迁后调整的岗位，用人单位则须结合搬迁是否导致“劳动合同无法履行”，如否，则劳动者限期不到岗上班，就属于旷工。如是，则用人单位可以考虑给予离职经济补偿金或安排待岗。



误区 55 劳动者涉嫌犯罪，用人单位能否直接解除劳动合同？

合规建议

1. 根据《劳动合同法》第三十九条规定，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。

2. 又根据《关于贯彻执行〈劳动法〉若干问题的意见》第二十九条规定、原劳动部办公厅《关于职工被人民检察院作出不予起诉决定用人单位能否据此解除劳动合同问题的复函》及现行《刑法》，所谓被依法追究刑事责任，是指被人民法院判处刑罚的、被人民法院依据《刑法》免于刑事处分的情形；劳动者被人民法院判处拘役、三年以下有期徒刑缓刑的，用人单位可以解除劳动合同。

3. 劳动者如果仅仅是涉嫌犯罪，被采取逮捕、取保候审等强制措施，或者劳动者是违法被行政拘留的，都不属于被追究刑事责任的情形。对此，用人单位一定要弄清事实后，再做决定。否则，就会被认定为违法解除劳动合同，承担不利后果。

[返回目录](#)

误区 56 适用不定时工时制的劳动者，用人单位还能对其进行考勤管理吗？

合规建议

1. 根据《劳动法》第三十九条规定，企业因生产特点不能实行本法第三十六条、第三十八条规定的，经劳动行政部门批准，可以实行其他工作和休息办法。有根据《关于企业实行不定时工作制和综合计算工时工作制的审批办法》（劳部发〔1994〕503 号）第四条规定：“企业对符合下列条件之一的职工，可以实行不定时工作制。（一）企业中的高级管理人员、外勤人员、推销人员、部分值班人员和其他因工作无法按标准工作时间衡量的职工……”

2. 不定时工作制是区别于标准工时制的一种特殊工时制，具有工作起止时间不固定、工作时长不确定等特点，由于这种自主机动的工作特点，导致企业无法对其工作进行常规的考勤。所以，实践中用人单位不能对适用不定时工时制的劳动者进行迟到、早退、旷工等考勤管理。

3. 以固定工作时间来约束不定时工时制的劳动者明显违反立法原意，但用人单位可以将对工作成果的绩效考核作为对不定时工作制岗位管理的规范。

[返回目录](#)

误区 57 劳动者拒不签订劳动合同，用人单位就只能支付双倍工资吗？

合规建议

1. 《劳动合同法》虽然规定，用人单位只要在用工之日起一个月内与劳动者订立劳动合同就是合法的。但是实践中，如果劳动者拒不签订或者拖延订立劳动合同，致使用人单位处于违法风险之中的，用人单位也要积极应对，不可犹豫。

2. 首先，如果自用工之日起一个月内，经用人单位书面通知后，劳动者不与用人单位订立书面劳动合同的，用人单位可以立即书面通知劳动者终止劳动关系，无须向劳动者支付经济补偿，但是应当依法向劳动者支付其实际工作时间的劳动报酬。

3. 其次，如果自用工之日起超过一个月不满一年，用人单位就要支付超过一个月以后对应期限的双倍工资，但仍可立即书面通知劳动者终止劳动关系，不过需要依照劳动合同法第四十七条的规定支付经济补偿。

4. 最后，如果自用工之日起超过一年，用人单位就要自用工之日起满一个月的次日至满一年的前一日向劳动者每月支付双倍工资，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。

综上所述，用人单位应当在用工之日或之前与劳动者订立劳动合同为好。

[返回目录](#)**误区 58** 用人单位解除劳动合同时，是否都要给“N+1”？**合规建议**

1. 根据《劳动合同法》第四十条规定，有下列情形之一的，用人单位提前 30 日以书面形式通知劳动者本人或者额外支付劳动者 1 个月工资后，可以解除劳动合同：（一）劳动者患病或者非因工负伤，在规定的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；（二）劳动者不能胜任工作，经过培训或者调整工作岗位，仍不能胜任工作的；（三）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，经用人单位与劳动者协商，未能就变更劳动合同内容达成协议的。

2. 根据以上规定，用人单位在依据上述三种情形与劳动者解除劳动合同时，有权选择提前 30 天通知劳动者解除还是在通知解除时支付一个月的工资作为补偿，即“N+1”。而这里的“1”作为代通知金，是否支付与用人单位解除的事实依据及通知解除的时间密切相关。

3. 实践中，除劳动合同法第 40 条规定的情形外，用人单位以其他理由依法解除劳动合同，如协商解除、以劳动者严重违纪解除，均不需支付代通知金。

**误区 59** 劳动合同约定工作地点为“全国”，能否随意调整工作地点？**合规建议**

1. 《劳动合同法》第十七条规定，劳动合同中应写明工作内容和工作地点。由此可见，工作地点作为劳动合同约定的必备条款。

2. 劳动合同约定的工作地点为“全国”，地点范围过于宽泛，等同于未约定工作地点或者约定不清，一旦双方发生争议，仲裁机构大概率会按照劳动合同履行地的劳动基准保障劳动者权益。

3. 实践中，用人单位在劳动合同中做上述约定，是为了便于调整劳动者工作地点。这里提供两个建议，供参考：

（1）若安排员工短期变换工作地点，可以考虑结合岗位职责和公司制度，安排出差。

（2）若安排员工长期变更工作地点，则需要考虑合理调岗。

[返回目录](#)

误区 60 用人单位委托第三方为劳动者缴纳社会保险，是否合法？

合规建议

1. 由于《社会保险法》第五十七条规定：“用人单位应当自成立之日起三十日内凭营业执照、登记证书或者单位印章，向当地社会保险经办机构申请办理社会保险登记。社会保险经办机构应当自收到申请之日起十五日内予以审核，发给社会保险登记证件。”因此，社会保险登记为属地管理，用人单位应向其所在地的社会保险经办机构办理登记并依法为员工缴纳社保。

2. 实践中，出于劳动合同履行地与用人单位注册地不同等原因，有些单位会选择通过委托第三方代缴的方式缴纳社会保险费，这种做法实际上是通过签订虚假劳动合同，虚构劳动关系参保，形式上发生劳动关系的主体与社会保险关系的主体不统一的错位问题。

3. 用人单位委托第三方实施的社保代理行为，将会被依法追究民事、行政，甚至刑事责任，具有很大的合规风险。

[返回目录](#)

误区 61 用人单位可以采取调休的方式代替支付加班费吗？

合规建议

1. 根据《劳动法》第四十四条规定：“有下列情形之一的，用人单位应当按照下列标准支付高于劳动者正常工作时间工资的工资报酬：

（一）安排劳动者延长工作时间的：支付不低于工资的百分之一百五十的工资报酬；

（二）休息日安排劳动者工作又不能安排补休的：支付不低于工资的百分之二百的工资报酬；

（三）法定休假日安排劳动者工作的：支付不低于工资的百分之三百的工资报酬。”

2. 严格来说，用人单位应当依据以上规定为劳动者计发加班费。但是，实践中，有些企业为了节省成本，不支付加班费，而是采取给员工调休的方式进行处理。这种做法是不完全正确的，需要结合劳动者具体的加班时间来判断。

3. 用人单位如果安排劳动者延时加班和法定节假日加班，必须按照法定标准支付加班工资。不论劳动者是否同意，都不能通过调休的方式代替支付劳动者加班工资。休息日加班的，单位可先安排倒休，在不能安排倒休的情况下才支付加班费，故只有休息日加班才可以倒休或调休。

4. 以上分析，仅限于标准工时制岗位适用。

[返回目录](#)

误区 62 用人单位不支付竞业限制补偿金，劳动者能否不承担竞业限制义务？

合规建议

1. 根据《劳动合同法》第二十三条第二款规定，对负有保密义务的劳动者，用人单位可以在劳动合同或者保密协议中与劳动者约定竞业限制条款，并约定在解除或终止劳动合同后，在竞业限制期限内按月给予劳动者经济补偿。劳动者违反竞业限制约定的，应当按照约定向用人单位支付违约金。

2. 由上述规定可知，竞业限制义务的设定是以劳动者与用人单位双方协商一致订立专项协议的方式实现的。双方在订立协议时，具有一定的自主性，但是考虑到用人单位在劳动者在职期间订立协议时，具有较大优势，因此劳动者的义务承担也应当有对价补偿。

3. 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，当事人在劳动合同或者保密协议中约定了竞业限制和经济补偿，当事人解除劳动合同时，除另有约定外，用人单位要求劳动者履行竞业限制义务，或者劳动者履行了竞业限制义务后要求用人单位支付经济补偿的，人民法院应予支持。第三十八条又规定，当事人在劳动合同或者保密协议中约定了竞业限制和经济补偿，劳动合同解除或者终止后，因用人单位的原因导致三个月未支付经济补偿，劳动者请求解除竞业限制约定的，人民法院应予支持。

4. 因此，用人单位若要掌握竞业限制管理的主动权，建议在以下时间节点，进行操作：

（1）若认为劳动者不具备竞业可能，则用人单位可以在劳动者离职时明确告知无须承担竞业限制义务（此操作须在竞业限制协商中明确约定）；

（2）若认为劳动者离职后不存在竞业可能，则用人单位亦可书面通知劳动者无须承担竞业限制义务（此操作须支付三个月的竞业限制补偿金）；

5. 用人单位如怠于以上操作，既不明示告知，也不支付竞业限制补偿，则仲裁机构会根据劳动者离职后遵守竞业限制义务的情况，裁定用人单位支付相应的竞业限制补偿金。但须注意的是，此时即使做出裁决，在劳动者不主张解除竞业限制协议的情况下，双方仍需按竞业限制协议约定继续履行相应义务。

[返回目录](#)

误区 63 用人单位与劳动者达成协议后又担心对方反悔，怎么办？

合规建议

实践中，用人单位与劳动者发生劳动纠纷时，为了避免扩大事态，尽早解决纠纷，双方会考虑订立“一揽子”协议化解纠纷。但是，达成协议是否有效？双方是否能够遵守？对此，用人单位需要注意以下几点：

1. 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。前款协议存在重大误解或者显失公平情形，当事人请求撤销的，人民法院应予支持。

2. 如果用人单位对双方达成的协议是否有效心里没底，可以考虑申请仲裁审查或者司法确认。即双方当事人可以自协议生效之日起十五日内，共同向有管辖权的仲裁委员会提出仲裁审查申请。仲裁委员会经审查认为调解协议的形式和内容合法有效的，应当制作调解书。或者自调解协议生效之日起三十日内共同向人民法院申请司法确认，人民法院应当及时对调解协议进行审查，依法确认调解协议的效力。

3. 仲裁调解书或司法确认后的调解协议自双方当事人签收后，即发生法律效力，一方当事人拒绝履行或者未全部履行调解书所约定的义务，对方当事人可以向人民法院申请强制执行。

[返回目录](#)

误区 64 如何判断用人单位与劳动者建立的是人事关系？

合规建议

1. 实践中，有部分国央企的下属单位属于事业单位，其用工形式既有在编人事关系，又有非在编劳动关系。两种用工形式并存的情况下，用人单位的管理方式也大不相同。

2. 一般来说，劳动关系和人事关系有以下区别：

（1）劳动关系的主体包括企业、个体经济组织、民办非企业单位等组织以及国家机关、事业单位、社会团体和与其建立劳动关系的劳动者；人事关系的主体包括事业单位、社会团体和与其建立人事关系的工作人员。

（2）劳动关系主体双方签订的是劳动合同，建立的是劳动关系；人事关系主体双方签订的是聘用合同，建立的是人事关系。

（3）劳动争议主要适用《中华人民共和国劳动法》《中华人民共和国劳动合同法》等法律。人事争议主要适用《事业单位人事管理条例》《国务院办公厅转发人事部关于在事业单位试行人员聘用制度意见的通知》等规定。

3. 实践中，仲裁机构判断双方是否是人事关系的关键焦点是：

- （1）用人单位是主管机构编制委员会确定的事业单位；
- （2）用人单位招聘行为符合事业单位公开招聘程序；
- （3）劳动者入职用人单位有主管人社部门的干部调配文件说明；
- （4）劳动者入职岗位符合该事业单位岗位设置；
- （5）双方签订的是聘用合同，合同同时约定了人事争议处理条款。

4. 如用人单位管理符合认定人事关系要件，则应当按照人事争议处理规则执行。如人事争议缺少相关规则，则参照劳动法规则执行。

[返回目录](#)

误区 65 用人单位注销营业执照后，是否不用对劳动者承担任何责任？

合规建议

实践中，有些国央企的下属单位长期没有业务经营，人员流失严重，属于低效企业。此时，该国央企由于做优做强企业的需要，会根据实际情况做出终止经营，注销营业执照的决定。此时，用人单位可能会认为只要注销了营业执照，就无需对劳动者承担责任了。这种看法是错误的。

首先，根据《劳动合同法》第四十四条规定，用人单位被依法宣告破产的，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的，劳动合同终止。换言之，用人单位注销营业执照之前，应当通过股东会或者经上级主管部门决定提前解散，此时全体劳动者的劳动合同终止。

其次，用人单位应当根据《劳动合同法》第四十六条规定，向劳动者支付经济补偿。

最后，用人单位在注销前，应当成立清算组，依法对包括劳动者的债权债务，尤其是遗留社保问题进行处理。如用人单位不承担相应责任，不仅将无法注销企业，解散企业的出资人、开办单位或者主管部门也将作为未来劳动争议的共同当事人，承担连带责任。

因此，建议用人单位在解散注销企业之前，结合现有用工情况，通盘考虑人工成本在不同处理方式下的差异和相关社会影响，选择妥善的处理方式。

[返回目录](#)

误区 66 劳动者在用人单位各关联企业工作，工作年限怎么计算？

合规建议

1. 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）》第四十六条规定，劳动者非因本人原因从原用人单位被安排到新用人单位工作，原用人单位未支付经济补偿，劳动者依据劳动合同法第三十八条规定与新用人单位解除劳动合同，或者新用人单位向劳动者提出解除、终止劳动合同，在计算支付经济补偿或赔偿金的工作年限时，劳动者请求把在原用人单位的工作年限合并计算为新用人单位工作年限的，人民法院应予支持。用人单位符合下列情形之一的，应当认定属于“劳动者非因本人原因从原用人单位被安排到新用人单位工作”：

（1）劳动者仍在原工作场所、工作岗位工作，劳动合同主体由原用人单位变更为新用人单位；

（2）用人单位以组织委派或任命形式对劳动者进行工作调动；

（3）因用人单位合并、分立等原因导致劳动者工作调动；

（4）用人单位及其关联企业与劳动者轮流订立劳动合同；

（5）其他合理情形。

2. 因此，劳动者在用人单位各关联企业连续流动工作，如果是因为工作调动等被动原因，那么劳动者在各单位的工作年限应当认定连续工作年限。那么将来该劳动者无论从哪个企业离职，如果符合领取经济补偿金的条件，则应当将其全部工作年限都计算进来。

3. 需要说明的是，若劳动者在各单位工作期间，因个人原因离职，后又重新进入系统内关联企业，则其经济补偿工作年限即从再次入职起算。

4. 操作中建议用人单位在劳动者流转工作时，签订确认流转方式、原单位工作年限等相关信息的文件，并由劳动者和原单位确认为宜。

[返回目录](#)

误区 67 用人单位需要审批劳动者的辞职申请吗？

合规建议

1. 实践中，用人单位为了保证工作秩序的稳定和人员岗位工作交接，都会要求劳动者在提出辞职申请时要经过用人单位的审批，方可离职。这种规定，程序上仅可视为内部管理流程要求，但是不具有法律效力。也就是说，只要劳动者提出书面的辞职申请，即使用人单位不予审批，亦不能认为辞职无效。

2. 根据《劳动合同法》第三十七条规定，劳动者提前 30 日以书面形式通知用人单位，可以解除劳动合同。因此，辞职实际上是劳动者单方行使解除劳动合同权利的表现，法律上是一种形成权，可以由劳动者凭借单方意思表示行使，并产生民事法律关系发生、变更或消灭的后果。权利行使完成的标志是权利人以法定方式将行使权利的意思表示成功传达给权利相对人。

3. 所以，用人单位可以在内部管理上设定劳动者辞职的义务，比如要完成工作交接、处理财务欠款、提交总结汇报、返还办公设备等，并可以在劳动者未办理完毕离职交接时，向劳动者主张损失赔偿责任。

[返回目录](#)

误区 68 用人单位应如何规范学生实习？

合规建议

1. 根据劳动部关于印发《关于贯彻执行〈中华人民共和国劳动法〉若干问题的意见》的通知，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。

2. 结合教育部门与人社部门的相关规定，用人单位需要注意以下问题：

（1）实习行为应当是具有学籍的在校生基于岗位锻炼、增加经验的目的，到用人单位指定岗位工学结合所进行的实践行为。换言之，用人单位不能以建立劳动关系，长期用工为目的，否则就违背了实习的本意。

（2）已经毕业的学生，不能以实习生的名义到单位实习。一旦用人单位使用，即存在建立事实劳动关系的风险。

（3）用人单位与在校生及其学校，应当签订三方《实习协议》，约定各方权利义务，特别是实习生的人身意外风险管控条款。

（4）实习结束前，用人单位应当及时出具《实习鉴定》并通知终止实习日期。

3. 如果用人单位用人心切，直接与在校生签订劳动合同，甚至缴纳了社会保险，则仲裁机构也会结合实际案情，认定双方为劳动关系。

[返回目录](#)

误区 69 用人单位能否规定劳动者年度内中途离职，就不再计发年终奖？

合规建议

1. 年终奖的合规发放与年终奖的性质、发放周期、绩效考核因素等均有关系。实践中，年终奖一般分为三种，一是“十三薪”，即年终双薪，是指员工工作满一年后，可以领取第 13 个月的工资。这种年终奖只与劳动者的工作时长有关。二是绩效考核奖金，此类奖金是大多数用人单位会采用的，对劳动者工作业绩考核后的奖励性劳动报酬。三是奖金红包。这类年终奖并不规范，是否发、什么时候发，往往取决于用人单位的经营状况，并未有制度依据，因此风险最大。

2. 从上述三种年终奖的实践经验上看，建议用人单位采用第二种形式更为合理，但是仍需注意以下问题：

（1）年终奖属于奖金，是劳动报酬的一部分，应当纳入工资总额管理。那种认为年终奖不算工资的看法，是错误的。

（2）年终奖分配虽属用人单位经营自主权范畴，但是年终奖发放涉及劳动者的重大切身利益，因此应当通过规章制度的形式，明确考核周期、发放周期、考核因素、支付条件等。

（3）用人单位可以通过制度形式，对劳动者是否符合领取年终奖条件进行某些约束性规定。如年度考核不胜任或给单位造成重大损失等。

3. 最后，为了避免年终奖走向“僵化”，用人单位要将其与工资总额限制指标、年度经营指标完成情况挂钩，并建议从劳动者所在部门及其个人两个层面合理分配年终奖。

[返回目录](#)

误区 70 劳动者不告而别，用人单位能够扣押其档案？

合规建议

1. 根据《劳动合同法》第五十条第一款规定，用人单位应当在解除劳动合同或者终止劳动合同同时出具解除劳动合同或者终止劳动合同的证明，并在十五日内为劳动者办理档案和社会保险转移手续。

2. 上述规定的用人单位义务是双方劳动合同解除终止后的后合同义务。主要包括三个方面：

（1）劳动者离职时，出具离职证明。该离职证明主要记载劳动者在本单位工作期间的岗位、薪酬、年限、职务以及离职时间等，但一般不建议载明离职原因。

（2）劳动者离职当月，按照当地社保缴费规则停缴社保。

（3）劳动者离职后 15 日内，为劳动者办理档案转移手续。

03

以上三项义务，如用人单位拒不履行或怠于履行，给劳动者造成损失的，需要予以赔偿。因此，特别需要提醒的是，为避免劳动者不配合转档而造成“死档”风险，用人单位需要事前与劳动者约定转档方式、存档机构，并获得劳动者的授权。

[返回目录](#)

误区 71 用人单位给劳动者发放的补贴，算不算工资？

合规建议

1. 实践中，有部分企业为了降低员工社保基数等目的，在支付给员工的劳动报酬中专门拿出一部分，作为定期定额的专项补贴。不少用人单位认为，这些补贴就不算工资了，而且还能避税。这种观点是错误的。

2. 根据《关于工资总额组成的规定》，计入劳动者工资总额中的津贴和补贴，是指为了补偿职工特殊或者额外的劳动消耗和因其他特殊原因支付给职工的津贴，以及为了保证职工工资水平不受物价影响支付给职工的物价补贴。又根据《关于职工工资总额组成的规定若干具体范围的解释》，劳动保险和职工福利、劳动保护方面的收入待遇不计入工资总额，如生活困难补贴、集体福利费、上下班交通补贴、取暖补贴、洗理费等。

3. 因此，用人单位与劳动者因此发生纠纷案件时，仲裁机构会综合考虑补贴的性质、科目、数额、支付形式、发放周期等因素。如果对于专款专用，劳动者不能自由支配的补贴，一般不作为工资对待，而对于现金形式发放，劳动者可以自由支配的补贴，则可以考虑计入工资总额。比如，用人单位按照职务级别给劳动者发放的通讯补贴，通过银行打卡与工资一并发放的形式定期支付的，就会被认定为工资的组成部分。

4. 建议用人单位在调整劳动者工资结构时，通盘考虑工资总额要求、内部管理需要、股权激励机制、福利平台制度等，以达到合规和优化的目的。

[返回目录](#)

误区 72 劳动者要求不缴纳社会保险，用人单位能否同意？

合规建议

1. 实践中，有劳动者对社会保险的重要意义认识不足，要求用人单位不必为自己缴纳社保，将自己的社保个人缴费部分返还给其本人。有些用人单位也认为可以降低人工成本就选择不缴。还有用人单位为了逃避责任，还要求劳动者自行书写放弃缴纳社保的声明或协议。这些做法都是错误的。

2. 根据《社会保险法》和《社会保险费征缴暂行条例》的规定，依法缴纳社会保险是用人单位和劳动者的法定义务。双方应当依法缴纳各自应当缴纳的份额，其中用人单位应当承担代扣代缴义务。因此，如果劳动者如果没有依法缴纳社保待遇，用人单位不仅要承担补缴责任，还有可能承担赔偿责任。

3. 实践中，有用人单位认为劳动者欠缴社保的时间已经很久了，是不是超过 2 年的，就不会被追责了。但是《社会保险费征缴暂行条例》和《社会保险稽核办法》均未对清缴企业欠费问题设置追诉期。

4. 建议用人单位根据劳动者的身份依法为其缴纳社会保险，可以通过调整薪资结构和用工方式来有效降低人工成本，也可以通过协议承担费用的方式合理分担各自责任。

[返回目录](#)

误区 73 劳动者离职后，在股权激励平台持有的合伙份额如何处理？

合规建议

1. 实践中，用人单位为了激励核心劳动者，实现利益捆绑，会通过设立员工持股平台的方式来分配股权。由于股权授予、转让、变现都和劳动者的在职身份直接相关，因此这种操作同时兼具公司法（合伙）的管理要求，也当然受劳动法的约束。

2. 为了实现对劳动者的准确激励，避免股权稀释，用人单位在进行员工持股方案设计时，应当从以下几个方面考虑：

- （1）选取符合政策规定的企业做试点，并通过上级主管部门批准；
- （2）选取本单位在职员工作为激励对象，并报上级主管部门备案；
- （3）确定股权分配份额、分配方式、分配时间、持股平台、股权配置和退回条件，并提交公司董事会、股东会讨论决定；
- （4）履行民主程序后公示；
- （5）办理工商变更登记；
- （6）与持股劳动者签订《股权协议》，约定持股份额、兑现条件、退出转让等条款。

3. 在国企混合所有制改革推动实施员工持股过程中，员工持股既涉及到实现路径选择，又涉及到股权管理的问题。因此，用人单位要从持股员工数量、股权份额入手，选择持股平台的构建方式，兼顾持股人的税费成本，特别需要关注股权流转（认购、退出）问题。

[返回目录](#)

误区 74 女性劳动者离职，用人单位应当注意哪些合规要点？

合规建议

1. 与男性劳动者的生理功能不同，女性劳动者在处于孕期、产期、哺乳期时，受到法律的特殊保护。首先需要明确，这种特殊保护并非无限度的保护，而是对处于“三期”期间的女性劳动者的劳动关系存续予以特别保护，比如不得随意降低其薪酬、不得安排对应期间的加班或夜班、要给予特别的劳动保护等。

2. 根据《劳动合同法》的相关规定，劳动者处于孕期、产期、哺乳期时，用人单位不得依据第四十条、第四十一条的规定解除劳动合同。即使劳动合同到期，也要顺延至相应情形结束为止。

3. 由于女职工是否处于“三期”需要医学检查予以证明，且检查时间很可能与离职时间发生错位。因此，用人单位要特别注意以下几点：

（1）女职工因严重违纪等过错原因被解除劳动合同的，可以不考虑“三期”问题。

（2）女职工因与用人单位协商解除劳动合同的，其是否处于“三期”，实践中一般不影响劳动合同的解除效力。

（3）女职工若是劳动合同到期终止的，则建议用人单位在通知终止劳动合同时，让劳动者申明自身身体状况，主动排查女职工是否处于孕期、产期、哺乳期，避免被认定为违法终止劳动合同。

[返回目录](#)

误区 75 用人单位是否具有对规章制度的“最终解释权”？

合规建议

1. 实践中，很多企业为了掌握内部管理的主动权，在规章制度设计时，往往会留有一些“模糊地带”。当劳动者在提出适用争议时，就以用人单位享有“最终解释权”来压服对方。其实，这个“最终解释权”是无效的霸王条款。

2. 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）》第五十条第二款规定，用人单位制定的内部规章制度与集体合同或者劳动合同约定的内容不一致，劳动者请求优先适用合同约定的，人民法院应予支持。

3. 由于劳动者在劳动法律关系中处于从属性地位，劳动立法的基本立场与态度就按照有利于劳动者的原则给予适当倾斜保护。因此，用人单位在起草制定相关制度和内部管理文件时，需要梳理比对相关条款的规定，定期清理不适宜、相矛盾的规定。

[返回目录](#)

误区 76 用人单位使用外籍劳动者，应当注意哪些合规要点？

合规建议

1. 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）》第三十三条规定，外国人、无国籍人未依法取得就业证件即与中华人民共和国境内的用人单位签订劳动合同，当事人请求确认与用人单位存在劳动关系的，人民法院不予支持。持有《外国专家证》并取得《外国人来华工作许可证》的外国人，与中华人民共和国境内的用人单位建立用工关系的，可以认定为劳动关系。

2. 因此，用人单位需要了解，根据《出境入境管理法》以下情形属于非法就业：

- （1）未按照规定取得工作许可和工作类居留证件在中国境内工作的；
- （2）超出工作许可限定范围在中国境内工作的；
- （3）外国留学生违反勤工助学管理规定，超出规定的岗位范围或者时限在中国境内工作的。

3. 用人单位使用外籍劳动者，合规操作应当注意：

- （1）外国人要符合《外国人在中国就业管理规定》规定的就业条件；
- （2）应当与外国人签订劳动合同，并办理《外国人工作许可证》和工作类居留证件。
- （3）除少数与我国签订社保互免协定的国家外，外籍劳动者应当在我国依法参加社会保险。

[返回目录](#)

误区 77 用人单位处置性骚扰事件，应当注意哪些合规要点？

合规建议

1. 根据《女职工劳动保护特别规定》规定，在劳动场所，用人单位应当预防和制止对女职工的性骚扰。又根据《民法典》第 1010 条第二款规定，机关、企业、学校等单位应当采取合理的预防、受理投诉、调查处置等措施，防止和制止利用职权、从属关系等实施性骚扰。

2. 因此，用人单位有义务保障处于隶属关系、同事关系的劳动者的人身健康安全，避免发生骚扰。合规操作应当注意：

（1）制定禁止职场性骚扰的规章制度，明确性骚扰的定义、情形和相应后果；

（2）除必要的私密场所外，尽量构建开放透明的工作环境；

（3）加强防止性骚扰的宣传培训，形成积极健康的工作氛围，畅通受害人的投诉渠道；

（4）建立处置性骚扰事件的专门机构，负责调查和处理，实现全过程保密。

3. 用人单位调查处理性骚扰时，应当在证据确凿的情况下再做出相应处理，避免发生违法解除劳动合同的法律风险，同时对相关人员的个人信息和隐私进行保护，避免引发名誉权、隐私权、个人信息泄露纠纷。

[返回目录](#)

误区 78 劳动者因履行职务给用人单位造成损失的，怎么办？

合规建议

1. 实践中，劳动者在履职时违反相关制度规定，给用人单位造成损失的应当予以赔偿。但是劳动者应当如何赔偿？承担多大的责任范围？就需要用人单位合理确定了。

2. 结合司法审判情况看，劳动者对用人单位负有忠实和勤勉义务，在履职过程中存在重大过错情况下给用人单位造成损失，应根据过错原则承担相应责任。因此，用人单位处置类似事件时，应当注意：

- （1）用人单位应当对事件调查结果，确定确凿证据，并经劳动者本人确认；
- （2）造成损失的原因是否可归咎于劳动者本人；
- （3）劳动者给用人单位造成损失时的主观状态是否存在重大过错；
- （4）相关制度对于造成损失的标准和处理后果是否明确。

3. 根据《工资支付暂行规定》第十六条规定，因劳动者本人原因给用人单位造成经济损失的，用人单位可按照劳动合同的约定要求其赔偿经济损失。经济损失的赔偿，可从劳动者本人的工资中扣除，但每月扣除的部分不得超过劳动者当月工资的 20%。若扣除后的剩余工资部分低于当地月最低工资标准，则按最低工资标准支付。

[返回目录](#)

误区 79 用人单位确认劳动者退休年龄时，应当注意哪些合规要点？

合规建议

1. 根据现行退休政策，男性劳动者的法定退休年龄是 60 岁。女工人年满 50 周岁，女干部年满 55 周岁达到退休年龄。又根据《劳动合同法实施条例》规定，劳动者达到法定退休年龄的，用人单位可以终止劳动合同。

2. 实践中，由于退休审批操作流程是由劳动者提出申请发起的。一旦劳动者与用人单位发生退休年龄确认纠纷，仲裁机构就会通过调查劳动者年龄、档案记载、工作岗位、社保记录等确认劳动者的退休年龄。

3. 因此，用人单位在处理退休纠纷时，应当注意以下几点：

（1）审查劳动者的全部劳动合同，如存在工作调动等情形的，也需一并调查；

（2）审查劳动者本人档案，确认劳动者是否具有干部身份；

（3）审查劳动者的入职材料、学历材料、社保缴费记录等；

（4）结合本单位岗位管理制度，确认劳动者是否处于管理技术岗位；

（5）若劳动者处于特殊工种岗位，需要事前在劳动合同中明确并向人社部门申报备案。

[返回目录](#)

误区 80 用人单位能否在停工停产期间，停发工资？

合规建议

1. 近年来，由于疫情影响、企业外迁、经营转型等原因，用人单位根据自身实际，在内部实行停工停产。这种现象既可能是整个企业全部停产，也可能是部分部门停产。但是，那种认为用人单位在停产期间可以停发工资的看法，是错误的。

2. 根据《工资支付暂行规定》第十二条规定，非因劳动者原因造成单位停工、停产在一个工资支付周期内的，用人单位应按劳动合同规定的标准支付劳动者工资。超过一个工资支付周期的，若劳动者提供了正常劳动，则支付给劳动者的劳动报酬不得低于当地的最低工资标准；若劳动者没有提供正常劳动，应按国家有关规定办理。

3. 因此，用人单位在实施停工停产措施时，需要注意以下几点：

（1）提供确需停工停产的证据，比如财务负债表、订单取消记录、董事会决议等；

（2）确定停工停产涉及范围及人员；

（3）公示告知给劳动者，并说明工资发放标准；

（4）如需安排劳动者培训或者出勤，应制定停产期间的管理规定。

[返回目录](#)

误区 81 职工代表人数不足，用人单位如何保证规章制度表决合规？

合规建议

1. 根据《劳动合同法》的规定，涉及劳动者切身利益的规章制度必须要经过民主程序（职工大会或职工代表大会）表决，并与工会协商确定。此处的职工代表大会，由于其选举任期较长，一旦出险职工代表出缺（离职），那么用人单位就必须依法保证职代会的程序合规，表决的制度方才有效。

2. 根据《企业民主管理规定》的要求，用人单位的职代会程序合规要点包括：

（1）企业召开职工代表大会的，职工代表人数按照不少于全体职工人数的百分之五确定，最少不少于三十人。职工代表人数超过一百人的，超出的代表人数可以由企业与工会协商确定。

（2）职工代表大会的代表由工人、技术人员、管理人员、企业领导人员和其他方面的职工组成。其中，企业中层以上管理人员和领导人员一般不得超过职工代表总人数的百分之二十。有女职工和劳务派遣职工的企业，职工代表中应当有适当比例的女职工和劳务派遣职工代表。

（3）职工代表大会每届任期为三年至五年。具体任期由职工代表大会根据本单位的实际情况确定。职工代表大会每年至少召开一次。职工代表大会全体会议必须有三分之二以上的职工代表出席。

（4）依法终止或者解除劳动关系的职工代表，其代表资格自行终止。用人单位需要及时召开单位全体职工会议，应有三分之二以上职工参加，全体职工的过半数投票选举，方为有效。

3. 需要特别注意的是，职工代表的选举范围仅限于与本单位建立劳动关系的职工，且用人单位需要保证职工正常履职，正常支付其劳动报酬。

4. 有些用人单位认为职工代表就是工会代表，这种看法是错误的。两种代表的选举规则、作用意义等是不同的。此外，公司高级管理人员和监事不得兼任职工董事；公司高级管理人员和董事不得兼任职工监事。

[返回目录](#)

误区 82 劳动者在家猝死，用人单位如何合规处理？

合规建议

1. 根据《工伤保险条例》规定，劳动者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，按照工亡对待。如果劳动者系工作期间发病，回家后死亡的，一般实践中很难认定工伤。

2. 用人单位要合规处理此类劳动者患病或非因工死亡事件，需要注意以下几点：

（1）调查取证，尤其是劳动者的死亡证明、病历档案、就诊记录以及其他证人证言；

（2）如果用人单位已经缴纳工伤保险，可以先行尝试申报工伤；

（3）如不能认定工伤，可结合商业保险的投保情况，向保险公司报案；

（4）此外，用人单位可以向劳动者社会保险缴费的经办机构，申请遗属待遇（丧葬费和抚恤金）；

（5）协助家属办理社保退保事宜，领取劳动者个人账户存款。

3. 现实中，劳动者的死亡原因非常复杂，有的是因连续工作、透支健康导致猝死，也有的是自身平时生活习惯累积而造成不幸。用人单位如果对劳动者死亡存在过错，则应当按照过错程度承担责任。如劳动者的死亡与工作无关，那么用人单位就不应承担责任。

[返回目录](#)

误区 83 用人单位界定承揽关系与劳动关系的合规要点有哪些？

合规建议

1. 实践中，有不少用人单位在用工过程中，会要求劳动者自带工具进行工作。也有很多用人单位会通过业务发包的形式，招标承揽人完成相应任务。因此，用人单位在用工过程中，一旦没有把握好管理方法、程度，那么就容易被认定为劳动关系。

2. 劳动关系是一种兼具人身和财产双重属性的特殊关系，劳动者的人身活动和经济联系均在一定程度上依附于用人单位。承揽关系，是承揽人按照定作人的要求完成工作，交付工作成果，定作人给付报酬的合同关系。两者区分的关键在于主体双方是否有管理与被管理的从属关系，劳动者（或承揽人）是否在工作时接受用人单位的管理和工作安排。

3. 二者的主要差异是：承揽关系中，承揽人只要在约定的时间内完成并交付工作成果，即履行合同义务，承揽人如何安排工作进度、人手，定作人不加干涉；劳动关系中，用人单位对劳动者的工作安排、工作时间、工作地点均有具体的规定，劳动者在用人单位的指挥监督下提供劳动。

4. 实践中，仲裁机构在认定法律关系时，一般并不把劳动者是否自带工具作为关键因素，而是看用人单位是否对劳动者在工作时间、工作方式、工作过程上行使支配权和管理权，以此来判断双方是否存在人身和经济的从属性。

[返回目录](#)

误区 84 用人单位避免违法解除劳动合同的合规要点有哪些？

合规建议

1. 实践中，绝大多数劳动争议都发生在用人单位解除劳动者劳动合同之后。而用人单位解除劳动合同行为的合法性也是仲裁机构审查的重点。为了避免因被认定违法解除劳动合同后，用人单位背负高额赔偿金或被动接受劳动者返岗继续履行劳动合同的后果，用人单位在做出解除劳动合同决定前，即应从证据收集、处理依据、解除程序等方面通盘考虑。

2. 一般来说，用人单位解除劳动合同时，需要注意以下几点：

（1）选取最能“站得住脚”的解除理由。有部分劳动者在工作中可能有多种违纪行为，但是违纪行为本身的严重程度、违纪事实的调查情况等都影响最终的事实判断；

（2）选取最能反映用人单位意愿的处理依据。有时用人单位解除劳动者劳动合同时发现，该劳动者的同一行为，可能同时触犯多个纪律条款，这就需要用人单位作出抉择，一旦选定后就不能变更了。

（3）在解除理由充分、适用依据准确之外，用人单位还需要格外注意解除前的工会告知程序。有的用人单位自身如果没有工会，那就向所在地的工会报告。

3. 最后，需要提醒用人单位在做出解除劳动合同通知后，还要依法送达给劳动者。

[返回目录](#)

误区 85 用人单位能否以除名的方式解除劳动合同？

合规建议

1. 现实中，部分企业尤其是具有国企背景的企业在处理违纪劳动者，往往会采取除名的方式解除其劳动合同。这些企业的做法是错误的，也是过时的。

2. 根据已经废止的《企业职工奖惩条例》规定，职工无正当理由经常旷工，经批评教育无效，连续旷工时间超过 15 天，或者一年以内累计旷工时间超过 30 天的，企业有权予以除名。因此，除名只针对旷工违纪劳动者，且由于法律依据已经废止，此项处置措施的合法性也就丧失了。

3. 因此，用人单位在处置劳动者或者制定规章制度时，需要首先厘清相关措施本身的意义和法律效力，其次要注意不同的处置措施，其履行的程序规范也不相同，最后如果历史上用人单位曾经以除名方式处置过劳动者，也要履行送达程序，并将相关处置文件归档，长期保存。

[返回目录](#)

误区 86 用人单位可否把部分业务外包给个人？

合规建议

1. 实践中，有企业为了控制成本、提高效率，把自身部分业务外包给本单位劳动者或者外部自然人，以达到权责清晰、归责明确的目的，由承包人承担处理劳动者全部纠纷的责任。这种做法是有一定风险的。

2. 这里需要说明的是，用人单位将部分业务甚至是整个业务部门交给内部员工承包，在法律上即被认定为内部承包，这种承包不改变用人单位与内部员工之间的劳动关系，只是在业务经营的盈亏结果上划分责任。

3. 如果用人单位将业务外包给内部员工，该员工为了完成业务又招用其他自然人，或者该用人单位的业务承包人本就是外部自然人个体或集合，那么这种外包就具有较高风险。

（1）风险一：按照法律规定，具备用工主体资格的承包单位违反法律、法规规定，将承包业务转包、分包给不具备用工主体资格的组织或者自然人，该组织或者自然人招用的劳动者从事承包业务时因工伤亡的，由该具备用工主体资格的承包单位承担用人单位依法应承担的工伤保险责任。

（2）风险二：没有用人单位主体资格的个人承包经营者违法招用劳动者给劳动者造成损害，劳动者请求损害赔偿的，应当由发包人与承包人承担连带赔偿责任。

（3）风险三：存在发包方单位与实际工作人之间被认定劳动关系的可能。

4. 建议用人单位在实施业务外包时，要首先注意审查承包人的用工资质、业务资质和实际承包能力，其次在外包服务中注意管理界限，最后注意实际工作人的人身风险问题。

[返回目录](#)

误区 87 用人单位防治劳动者入职欺诈的合规要点有哪些？

合规建议

1. 劳动者入职欺诈，提交虚假材料以博得用人单位青睐，获得相应岗位后，又无法胜任的情况，实践中较为常见。劳动者的这种做法不但损害自身的诚实信用，也给用人单位造成机会损失和不利影响。

2. 为了防治劳动者求职欺诈，用人单位需要注意以下几点：

（1）入职前，要求劳动者如实填报与招聘岗位要求相关的信息，并提供证明材料；

（2）劳动者提供的证明材料需提供与原件核对一致的复印件，并签名确认；

（3）用人单位要求提供的信息，须是与履行岗位相关的信息；

（4）明确求职欺诈，隐瞒、虚报相关信息的后果；

（5）调查取证阶段，要有充分的客观证据。

3. 按照法律规定，劳动者因欺诈与用人单位订立的劳动合同，自始无效。用人单位可以依据规章制度立即解除劳动合同并不承担经济补偿金，但是要支付相应的劳动报酬。劳动报酬的数额，参照本单位相同或者相近岗位劳动者的劳动报酬确定。

[返回目录](#)

误区 88 用人单位以新业态用工方式使用劳动者，应当注意哪些合规要点？

合规建议

1. 近年来，政策性、灵活性、专业性强的新业态用工关系日益兴起，这不仅意味着劳动者有更加自由的工作时间与地点，也意味着原本具有“强约束”特点的劳动关系，变成更加独立自主的“弱联系”。而现实中，此类新业态劳动纠纷由于各种管理上的问题，也成为重点监管对象。

2. 用人单位在与承揽业务的新业态外包平台合作时，需要注意以下几点：

（1）厘清所谓新业态的具体用工形式，有针对性地进行考察；

（2）服务平台是否具备相关用工的服务资质、服务能力；

（3）实践中有平台先引导劳动者注册个体工商户，再通过签订合作或转包协议来规避责任，这种做法有较大风险；还有平台通过民商事合同“掩盖”平台企业与从业者之间的真实关系，这种做法也有风险。

（4）结合平台对劳动各环节管控情况考察，实质性判断双方法律关系，而不能仅以劳务提供方名称或者缔结合同名称进行形式审查与判断。

3. 事前做好用工责任的划分和处置要求，加强平台对新业态从业者的管理监管，以保障其合法权益。

[返回目录](#)

误区 89 用人单位能否要求劳动者入职时，提供“无犯罪记录证明”？

合规建议

1. 由于我国相关法律法规中有关于从业禁止的规定，因此用人单位在关键岗位招聘时，可以要求劳动者提供“无犯罪记录证明”。这里的犯罪记录是指国家专门机关对犯罪人员的客观记载。有关人员涉嫌犯罪，但人民法院尚未作出生效判决、裁定，或者人民检察院作出不起诉决定，或者办案单位撤销案件、撤回起诉、终止侦查的，属于无犯罪记录人员。换言之，除人民法院生效裁判文书确认有罪外，其他情况均应当视为无罪。

2. 用人单位要求查询劳动者犯罪记录，应当注意以下几点：

（1）在劳动者入职或者调入关键岗位前进行，并取得劳动者的同意和授权；

（2）向单位住所地公安派出所提出申请，申请时应持：

A. 单位介绍信；

B. 经办人有效身份证明；

C. 加盖单位公章的《查询申请表》（申请表应当列明查询事由，被查询对象身份信息以及申请查询所依据法律的具体条款）；

D. 被查询对象系单位在职人员、拟招录人员的有关材料，或者被查询对象的授权材料。

3. 需要特别说明的是，根据《公安机关办理犯罪记录查询工作规定》，劳动者犯罪时不满十八周岁，被判处五年有期徒刑以下刑罚的，应告知单位查询对象无犯罪记录。

[返回目录](#)

误区 90 劳动者长期不到岗，用人单位能否按自动离职处理？

合规建议

1. 实践中，国央企有一类历史遗留问题而发生的劳动争议，即历史上劳动者曾经没有办理任何手续或者签订协议但协议已经失效，用人单位在双方劳动合同存续的情况下，没有做出任何处置，而认为劳动者已经是自动离职，双方没有任何关系了。这种看法是错误的，在劳动争议中也会给企业带来不利后果。

2. 一般来说，劳动者长期不到岗的合法基础，或者是其本人存在客观不到岗的理由（如被依法限制人身自由），或者已经向用人单位请假并获得批准，否则劳动者长期不到岗的缺勤现象，就是旷工。用人单位就可以按照规章制度处理。

3. 现实中很多 HR 认为的自动离职，其实和劳动者长期不到岗关系不大。根据《关于企业职工要求“停薪留职”问题的通知》（劳人计〔1983〕61 号）规定，职工要求停薪留职，未经企业批准而擅自离职的，或停薪留职期满后一个月内既未要求回原单位工作，又未办理辞职手续的，企业对其按自动离职处理。

4. 建议用人单位主动查证长期不在岗的人员，分清情况，及时联系，劝导返岗后，予以相应安排。如果确已无法联系，也应积极主动完成解除劳动合同的全部程序，尽早排除隐患。

[返回目录](#)

误区 91 用人单位担心劳动者取得北京户口就离职，能否在劳动合同中设置违约金？

合规建议

1. 实践中，一些北京的国央企每年在招聘应届毕业生时都有一种担心，担心大学生在单位为其办理好北京户口后就离职，这样不仅造成稀缺资源的浪费，而且也增加了用人成本。于是，一些用人单位就专门与大学生达成协议，约定如果劳动者工作年限不足约定期限，则要支付高额违约金。这样的做法，存在问题。

2. 根据《劳动合同法》第二十五条的规定，除本法第二十二条（培训服务期违约金）和第二十三条（竞业限制期违约金）规定的情形外，用人单位不得与劳动者约定由劳动者承担违约金。因此，如果用人单位要避免此类问题的困扰，可以考虑采取以下措施：

（1）与劳动者签订专门的补充协议，约定劳动者要自用人单位为其办理完毕北京户口之日起的工作年限，并明确用人单位已付出的成本和劳动者一旦离职后的损失承担比例；

（2）协议还可以约定，员工离职后的户籍处置问题；

（3）协议约定的工作年限和劳动合同期限如果不一致，如何适用管理，需要事前明确。

3. 实践中，虽然法律并不支持用人单位对劳动者设置法定情形之外的违约金，但是根据《民法典》确定的诚实信用原则，作为具备完全民事行为能力的当事人，在订立相关协议时，应当明知其相应后果，所以仲裁机构一般会支持用人单位要求劳动者承担损失的主张。

4. 需要特别说明的是，部分国央企下属机构中有事业单位，事业单位与其在编人员订立的聘用合同，在约定违约金方面并无明确限制。

[返回目录](#)

误区 92 用人单位使用港澳台劳动者，需要注意哪些合规要点？

合规建议

1. 近年来，随着内地经济的飞速发展，港澳台人员在内地就业人数剧增，为了畅通人才交流、促进经济互融及产业协作，人社部于 2018 年 8 月 23 日废止《台湾香港澳门居民在内地就业管理规定》，港澳台人员在内地就业无须再办理就业许可证。

2. 在内地(大陆)求职、就业的台港澳人员，可使用台港澳居民居住证、港澳居民来往内地通行证、台湾居民来往大陆通行证等有效身份证件与用人单位订立劳动合同、缴纳企业职工社会保险，开设工资账户等。

3. 在内地(大陆)就业的台港澳人员，依法享有与内地(大陆)居民相同的劳动保障权益。

[返回目录](#)

误区 93 劳动者外交随任的，用人单位能否不缴纳社会保险？

合规建议

1. 实践中，国央企有部分员工是国家外交人员的配偶，在配偶驻外时，经批准可以随任，那么此时该员工与所在国央企单位之间的劳动关系怎么处理？工资社保是否正常？往往就成为用人单位管理的难点。

2. 根据《驻外外交人员法》的相关规定，劳动者外交随任的，要满足以下条件：

（1）是驻外外交人员（我国驻外外交机构中从事外交、领事等工作，使用驻外行政编制，具有外交衔级的人员）的配偶；

（2）经派出部门批准；

（3）随任期间在驻外外交人员任期期间内（驻外外交人员任期结束或者提前调回的，随任配偶应当同时结束随任）；

（4）随任期间，外交随任人员不在驻在国谋职或打工，也不到我驻当地援外、贸易、劳务等机构和公司任职，且非由国内单位派往国（境）外援外、贸易、劳务等单位工作。

3. 根据《关于加强驻外外交人员随任配偶保障工作的通知》规定，劳动者是国有企业和国有控股企业人员的，随任期间，保留其劳动关系，停发其工资，中止履行劳动合同。所在单位负责按有关规定继续为其办理养老、失业、医疗保险关系。

4. 根据《关于驻外使领馆常驻人员配偶随任和管理办法》规定，国央企劳动者随任结束回国后，仍回原单位工作，恢复履行劳动合同，并按企业工资分配制度和本人岗位确定其工资水平。

5. 劳动者外交随任期间达到退休年龄的，应按规定办理退休手续并领取退休金，已参加当地养老保险的由社会保险经办机构负责发放，未参保的由原单位负责发放。

[返回目录](#)

误区 94 劳动者奔丧未及时请假，用人单位能否按旷工解除其劳动合同？

合规建议

1. 劳动者根据用人单位的规章制度，履行请假手续，是考勤假期管理的必然要求，也是劳动者应当遵守的合同义务。因此，无论劳动者因为自身原因（患病、生产等）还是因为外界原因（参加社会活动、探亲奔丧等），劳动者理应向用人单位履行报备审批程序。

2. 近年来，因劳动者奔丧而引发的争议被顶上热搜，对此用人单位在合规管理上应当注意以下几点：

（1）劳动者申请丧假的适用范围是配偶、子女、父母，不包括岳父母、公婆、祖父母、外祖父母，除非用人单位另有制度规定；

（2）劳动者请丧假，应当履行审批程序；

（3）经批准后，用人单位应当支付劳动者在丧假期间的工资待遇。

3. 需要说明的是，如果用人单位的制度没有扩大上述亲属范围，则劳动者对上述亲属范围外的人员奔丧、治丧时间，就要按照带薪年假或者事假处理。

4. 实践中，部分用人单位过于强调劳动者的请假流程规定，一旦劳动者违反，就处以严格处罚。这种做法不但存在风险，也不值得提倡。一方面是在某种紧急情况下，劳动者的请假行为并不都能及时申请，另一方面是用人单位在处理类似情况时，要综合考虑劳动者请假的主观态度、客观实际，并兼顾公序良俗的善良道德，保持善意、宽容及合理的管理方式。

[返回目录](#)

误区 95 劳动者违反职业道德，用人单位能否解除劳动合同？

合规建议

1. 实践中，国央企在内部管理上常常遇到一些困境，即由于规章制度本身的滞后性和不周延性，不可能对将来劳动者发生的行为进行充分规范。因此，当劳动者出现那种在现实生活中难以接受，但在规章制度上没有依据的行为时，用人单位该如何合规处理呢？

2. 近年来，因劳动者在网络上发布不当言论或者扰乱公共秩序而受到媒体曝光，影响用人单位声誉的事件，并不少见。对此，用人单位应当注意以下几点：

（1）在规章制度中，设置价值观条款，如“劳动者应当践行爱岗敬业的社会主义核心价值观，遵守职业道德和公序良俗”，并明确对应罚则；

（2）注意加强职业知识、职业道德、职业礼仪等方面的培训；

（3）主动补强舆情管理、网络管理规定等适应新形势的管理制度。

3. 实务处理中，用人单位在取得相关证据后，建议首先取得劳动者对事件态度的陈述，再结合管理需要予以处理。

[返回目录](#)

误区 96 用人单位如何判断第三方用工是“假外包、真派遣”？

合规建议

1. 劳务派遣与劳务外包（业务外包）在法律概念、法律特征上是完全不同的两个概念，但是实务中，尤其是 2014 年《劳务派遣暂行规定》出台后，对劳务派遣的监管逐渐加强，不少用人单位为了降低人工成本、规避用工风险，采取借外包之名、行派遣之实的用工形式，形成“假外包，真派遣”。这种做法不但刻意掩盖人工成本，而且侵害劳动者合法权益。

2. 根据《劳务派遣暂行规定》第二十七条规定，用人单位以承揽、外包等名义，按劳务派遣用工形式使用劳动者的，仍然按照劳务派遣对待。这就是“假外包、真派遣”的法律限制依据。

3. 实践中，用人单位在第三方用工的合规管理中，要避免被认定“假外包、真派遣”，就要注意以下几点：

（1）识别第三方用工主体签订的协议性质、名称和资质；

（2）识别签订协议内容的结算方式是“人工费+管理费”模式，还是“业务计价”模式；

（3）识别管理风险归责方式是“第三方责任全部由用工方承担”，还是“第三方自行承担”；

（4）识别第三方人员的管理方式是“用工方管理”，还是“第三方自管”。

4. 显而易见，劳务派遣关系是以劳动力转移使用的用工方式，劳务外包（业务外包）则是以项目工作委托承包的用工方式。二者从用工的形式到实质都不相同。

[返回目录](#)

误区 97 劳动者未签订劳动合同，用人单位是否就要支付双倍工资？

合规建议

1. 《劳动合同法》实施以来，用人单位不与劳动者订立劳动合同，就要承担双倍工资的规定，日益深入人心。这既推动了劳动合同签订常态化，又促使用人单位建立完善的劳动合同管理制度。但是，实践中因未签订劳动合同而发生的劳动争议，仍不在少数。

2. 劳动者没有签订劳动合同，用人单位在以下情况下，并不一定要支付双倍工资：

（1）虽然双方没有签订劳动合同，但在劳动者入职前，双方曾订立过足以覆盖劳动合同必备条款的协议或者录用文件；

（2）劳动者本人对没有签订劳动合同，负有管理职责。如劳动者本人是人事经理或者单位负责人等；

（3）劳动者恶意破坏、藏匿已经订立的劳动合同，用人单位有证据证明的；

（4）劳动合同有自动续期约定条款的；

（5）劳动合同到期时，劳动者处于法定顺延情状的；

（6）劳动者入职一个月内没有签订劳动合同，用人单位通知终止劳动关系的。

3. 为了避免发生这种双倍工资风险，建议用人单位采取以下措施：

（1）建立职工名录与劳动合同备案管理联动机制，生成劳动合同到期预警制度；

（2）建立用工部门履行签订劳动合同的主体责任，确保劳动合同订立过程真实、有效；

（3）设计理顺重点人员的劳动合同订立权限；

（4）严格保管已经签字盖章的书面劳动合同。

4. 实践中，某些覆盖地域广泛的国央企在异地用人订立劳动合同时，也可以考虑使用电子劳动合同签订方式，以保证劳动合同及时有效签订。

[返回目录](#)

误区 98 劳动者因疫情居家办公，用人单位管理的合规要点有哪些？

合规建议

1. 疫情期间，因政府管制要求，不需要集中隔离、治疗的公民要居家办公，非必要不到岗工作。此时，用人单位应尽量通过线上办公的形式安排工作。

2. 需要首先明确的是，居家办公原则上仅仅是工作场地的变化，用人单位与劳动者仍应当按照劳动合同约定和规章制度规定来履行各自权利义务。换言之，劳动者不能因居家而拒绝完成用人单位安排的工作（除非工作有悖于防疫政策），用人单位仍可按照考勤、考核制度进行管理，并在劳动者完成工作后支付劳动合同约定的工资。

3. 如果用人单位没有工作安排，可以结合经营情况分类采取措施：

（1）若用人单位受疫情影响较大，评估将有一个月以上无法正常经营，可以考虑启动停工停产程序，向劳动者宣布停工时间、相关待遇及返岗时间和要求。

（2）若用人单位受疫情影响不大，短期内即可恢复工作，那么就可以先考虑安排劳动者调休或使用带薪年假。

[返回目录](#)

误区 99 用人单位未报告裁员方案，是否不算违法裁员？

合规建议

1. 近年来，国央企在进行僵尸低效企业清理时，往往会采取经济性裁员的方式进行。然而，这种操作过程中需要综合评估的事项较多，稍有不慎，容易造成群体性纠纷。

2. 用人单位因运营出现问题进行经济性裁员，需要严格遵守裁员的前置程序，否则就会因程序违法而被认定违法解除劳动合同，向劳动者支付赔偿金。因此，用人单位启动经济性裁员程序，需要注意以下几点：

- （1）用人单位具备裁员的法定情形（经营困难、破产重组等）；
- （2）裁员人数达到法定标准；
- （3）用人单位决策机构决定启动裁员、裁员人数、裁员范围等事项；
- （4）用人单位提前三十日向工会或者全体职工说明情况，听取工会或者职工的意见；
- （5）用人单位形成裁减人员方案后，向劳动行政部门报告。

3. 用人单位启动裁员程序前，需要认真考虑禁止裁员和优先留用的人员范围，做好人员分流安置方案，尽可能减少过于激烈的对抗，完善引导调解话术，设置相应预案。

[返回目录](#)

误区 100 女性劳动者怀孕后就不到岗，用人单位是不是就不能管理？

合规建议

1. 女职工因其身体结构和生理机能的特点，决定了法律法规应对怀孕女职工在劳动合同关系、工作内容、薪酬待遇等方面给予特殊保护。

2. 根据《劳动法》《女职工劳动保护特别规定》和《女职工保健工作规定》等相关规定，用人单位对女职工的 special 保护包括以下几个方面：

- （1）用人单位在女职工怀孕期间，不得单方随意解除劳动合同。
- （2）用人单位不得因女职工怀孕降低其工资。
- （3）用人单位不得安排女职工在怀孕期间从事国家规定的第三级体力劳动强度的劳动和孕期禁忌从事的劳动。
- （4）女职工妊娠满 7 个月，用人单位应给予工间休息或适当减轻工作。
- （5）女职工产检时间，按正常出勤对待。
- （6）女职工流产或者生产，享受相应的流产假或产假。

3. 实践中，也有少数女职工认为自己怀孕就不接受用人单位管理，甚至不履行请假手续长期不到岗，这种做法是错误的。法律在保护女职工的同时，女职工也还应遵守与用人单位的规章制度。对此，用人单位在“三期”女职工合规管理方面，应当注意以下几点：

- （1）制定保护女职工具体措施的同时，也要向劳动者说明违反制度的后果；
- （2）与刚刚怀孕女职工协商调整安排工作任务，重新订立符合其工作能力和现实条件的考核指标；
- （3）对处于有职业禁忌岗位的女职工，要协商调岗；
- （4）简化女职工请假程序，对确有保胎需要的，与女职工达成休假协议；
- （5）设置与工作表现相关的福利保障措施。