

平乱网docsriver.com商家巨力法律书



深圳律师实务丛书



# HR应当知道的 劳动法

Labor Laws for Human  
Resource Officers

周旻 何志杰 吴意诚 赵小虎 祁朝官 / 著

作者团队挑选人力资源管理过程中最常见的问题编写成书，内容涵盖企业人力资源管理所涉及的多方面法律实务。本书以用工管理流程为主线，配合特殊问题和特殊人群的劳动关系管理；内容全面完整，体例清晰简练。本书通过案例来阐释司法机关的裁判尺度，以期协助企业HR作出正确的工作决策，是一本必备的劳动法工具书。



法律出版社  
LAW PRESS·CHINA

平乱网docsriver.com商家巨力法律书



深圳律师实务丛书

# HR应当知道的 劳动法



Labor Laws for Human  
Resource Officers

周 旻 何志杰 吴意诚 赵小虎 祁朝官 / 著



法律出版社  
LAW PRESS·CHINA

## 图书在版编目(CIP)数据

HR 应当知道的劳动法 / 周旻等著. —北京:法律出版社,2017

ISBN 978 - 7 - 5197 - 1290 - 7

I. ①H… II. ①周… III. ①劳动法—基本知识—中国 IV. ①D922.504

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2017)第 205114 号

HR 应当知道的劳动法  
HR YINGDANG ZHIDAO DE LAODONGFA

周 旻 何志杰 吴意诚 著  
赵小虎 祁朝官

策划编辑 程 岳  
责任编辑 程 岳  
装帧设计 汪奇峰

出版 法律出版社  
总发行 中国法律图书有限公司  
经销 新华书店  
印刷 北京京华虎彩印刷有限公司  
责任校对 杨昆玲  
责任印制 胡晓雅

编辑统筹 法律应用·大众读物出版第一分社  
开本 720 毫米×960 毫米 1/16  
印张 16  
字数 219 千  
版本 2017 年 8 月第 1 版  
印次 2017 年 8 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

网址/www.lawpress.com.cn

投稿邮箱/info@lawpress.com.cn

举报维权邮箱/jbwq@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司销售电话:

统一销售客服/400-660-6393

第一法律书店/010-63939781/9782

西安分公司/029-85330678

重庆分公司/023-67453036

上海分公司/021-62071639/1636

深圳分公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5197 - 1290 - 7

定价:42.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)



深圳律师实务丛书

## 编委会

主 任

张 斌

副主任

张 弢 王 红

委 员

胡冰梅 梅 臻 杨 林 李兰兰

付增海 杨慧隆 曾丽丽 梁海莉

## 作者简介

---

**周 昱** 深圳市人大常委会立法基地法律专家,深圳市律师协会劳动与社会保障法律专业委员会主任。1993年至1996年任职于深圳市劳动局,1997年开始从事律师行业,2007年组建创勤律师团队专注于劳动法业务,2012年当选深圳市律师协会理事。曾连续五年担任深圳市福田区劳动局的常年法律顾问。

**何志杰** 创勤律师团队成员,广东联建律师事务所专职律师。现任深圳市律师协会劳动与社会保障法律专业委员会委员,曾就职于河源市和平县人民法院。专注于劳动法业务,为企业提供优质的企业劳动人事顾问服务,协助企业建立规范的劳动关系管理。

**吴意诚** 创勤律师团队成员,广东联建律师事务所专职律师,现任深圳市律师协会劳动与社会保障法律专业委员会委员,专注于劳动法律服务领域,擅长处理诉讼业务。

**赵小虎** 创勤律师团队成员,广东联建律师事务所专职律师。曾就职于管理咨询公司,专注于企业劳动法律顾问服务,擅长从法律和管理两方面为企业优化劳动规章制度,降低法律风险,提升用工成效。

**祁朝官** 创勤律师团队成员,广东联建律师事务所专职律师。2014年开始从事法律行业,在劳动法律服务领域拥有较为丰富的经验。

# 总序

---

随着移动互联、万物互联时代的到来,法律服务行业的发展出现了更多的机遇和挑战,这也意味着,这个时代对法律服务的效率和质量提出了更高要求。法律服务的效率和质量问题,说到底还是法律服务领域供给侧改革的问题,供给侧改革与创新将成为破解当前律师行业发展瓶颈的重要路径选择。

我注意到,深圳市律师协会九届理事会明确回归和聚焦律师专业化建设,着力供给侧改革与创新,并在统筹规划专业委员会的定位和职责、组织引导律师著书立说等方面做了许多实实在在的工作。目前,深圳律师在专业学习、专业研究和专业成果转化等方面已经卓有成就。在短短两年多的时间里,深圳市律师协会已经出版各类律师著作近二十部,部分专著再版,部分作者被邀请参与全国性的专业会议,可以说受到了业界广泛关注和高度肯定。深圳律师的专业化建设大大激发了深圳律师行业发展的内生动力。在此,我要对深圳市律师协会在行业发展和专业化建设中所发挥的积极作用点个赞。

律师的专业化既是社会分工的必然,也是法律服务业纵深发展的必然。律师当以专业为本,当以服务立命。深圳律师应当以追求极致的匠人精神夯实专业基础,从而以专业化的服务满足客户多样化、个性化、精细化的需求。只有这样孜孜不倦的追求,我们深圳律师才有可能在厚重积蓄后,形成并爆发出强大的发展后劲。

深圳律师是全国律师改革和创新的先行先试者,尤其是在房地产、金融证券、知识产权、国际贸易、法治政府等专业法律服务领域做出了许多开创

## 2 | HR 应当知道的劳动法

性的贡献。2016年11月24日,深圳执业律师人数突破万人大关,整个行业的后续发展任重而道远。

从供给侧改革与创新的角度,深圳律师业需要继续加强法律服务需求端研发,努力推出更贴近各类主体需求的法律服务产品;需要继续加快专家型律师、领军型律师的培养,努力形成完备的法律服务人才结构;需要继续拓宽专业服务领域和行业发展路径,努力精准对接日新月异的经济社会发展的方方面面。如此,深圳律师才能呈现与深圳这座城市相匹配的活力与影响力,深圳才有望成长为南中国实至名归的法律服务高地。

“骐骥一跃,不能十步;弩马十驾,功在不舍。”深圳律师业的光荣与梦想,离不开我们大家持之以恒的坚守和实践,更有赖于我们大家继续为之奋斗、艰苦奋斗、长期艰苦奋斗……

是为序。

深圳市司法局局长 蒋溪林

二〇一六年十一月二十六日

## 回归专业 崇尚专业

---

律师专业化不仅仅源于社会分工的细化和知识结构的复杂化,也因为法律事务在多样化前提下逐渐呈现专门性趋势,需要律师专业技能的精细化以提供有针对性的解决方案,通才式解决某类案件或法律事务越来越困难。当事人合法利益的最大化有赖于律师能够游刃有余地运用法律的精深技艺,给出更专业的答案。

不少律师不太愿意在当事人或者同行面前坦言自己不懂某专业,也不愿意在专业细分方面做出改变的努力,这不仅不利于其自身专业领域知名度的打造,也失去了律师走专业化发展方向的机会。我们要放弃那种“博”即“精品”的认识和做法,直面自己的专业定位,在律师服务市场激烈竞争中打“差异化”“专业化”这张牌,努力将自身打造成所在专业领域的“精品”。

我们提倡的回归专业、崇尚专业并不是一句口号,它张扬的是一种职业思想、观念和意识,同时也要落实为执业过程中的行为准则和价值坚守,在形成行业共识的基础上引领律师行业发展,达到更高的水平。摆在读者面前的这套《深圳律师实务丛书》就是我们落实回归专业和崇尚专业的例证,并借此向全行业传递崇尚专业的精神。

经验应该被总结和传承。因地缘和政策优势,深圳律师在房地产、融资、科技创新、海商、国际贸易、破产清算、劳动等法律事务方面有着丰富的专业经验。深圳律师协会组编这套丛书,体现深圳律师在部分领域的执业状况和专业技能,希望成为丰富律师专业化的重要素材,并作为专业化样本能够对律师专业化水平提高有所帮助。

是为序。

高 树  
深圳市律师协会会长  
二〇一六年三月



# 专业化是律师行业发展的支柱

中国的律师行业经过 30 年的恢复与发展,已经初具规模,但是,与现代发达国家的律师行业相比,我们仍然处于“初级阶段”,与国家政治、经济、文化发展不能匹配。将律师行业“做强、做大”仍是业内最强的呼声。个人理解“做强、做大”,无外乎专业化、规模化、规范化、品牌化建设,而其中专业化实乃律师行业发展的支柱。

按照现代广泛运用的利伯曼“专业化”标准的定义解释,所谓“专业”,就应当满足以下基本条件:一是范围明确,垄断地从事于社会不可缺少的工作;二是运用高度的理智性技术;三是需要长期的专业教育;四是从事者个人、集体均具有广泛自律性;五是专业自律性范围内,直接负有作出判断、采取行为的责任;六是非营利性,以服务为动机;七是拥有应用方式具体化了的伦理纲领。

就律师行业而言,专业化应以专业律师为基础,即律师根据特长和优势,精通本专业的法律规定和法理精髓,专门或偏重某一项或某几项法律事务;律师专业化以专业化的律师事务所为标志,即律师事务所主要人员和业务是为某个或某几个法律服务领域提供专门法律服务,具有自己的专业品牌;律师专业化以实现全行业的专业化最终目标,即大多数执业律师符合律师的专业化,形成了自觉学习、研究法学理论与律师实务的风气和专业习惯,大多数律师事务所具有鲜明的专业品牌。

律师要实现专业化,首先要专业明确,确定适合自己的法律服务领域,之后针对该法律服务领域进行长期的专业研修,在该法律服务领域有自己的实务和理论研究成果,最终拥有业内公认能熟悉处理法律服务领域问题

## 2 | HR 应当知道的劳动法

的专业技能。当然,专业化也是一个“舍得”过程,选择专业化就意味着舍弃某些自己熟悉且收入颇丰的业务,甚至要忍受短期内业务量下降的痛苦。只有专注才有专业,如果不舍弃已拥有的某些业务,心不能专,则难以在专业领域获得成就。此外,在长期执业过程中加入或组建一个强大的专业律师团队,也是律师成就专业之路不可或缺的途径。

律师专业化是一项艰巨、复杂的系统工程,除了律所在中长期发展目标上确定专业化方向,为律师和律师团队提供专业发展环境之外,律师协会也应为律师行业的专业化分工和发展提供完善的制度保障和政策支持,并且应该加大对律师专业化的培训力度,为律师的专业化发展提供坚强的智力支撑。

资助会员出版实务专著是深圳律协确定的一项具体工作和一项智力工程,目的有两个:一个是倡导律师的专业化发展,引导深圳律师和律师事务所普遍走上专业发展的道路;另一个是推出行业专业领军人物,在全国专业化发展的浪潮中树立一批深圳律师专业品牌。

深圳律协将每年资助出版一批律师实务专著,期许借此倡导专业发展之路,弘扬专业研究之风,发出业界深圳之声,更期许借此涌现一批律师专业领军人物。

余俊福

时任深圳市律师协会会长

二〇一二年一月

# 序言

---

劳动法具有极强的地域性特点。根据国家层面劳动法律规定的原则规定并结合地方实际,各地分别制定了大量有关劳动法律关系的地方性规定,各类条例、指导意见、裁判指引层出不穷;各地的劳动人事争议仲裁委员会、法院适用不同裁判尺度、同案不同判的情况也普遍存在。这一情况给各企业的人力资源管理带来了极大的挑战,劳动法规地域性差别要求企业 HR 不仅要熟知劳动法律规定,还要对当地劳动人事争议仲裁委员会、法院的裁判尺度有所了解。

作者正是基于上述原因,在编写本书时着重引用深圳地区的已判案例,故本书对深圳市企业的借鉴价值更为明显。总的来说,本书主要突出以下四个特点:

一是针对性强。作为在深圳地区从事劳动法律师实务多年的律师团队,作者对深圳本土劳动争议案件裁判规则的认知和把握较为精准,本书对广东、深圳企业的 HR 有直接借鉴价值。

二是实用可操作。作者团队对服务大量顾问单位的经验进行了总结,挑选了人力资源管理过程中最常见的问题,并对每个问题配以典型案例和详细解说。在本书成书过程中,作者对每章节的标题都进行了提炼,做到每篇文章的标题都能体现出该类实务问题的处理规则,力求企业 HR 通过本书的标题就能够对某类问题得到高质量的解答。

三是内容全面。本书涵盖了企业劳动用工和人力资源管理所涉及的各方面法律实务,以企业用工管理流程为主线,并配合用工管理中的特殊问题和特殊人群的劳动关系管理,内容全面完整,体例清晰简练。

## 2 | HR 应当知道的劳动法

四是时效性好。2015年9月,深圳市中级人民法院出台了《深圳市中级人民法院关于审理劳动争议案件的裁判指引》。本书依据国家颁布的最新法律法规和司法解释,并结合地方的审判实践,充分吸收了仲裁和司法机关的审判意见,具有较强的时效性。

周旻律师是广东联建律师事务所合伙人,劳动法业务部负责人,现任深圳市律师协会劳动与社会保障法律专业委员会主任。2007年,周旻律师成立了“创勤”劳动法团队,专注劳动法领域距今已十余年。凭借在劳动法领域的长期钻研,周旻律师和“创勤”律师团队在深圳劳动法领域一直走在前沿。我与周旻律师早在10年前便相识,多年来周旻律师和“创勤”律师团队在劳动法领域的实践和取得的成绩为业界同行所认可。

本书作为“深圳律师实务丛书”系列之一,由周旻律师带领深圳律协劳动与社会保障法律专业委员会的同志合作完成,在成书后邀我作序,我欣然应允。希望本书的出版对推动深圳律师职业化建设,提高深圳律师的职业素养和实务技能也起到积极作用;更希望本书能给企业HR的实际工作提供有价值的参考与借鉴。

蒋溪林

深圳市司法局局长

二〇一六年十一月

# 目 录

一、入职管理 .....	1
(一)用人单位滥用知情权构成就业歧视的,需承担赔偿责任 .....	1
1. 前言 .....	1
2. 真实案例 .....	1
3. 律师点评 .....	2
4. HR 实务 .....	3
5. 法律链接 .....	3
(二)员工学历或工作经历造假的,用人单位不得直接以欺诈为由 解除劳动合同 .....	4
1. 前言 .....	4
2. 真实案例 .....	4
3. 律师点评 .....	5
4. HR 实务 .....	6
5. 法律链接 .....	7
(三)条款完备的录用通知书具备法律效力,用人单位毁约应承担 赔偿责任 .....	7
1. 前言 .....	7
2. 真实案例 .....	8
3. 律师点评 .....	9
4. HR 实务 .....	10
5. 法律链接 .....	10

## 2 | HR 应当知道的劳动法

<b>二、劳动合同订立、变更</b> .....	12
(一)未依法订立书面劳动合同的,用人单位将支付最多相当于十 一个月工资的二倍工资差额 .....	12
1. 前言 .....	12
2. 真实案例 .....	12
3. 律师点评 .....	13
4. HR 实务 .....	14
5. 法律链接 .....	14
(二)二倍工资差额的计算基数为包括加班工资在内的劳动者当月 应发工资 .....	16
1. 前言 .....	16
2. 真实案例 .....	16
3. 律师点评 .....	17
4. HR 实务 .....	18
5. 法律链接 .....	18
(三)劳动者已签订固定期限劳动合同的,在履行过程中不得要求 重新签订无固定期限劳动合同,也不得主张二倍工资差额 .....	19
1. 前言 .....	19
2. 真实案例 .....	19
3. 律师点评 .....	20
4. HR 实务 .....	21
5. 法律链接 .....	21
(四)用人单位单方调整劳动者的工作岗位,应当具备合理性 .....	23
1. 前言 .....	23
2. 真实案例 .....	23
3. 律师点评 .....	24
4. HR 实务 .....	26
5. 法律链接 .....	26
<b>三、劳动合同终止、续签</b> .....	27
(一)劳动者拒签书面劳动合同,用人单位有权终止劳动关系 .....	27

1. 前言 .....	27
2. 真实案例 .....	27
3. 律师点评 .....	28
4. HR 实务 .....	29
5. 法律链接 .....	29
(二) 劳资双方不能在劳动合同终止法定的条件之外另行约定终止 条件 .....	31
1. 前言 .....	31
2. 真实案例 .....	31
3. 律师点评 .....	32
4. HR 实务 .....	33
5. 法律链接 .....	33
(三) 劳动者连续签订两次固定期限劳动合同后,劳动者提出签订 无固定期限劳动合同的,用人单位无权拒签 .....	34
1. 前言 .....	34
2. 真实案例 .....	34
3. 律师点评 .....	36
4. HR 实务 .....	36
5. 法律链接 .....	36
(四) 劳动者因达到法定退休年龄后终止劳动合同,用人单位无需 支付经济补偿金 .....	38
1. 前言 .....	38
2. 真实案例 .....	38
3. 律师点评 .....	39
4. HR 实务 .....	39
5. 法律链接 .....	40
<b>四、劳动合同解除 .....</b>	<b>41</b>
(一) 劳动者依法提前通知用人单位即可解除劳动合同,无需用人 单位批准 .....	41
1. 前言 .....	41

## 4 | HR 应当知道的劳动法

2. 真实案例 .....	41
3. 律师点评 .....	42
4. HR 实务 .....	42
5. 法律链接 .....	43
(二) 用人单位解除劳动合同不通知工会构成违法,需向劳动者支 付赔偿金 .....	44
1. 前言 .....	44
2. 真实案例 .....	44
3. 律师点评 .....	45
4. HR 实务 .....	45
5. 法律链接 .....	46
(三) 劳动者两次不能胜任工作,用人单位有权解除劳动合同 .....	47
1. 前言 .....	47
2. 真实案例 .....	47
3. 律师点评 .....	48
4. HR 实务 .....	48
5. 法律链接 .....	49
(四) 用人单位没有依法缴纳社会保险,经劳动者提前一个月通知 后拒不改正的,劳动者有权解除劳动合同并获经济补偿金 .....	50
1. 前言 .....	50
2. 真实案例 .....	50
3. 律师点评 .....	51
4. HR 实务 .....	52
5. 法律链接 .....	52
(五) 劳动者离职原因不明,视为用人单位提出且双方协商一致解 除劳动合同,用人单位需支付经济补偿金 .....	53
1. 前言 .....	53
2. 真实案例 .....	54
3. 律师点评 .....	55
4. HR 实务 .....	55
5. 法律链接 .....	55



(六) 劳动者严重违反规章制度, 用人单位有权解除劳动合同, 但要符合法定程序 .....	56
1. 前言 .....	56
2. 真实案例 .....	56
3. 律师点评 .....	58
4. HR 实务 .....	58
5. 法律链接 .....	58
(七) 用人单位搬离用工城市, 劳动者不愿随迁的, 用人单位需向劳动者支付经济补偿金 .....	59
1. 前言 .....	59
2. 真实案例 .....	60
3. 律师点评 .....	61
4. HR 实务 .....	61
5. 法律链接 .....	62
<b>五、经济补偿金、赔偿金 .....</b>	<b>63</b>
(一) 经济补偿金、赔偿金的计算基数是扣除社保、公积金、个税之前的应得工资 .....	63
1. 前言 .....	63
2. 真实案例 .....	63
3. 律师点评 .....	64
4. HR 实务 .....	65
5. 法律链接 .....	65
(二) 用人单位违法解除劳动合同需支付 2N 的赔偿金, 无需支付 +1 的代通知金 .....	66
1. 前言 .....	66
2. 真实案例 .....	67
3. 律师点评 .....	67
4. HR 实务 .....	68
5. 法律链接 .....	68
(三) 用人单位违法约定试用期, 劳动者已经实际履行的, 用人单位	

## 6 | HR 应当知道的劳动法

应就超过法定试用期部分向劳动者支付赔偿金 .....	69
1. 前言 .....	69
2. 真实案例 .....	70
3. 律师点评 .....	71
4. HR 实务 .....	72
5. 法律链接 .....	72
(四) 劳动者工资超过当地职工月平均工资三倍的,经济补偿金的 计算基数按职工月平均工资三倍的数额支付 .....	73
1. 前言 .....	73
2. 真实案例 .....	73
3. 律师点评 .....	74
4. HR 实务 .....	75
5. 法律链接 .....	75
<b>六、规章制度</b> .....	77
(一) 民主协商程序缺失,规章制度并不必然没有法律效力 .....	77
1. 前言 .....	77
2. 真实案例 .....	77
3. 律师点评 .....	78
4. HR 实务 .....	79
5. 法律链接 .....	79
(二) 规章制度与劳动合同的约定不一致时,劳动者可选择适用 .....	80
1. 前言 .....	80
2. 真实案例 .....	80
3. 律师点评 .....	82
4. HR 实务 .....	82
5. 法律链接 .....	82
(三) 下级法人单位适用上级法人单位的规章制度,仍应经过民主 程序 .....	83
1. 前言 .....	83
2. 真实案例 .....	83

3. 律师点评 .....	84
4. HR 实务 .....	85
5. 法律链接 .....	85
(四) 规章制度内容不合理的,不得作为管理依据 .....	86
1. 前言 .....	86
2. 真实案例 .....	86
3. 律师点评 .....	87
4. HR 实务 .....	88
5. 法律链接 .....	88
<b>七、竞业限制、服务期 .....</b>	<b>89</b>
(一) 用人单位与劳动者约定竞业限制但未约定经济补偿的,不影响竞业限制协议的效力 .....	89
1. 前言 .....	89
2. 真实案例 .....	89
3. 律师点评 .....	91
4. HR 实务 .....	91
5. 法律链接 .....	92
(二) 用人单位未按约定支付补偿费的,劳动者的竞业限制义务并不自动免除 .....	92
1. 前言 .....	92
2. 真实案例 .....	93
3. 律师点评 .....	94
4. HR 实务 .....	95
5. 法律链接 .....	95
(三) 竞业限制协议约定的违约金过高的,法院将依据公平原则酌情予以调整 .....	96
1. 前言 .....	96
2. 真实案例 .....	96
3. 律师点评 .....	98
4. HR 实务 .....	99

## 8 | HR 应当知道的劳动法

5. 法律链接 .....	99
(四) 用人单位为员工提供一般岗前培训的,不得约定服务期 .....	100
1. 前言 .....	100
2. 真实案例 .....	100
3. 律师点评 .....	101
4. HR 实务 .....	102
5. 法律链接 .....	102
(五) 用人单位提供住房、解决户口的,不能与劳动者约定服务期或 违约金 .....	103
1. 前言 .....	103
2. 真实案例 .....	103
3. 律师点评 .....	105
4. HR 实务 .....	105
5. 法律链接 .....	106
(六) 企业存在违法情形下,员工可解除服务期劳动合同,无需支付 违约金 .....	106
1. 前言 .....	106
2. 真实案例 .....	107
3. 律师点评 .....	108
4. HR 实务 .....	108
5. 法律链接 .....	109
<b>八、工资薪酬</b> .....	110
(一) 拒不支付劳动者工资报酬,可追究刑事责任 .....	110
1. 前言 .....	110
2. 真实案例 .....	110
3. 律师点评 .....	111
4. HR 实务 .....	111
5. 法律链接 .....	112
(二) 劳动者主张加班工资的,对加班事实负有举证义务 .....	113
1. 前言 .....	113

2. 真实案例 .....	113
3. 律师点评 .....	114
4. HR 实务 .....	115
5. 法律链接 .....	115
(三) 约定月薪制工资的, 无需另行支付加班工资 .....	116
1. 前言 .....	116
2. 真实案例 .....	116
3. 律师点评 .....	117
4. HR 实务 .....	117
5. 法律链接 .....	118
(四) 用人单位可与劳动者约定正常工作时间工资的范围, 同时约 定加班工资计算基数 .....	118
1. 前言 .....	118
2. 真实案例 .....	119
3. 律师点评 .....	120
4. HR 实务 .....	120
5. 法律链接 .....	120
(五) 用人单位对年终奖的发放条件负有举证义务 .....	121
1. 前言 .....	121
2. 真实案例 .....	121
3. 律师点评 .....	122
4. HR 实务 .....	123
5. 法律链接 .....	123
<b>九、工时休假 .....</b>	<b>124</b>
(一) 加班未经审批, 不是用人单位拒付劳动者加班工资的法定理由 .....	124
1. 前言 .....	124
2. 真实案例 .....	124
3. 律师点评 .....	125
4. HR 实务 .....	126
5. 法律链接 .....	126

## 10 | HR 应当知道的劳动法

(二)用人单位安排劳动者值班,可不支付加班工资 .....	126
1. 前言 .....	126
2. 真实案例 .....	127
3. 律师点评 .....	128
4. HR 实务 .....	128
(三)经劳动行政部门审批后,用人单位方可实行不定时工作制或 综合计算工时工作制等特殊工时制 .....	129
1. 前言 .....	129
2. 真实案例 .....	129
3. 律师点评 .....	130
4. HR 实务 .....	130
5. 法律链接 .....	130
(四)年休假中的连续工作满十二个月应包括劳动者在上一家单位 的工作时间 .....	131
1. 前言 .....	131
2. 真实案例 .....	132
3. 律师点评 .....	132
4. HR 实务 .....	133
5. 法律链接 .....	133
(五)私营企业的员工不享受探亲假 .....	134
1. 前言 .....	134
2. 真实案例 .....	134
3. 律师点评 .....	135
4. HR 实务 .....	135
5. 法律链接 .....	135
(六)用人单位可与劳动者自主约定福利年休假 .....	136
1. 前言 .....	136
2. 真实案例 .....	136
3. 律师点评 .....	137
4. HR 实务 .....	137
5. 法律链接 .....	138

十、社会保险 .....	139
(一)用人单位未为员工办理基本养老保险手续,应当赔偿员工养老保险金损失 .....	139
1. 前言 .....	139
2. 真实案例 .....	139
3. 律师点评 .....	140
4. HR 实务 .....	140
5. 法律链接 .....	141
(二)即使超过两年的法定强制追缴年限,但用人单位愿意配合补缴的,劳动者依法仍有权申请补缴两年以前的养老保险费 .....	141
1. 前言 .....	141
2. 真实案例 .....	141
3. 律师点评 .....	142
4. HR 实务 .....	143
5. 法律链接 .....	143
(三)已购买生育保险的女职工在产假期间的生育津贴由用人单位垫付 .....	144
1. 前言 .....	144
2. 真实案例 .....	144
3. 律师点评 .....	145
4. HR 实务 .....	145
5. 法律链接 .....	145
(四)用人单位已按规定垫付了生育津贴,女职工不得再主张产假工资 .....	147
1. 前言 .....	147
2. 真实案例 .....	147
3. 律师点评 .....	148
4. HR 实务 .....	149
5. 法律链接 .....	149

十一、工伤保险 .....	151
(一) 计算工伤停工留薪期间的工资待遇时,应将员工受伤前的加班工资计算在内 .....	151
1. 前言 .....	151
2. 真实案例 .....	151
3. 律师点评 .....	152
4. HR 实务 .....	153
5. 法律链接 .....	153
(二) 非因工负伤或患病无法回单位上班,经劳动能力鉴定委员会鉴定后,可以获得医疗补助费 .....	153
1. 前言 .....	153
2. 真实案例 .....	154
3. 律师点评 .....	154
4. HR 实务 .....	155
5. 法律链接 .....	155
(三) 用人单位登记成立前,员工发生工伤,构成非法用工,应按照非法用工伤亡的赔偿标准进行赔偿 .....	155
1. 前言 .....	155
2. 真实案例 .....	156
3. 律师点评 .....	156
4. HR 实务 .....	157
5. 法律链接 .....	157
(四) 劳动者上下班突发交通事故受工伤,肇事者已承担了医疗费、丧葬费和辅助器具更换费的,用人单位无需重复承担前述费用 .....	158
1. 前言 .....	158
2. 真实案例 .....	159
3. 律师点评 .....	160
4. HR 实务 .....	160
5. 法律链接 .....	160
(五) 劳动者因生产安全事故发生工伤或被诊断患有职业病,依法可以向用人单位诉求精神损害抚慰金 .....	161



1. 前言 .....	161
2. 真实案例 .....	161
3. 律师点评 .....	162
4. HR 实务 .....	163
5. 法律链接 .....	163
(六) 职工因工作过度劳累而患病的,不属于工伤 .....	163
1. 前言 .....	163
2. 真实案例 .....	163
3. 律师点评 .....	165
4. HR 实务 .....	165
5. 法律链接 .....	165
(七) 用人单位认为职工所受伤害不属于工伤的,应承担举证责任 .....	166
1. 前言 .....	166
2. 真实案例 .....	166
3. 律师点评 .....	168
4. HR 实务 .....	168
5. 法律链接 .....	168
(八) 承包方没有主体资格,其职工因工伤亡的,发包方直接承担工 伤赔偿责任 .....	169
1. 前言 .....	169
2. 真实案例 .....	169
3. 律师点评 .....	170
4. HR 实务 .....	171
5. 法律链接 .....	171
(九) 劳动者离职后被诊断为职业病的,未对劳动者作离职健康检 查的用人单位需要承担工伤赔偿责任 .....	172
1. 前言 .....	172
2. 真实案例 .....	172
3. 律师点评 .....	175
4. HR 实务 .....	175
5. 法律链接 .....	175

<b>十二、劳务派遣</b> .....	177
(一) 劳务派遣单位给劳动者造成损害,用工单位没有过错的,无需 与派遣单位承担连带赔偿责任 .....	177
1. 前言 .....	177
2. 真实案例 .....	177
3. 律师点评 .....	178
4. HR 实务 .....	178
5. 法律链接 .....	179
(二) 在劳务派遣用工条件与比例被法律法规严格限制的情况下, 可采用劳务外包的方式降低用工成本 .....	180
1. 前言 .....	180
2. 真实案例 .....	181
3. 律师点评 .....	182
4. HR 实务 .....	182
5. 法律链接 .....	183
<b>十三、“三期”女职工</b> .....	184
(一) “三期”女职工调岗需遵循特别保护原则,有正当理由“可调岗 不可降薪” .....	184
1. 前言 .....	184
2. 真实案例 .....	184
3. 律师点评 .....	185
4. HR 实务 .....	186
5. 法律链接 .....	187
(二) “三期”女职工劳动合同到期后自动续延,用人单位终止的构 成违法终止,需支付赔偿金 .....	187
1. 前言 .....	187
2. 真实案例 .....	188
3. 律师点评 .....	189
4. HR 实务 .....	189
5. 法律链接 .....	190

(三)用人单位违法解除劳动合同的,“三期”女职工可主张继续履行,并要求支付工资待遇至“三期”期满 .....	191
1. 前言 .....	191
2. 真实案例 .....	191
3. 律师点评 .....	192
4. HR 实务 .....	193
5. 法律链接 .....	193
(四)未参加生育保险的女职工,产假工资按照产假前应发工资标准由用人单位支付 .....	194
1. 前言 .....	194
2. 真实案例 .....	194
3. 律师点评 .....	195
4. HR 实务 .....	195
5. 法律链接 .....	196
(五)“三期”女职工不能主张劳动合同解除后的工资和福利待遇 .....	197
1. 前言 .....	197
2. 真实案例 .....	197
3. 律师点评 .....	198
4. HR 实务 .....	199
5. 法律链接 .....	199
<b>十四、外国人就业 .....</b>	<b>201</b>
(一)外国人就业证上的登记与实际用人单位不符的,劳动关系不成立 .....	201
1. 前言 .....	201
2. 真实案例 .....	201
3. 律师点评 .....	202
4. HR 实务 .....	203
5. 法律链接 .....	203
(二)外企代表处直接招用中国员工的,需支付劳动报酬和经济补偿 .....	203

## 16 | HR 应当知道的劳动法

1. 前言 .....	203
2. 真实案例 .....	204
3. 律师点评 .....	205
4. HR 实务 .....	205
5. 法律链接 .....	205
<b>十五、附录:HR 常用数据、计算公式、办事流程 .....</b>	<b>206</b>
(一) 工作时间与工资折算公式 .....	206
(二) “三期”女职工产假一览表 .....	207
(三) 深圳市历年最低工资标准(1992 年至 2016 年) .....	208
(四) 加班工资计算标准 .....	209
(五) 深圳市历年在岗职工平均工资(1999 年至 2015 年) .....	210
(六) 带薪年假天数与工资计算公式 .....	211
(七) 高温津贴发放标准 .....	213
(八) 经济补偿金缴纳个人所得税计征标准 .....	214
(九) 新法、旧法关于支付经济补偿金法定情形的前后对比 .....	216
(十) 患病或非因工负伤医疗期及工资规定(2016 年度) .....	220
(十一) 深圳市社会保险、公积金缴费基数和比例统计表 .....	221
(十二) 因病或非因工死亡赔偿标准(2016 年度) .....	222
(十三) 非法用工伤亡一次性赔偿标准(2016 年度) .....	223
(十四) 深圳市因工伤残或死亡的赔偿标准(2016 年度) .....	224
(十五) 工伤认定流程图 .....	226
(十六) 因工伤残、非法用工初次劳动能力等级鉴定流程图 .....	227
(十七) 劳动人事争议仲裁流程图 .....	228

## 一、人职管理

### (一) 用人单位滥用知情权构成就业歧视的,需承担赔偿责任

#### 1. 前言

在招聘新员工时,用人单位依法对应聘劳动者的身体状况享有知情权,为避免员工患有潜在的疾病或职业病给未来的用工带来的风险和成本,用人单位有权要求应聘者提供正规的体检报告,或者要求应聘者到指定医院参加体检。但如果用人单位滥用知情权,对某些应聘者构成就业歧视的,需按照《劳动法》《就业促进法》等法律、法规的规定,就应聘者的损失承担赔偿责任。

#### 2. 真实案例

[本案引自深圳市中级人民法院(2014)深中法民终字第1017号民事判决书]

##### (1) 案情概述

2013年11月8日,中某通讯股份有限公司(以下简称中某公司)通过电子邮件向衣某发送《录用通知书》,承诺录用衣某到中某公司工程服务处第二营销事业部从事“工程设计”工作。入职后试用期为3个月,试用期的月薪为税前6640元,并通知衣某参加体检并于2013年11月22日到中某公司处办理入职手续。

2013年11月22日,衣某从嘉兴至深圳到中某公司处办理入职手续时,中某公司却拒绝录用衣某,原因是衣某两次体检结果均显示其肺部存在学名为“肺纤维化病灶”的病症。

## 2 | HR 应当知道的劳动法

衣某认为,中某公司没有在招聘时告知患有“肺纤维化病灶”不符合入职条件,在报到入职时却以患有“肺纤维化病灶”为由拒绝录用,属于就业歧视。衣某向法院提起诉讼,要求中某公司赔偿应聘过程中的误工费、检查费、学历认证费、交通费、住宿费共计 25,410 元。

### (2) 裁判结果

深圳市南山区人民法院一审认为,中某公司侵犯了衣某的平等就业权,构成就业歧视,应当承担相应的民事责任,赔偿误工费、检查费、学历认证费、交通费和住宿费。但衣某主张的数额中存在不合理成分,法院酌定赔偿额为 7880 元。

一审判决后,衣某认为一审法院支持的数额过低,向深圳市中级人民法院上诉。深圳市中级人民法院维持了原判。

### (3) 裁判理由

法院判决认为,本案中,中某公司没有在招聘时告知患有“肺纤维化病灶”的人不符合入职条件,在报到入职时中某公司以原告患有“肺纤维化病灶”拒绝录用原告属于就业歧视,侵犯了原告的平等就业权,中某公司应当承担相应的民事责任,对原告为应聘中某公司所支付的交通费、学历认证费、住宿费以及放弃其他工作的务工损失,中某公司应当予以赔偿。

## 3. 律师点评

北京市第一中级人民法院在李琦与北京中网在线广告有限公司一般人格权纠纷上诉案的判决中指出,“平等就业权是指求职者不因民族、性别、残疾等其他因素而在求职过程中被区别对待的权利”。其中的“等”字说明,除明文禁止的民族、种族、性别、宗教信仰就业歧视之外,基于其他因素的就业歧视,如基于求职者健康因素的差别待遇也为法律所禁止。

另外,关于单位是否有权拒绝录用乙肝病原携带者的问题,实践中也一直争议较大。为了规范和避免用人单位滥用知情权,2010 年 2 月 10 日出台了《人力资源和社会保障部、教育部、卫生部关于进一步规范入学和就业体检项目维护乙肝表面抗原携带者入学和就业权利的通知》。该通知明确规定了用人单位在就业体检中,不得要求乙肝项目检测,不得因劳动者是乙肝病原携带者而拒绝予以招用或辞退。

#### 4. HR 实务

为避免应聘者体检不符合用人单位要求、导致用人单位毁约的情况,作者建议对应聘者的体检应当先进行,在其体检结果满足用人单位要求时(即体检合格),再通过录用通知书等方式确定录用员工。

另外,HR 在招聘时,对拟录用者进行筛选时,要考虑设定的标准的合理性。例如,国家和行业是否有相关规定和要求、标准和工作是否有相关性、是否在招聘启事或者招聘过程中予以告知等。如果任意设定标准,则很可能违反了《就业促进法》,构成就业歧视。

#### 5. 法律链接

《人力资源和社会保障部、教育部、卫生部关于进一步规范入学和就业体检项目维护乙肝表面抗原携带者入学和就业权利的通知》

##### 一、进一步明确取消入学、就业体检中的乙肝检测项目

……各级各类教育机构、用人单位在公民入学、就业体检中,不得要求开展乙肝项目检测(即乙肝病毒感染标志物检测,包括乙肝病毒表面抗原、乙肝病毒表面抗体、乙肝病毒 e 抗原、乙肝病毒 e 抗体、乙肝病毒核心抗体和乙肝病毒脱氧核糖核苷酸检测等,俗称“乙肝五项”和 HBV-DNA 检测等,下同),不得要求提供乙肝项目检测报告,也不得询问是否为乙肝表面抗原携带者。……

二、进一步维护乙肝表面抗原携带者入学、就业权利,保护乙肝表面抗原携带者隐私权

……除卫生部核准并予以公布的特殊职业外,健康体检非因受检者要求不得检测乙肝项目,用人单位不得以劳动者携带乙肝表面抗原为由予以拒绝招(聘)用或辞退、解聘。有关检测乙肝项目的检测体检报告应密封,由受检者自行拆阅;任何单位和个人不得擅自拆阅他人的体检报告。

## (二) 员工学历或工作履历造假的,用人单位不得直接以欺诈为由解除劳动合同

### 1. 前言

《劳动合同法》规定,以欺诈的手段,在对方违背真实意思的情况下订立、变更劳动合同的,劳动合同无效或部分无效。同时,在劳动者存在欺诈的情形下,用人单位可以解除劳动合同且无需承担任何经济补偿金、赔偿金。实践中,某些劳动者入职时在其简历中对学历、工作履历等内容造假,夸大其词,以期获得工作机会。在这种情况下,用人单位能否以员工欺诈为由单方解除劳动合同是用工实务中一大难点。

### 2. 真实案例

[本案引自深圳市中级人民法院(2014)深中法劳终字第 2528 号民事判决书]

#### (1) 案情概述

2012 年 4 月 19 日,刘某入职玻某太阳能设备(深圳)有限公司(以下简称玻某太阳能公司),任高级质量工程师,月薪 8500 元。入职后,双方签订了劳动合同,期限为 2012 年 4 月 19 日至 2015 年 4 月 18 日。

2013 年 8 月,玻某太阳能公司得知刘某在入职时填写的工作履历涉嫌造假:刘某在上一家太阳能公司的工作年限为 8 个月,但其入职时在《应聘人员信息登记表》《员工信息登记表》等表单中均写明,刘某在上一家太阳能公司的工作年限为 19 个月。

玻某太阳能公司据此认为刘某入职期间提供虚假信息,伪造个人简历及工作背景,以不当手段赢得了入职机会。2013 年 8 月 26 日,公司向刘某发出人事资料补齐通知,要求刘某在 2013 年 8 月 27 日前提供相关人事资料,但随即于当日(即 2013 年 8 月 26 日)对刘某作出开除的处理决定。

另外,刘某因患肺结核病,从 2013 年 2 月 16 日起至 8 月 12 日止休假。



后刘某对该开除决定不服,向宝安区劳动人事争议仲裁委员会申请劳动仲裁,请求玻某太阳能公司支付解除劳动合同赔偿金 25,500 元、律师费 5000 元。

## (2) 裁判结果

深圳市中级人民法院经终审审理后认定:玻某太阳能公司单方解除劳动合同的行为缺乏事实和法律依据,且程序上存在明显瑕疵,构成违法解除,应当向刘某支付违法解除劳动合同赔偿金 25,500 元、律师费 5000 元。

## (3) 裁判理由

第一,虽然刘某提交的《应聘人员信息登记表》《员工信息登记表》中填写的信息与刘某实际工作履历之间存在出入,但玻某太阳能公司作为用人单位在聘用刘某时有审核刘某入职信息真实性的义务。在刘某已经入职一年以上且并无证据证明刘某存在不胜任工作岗位的情况下,玻某太阳能公司以刘某“入职期间提供虚假信息,伪造个人简历工作背景,以不当手段赢得了入职机会,严重违反公司规章制度”为由解除与刘某的劳动合同关系显然缺乏充分的事实依据和法律依据。

第二,玻某太阳能公司作为用人单位,于 2013 年 8 月 26 日向刘某发出人事资料补齐通知,要求刘某 2013 年 8 月 27 日前提供相关人事资料,但随即于当日(即 2013 年 8 月 26 日)对刘某作出开除的处理决定。依法,用人单位单方解除劳动合同,对劳动者的工作、生活将产生重大影响,因此应当遵循慎重的原则。本案用人单位在给予劳动者一定期限以补充人事资料后,随即违反自己规定的期限,于当日即以“刘某入职期间提供虚假信息,伪造个人简历工作背景,以不当手段赢得了入职机会,严重违反公司规章制度”为由作出开除处理,在程序上存在明显的瑕疵。

## 3. 律师点评

用人单位在解除与简历造假员工的劳动关系时,可以考虑选择或同时依据《劳动合同法》第三十九条第(二)项、第(五)项的规定。《劳动合同法》第三十九条第(二)项和第(五)项规定:员工严重违反用人单位规章制度;劳动者使用欺诈、胁迫的手段使用用人单位在违背真实意思的情况下订立劳动合同的,用人单位可以单方解除与其的劳动合同。因此,对于提交虚假简历的员工,公司可以同时或选择适用这两款规定单方解除与其的劳动合同。

## 6 | HR 应当知道的劳动法

在证明员工严重违纪时,公司要证明:

- ①员工存在违纪事实;
- ②公司有经过民主和公示程序的有效规章制度(如《员工手册》等);
- ③该有效的规章制度规定了提交虚假简历的行为将被视为严重违纪,公司有权单方立即解除劳动合同;
- ④员工存在不能胜任工作的事实,即员工并非如其简历描述的那样可以胜任岗位。

### 4. HR 实务

用人单位在单方解除与简历造假的员工之间的劳动合同时,为避免违法解除的法律风险,用人单位在实务操作中需要特别注意以下几点:

一是员工在与公司签订劳动合同时,存在有意告知公司虚假情况或故意隐瞒真实情况的欺诈行为,并且公司受该欺诈行为的影响,在违背真实意愿的情况下才与员工订立劳动合同。

二是公司需要注意保存证据证明造假的简历是由员工本人提交,并且员工明知该简历存在虚假内容。

公司可以在招聘新员工时,要求员工在打印版的简历上签字,声明该简历为员工本人提交,并承诺所有内容均为真实、有效、准确的。如此一来,如果发生争议,员工则难以否认简历是由其提供或者辩称其不知道简历有虚假内容。

三是在招聘新员工时,公司需尽到审查和注意的义务。

公司在招聘新员工,尤其是岗位比较重要的员工时,应对员工进行背景调查,以核实员工简历的真实性。如果公司在尽到合理的审查和注意义务后,仍然未能发现员工简历中的虚假内容,则公司也可以据此抗辩员工故意欺瞒的行为事实确凿,公司不存在审查不严之疏忽。

四是公司需要证明虚假简历的内容影响了员工工作的履行。

如果员工只是“夸大”了部分事实且不影响员工的工作能力和技能,并且公司在员工入职后较长一段时间后才发现员工简历造假从而解除劳动合同的,则一般认定公司的解除行为违法。

## 5. 法律链接

### 《劳动合同法》

**第二十六条** 下列劳动合同无效或者部分无效：

(一)以欺诈、胁迫的手段或者乘人之危,使对方在违背真实意思的情况下订立或者变更劳动合同的；

(二)用人单位免除自己的法定责任、排除劳动者权利的；

(三)违反法律、行政法规强制性规定的。

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。

**第二十七条** 劳动合同部分无效,不影响其他部分效力的,其他部分仍然有效。

**第二十八条** 劳动合同被确认无效,劳动者已付出劳动的,用人单位应当向劳动者支付劳动报酬。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。

**第八十六条** 劳动合同依照本法第二十六条规定被确认无效,给对方造成损害的,有过错的一方应当承担赔偿责任。

## (三) 条款完备的录用通知书具备法律效力,用人单位毁约应承担赔偿责任

### 1. 前言

经过前期面试、笔试等招聘环节后,用人单位一般会给拟录用的应聘者发出录用通知书(offer letter)。一份条款完备的录用通知书中一般包括工资待遇、合同期限、试用期、社会保险、福利待遇、入职时间等与工作相关的主要事项。我国现行的《劳动合同法》等相关法律、法规中对录用通知书的性质和效力未做明确规定。因此导致很多用人单位的HR误以为录用通知书不是正式的劳动合同,没有法律效力。这些HR在录用通知书的设计、发送和撤销等方面没有规范的操作方式,因此引发的劳动争议大量存在,这些用人单位也因为这些不规范的操作而承担了不必要的损失。

## 8 | HR 应当知道的劳动法

### 2. 真实案例

[本案引自深圳市中级人民法院(2013)深中法劳终字第1574号民事判决书]

#### (1) 案情概述

2012年9月17日,深圳市汇某科技股份有限公司(以下简称汇某公司)通过电子邮件向蒋某红发出录用通知书,其中写明入职时间为2012年10月中旬,合同期限三年,试用期三个月,试用期月薪12,500元,转正后月薪12,500元;该通知书同时对工作时间及其他福利进行了规定。

在汇某公司发出上述录用通知书的第二天,汇某公司向蒋某红发出电子邮件称公司要求变更入职时间为9月底,否则会考虑另一个人选。蒋某红则回复电子邮件称最早10月15日入职,要求公司按照录用通知书中规定的内容执行。汇某公司答复称10月15日太晚了,工作不等人,如果时间配合不了就只能放弃。

2012年10月10日,蒋某红所在的原公司出具离职证明,与蒋某红正式解除劳动关系。当蒋某红持上述录用通知书去汇某公司报到时,汇某公司称因蒋某红未在规定时间内报到,公司已安排其他人承担了该份工作。

2012年10月11日,蒋某红以汇某公司的违约行为导致其失去原有工作为由,向深圳市劳动人事争议仲裁委员会申请仲裁,要求汇某公司支付违法解除劳动合同的赔偿金12,500元。

#### (2) 裁判结果

该案经深圳市中级人民法院终审判决认定:汇某公司在未与蒋某红协商一致的情况下,单方面改变约定的入职时间,导致双方订立的劳动合同无法实际履行,依法应支付蒋某红相当于一个月工资标准的赔偿金(即12,500元)。

#### (3) 裁判理由

法院作出上述判决的理由如下:

第一,双方的劳动合同已成立。

法院认为,汇某公司于2012年9月17日以电子邮件的方式向蒋某红发出录用通知书。该通知书明确汇某公司同意录用上诉人蒋某红,同时该通知书明确了蒋某红的工作部门、职位、入职时间(2012年10月中旬)、合同期限(三年)、试用期(三个月)、试用期月薪(12,500元)、转正后月薪(12,500

元)、工作时间及其他福利等内容。因此,该通知书表明双方当事人已于2012年9月17日就双方建立劳动合同关系达成合意,虽然尚未正式签订书面劳动合同,但双方的劳动合同至此已通过双方的要约、承诺达成合意而成立。

第二,双方劳动关系未能建立的责任在于汇某公司。

本案双方当事人订立劳动合同后,蒋某红未到汇某公司实际工作。根据《劳动合同法》第十条第三款的规定:“用人单位与劳动者在用工前订立劳动合同的,劳动关系自用工之日起建立。”因此,本案双方当事人之间并不存在劳动关系。双方劳动合同成立后未能建立劳动关系的原因,在于汇定公司在未与蒋某红协商一致的情况下,改变了双方原定的入职时间(原定入职时间为2012年10月中旬,后汇某公司要求蒋某红在2012年9月底入职)。

《深圳经济特区和谐劳动关系促进条例》第十七条第二款的规定:“用人单位与劳动者在用工前订立劳动合同,尚未用工,用人单位违法解除劳动合同,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无法履行的,用人单位应当支付劳动者相当于一个月工资标准的赔偿金和为订立、准备履行劳动合同而支出的必要费用。”

本案由于汇某公司在未与蒋某红协商一致的情况下,单方面改变约定的入职时间,导致双方订立的劳动合同无法实际履行,但考虑到汇某公司在发出录用通知的次日即提出了变更入职时间的邮件,法院酌情认定汇某公司应当按照上述规定,向蒋某红支付相当于一个月工资标准的赔偿金(12,500元)。

### 3. 律师点评

本质上,劳动合同也是合同,同样需遵守合同订立的一般规律。根据《合同法》的规定,合同通过要约、承诺的方式订立。发出的要约内容需具体明确,要约中需表明经受要约人承诺,要约人即受该意思表示的约束。受要约人一旦作出有效的承诺,合同即告成立并产生法律约束力。

从上述规定可以看出,条款完备的录用通知书符合要约的全部特征:由公司向应聘者发出,明确包含了与应聘者工作相关的全部主要信息。因此,一份包含工资待遇、试用期、福利待遇、报到时间等与工作相关事项的录用

通知书,司法实践中一般被认定为用人单位向拟录用员工发出的工作“要约”。如果拟录用员工接受了该工作“要约”,那么该录用通知书对用人单位和拟录用员工均产生法律约束力,任何一方违反要约内容都应当承担违约责任。

基于立法本意,劳动法更倾向于保护劳动者的合法权益。因此,在用人单位违约的情形下,劳动者享有是否要求继续履行合同的选择权。《深圳经济特区和谐劳动关系促进条例》第十七条第二款的规定便是这一理念在地方立法中的具体体现。

#### 4. HR 实务

用人单位发放录用通知书的实务操作指引。

##### (1) 录用通知书的制作

①录用通知书应当明确应聘者承诺回复的期限,如果应聘者没有按期回复确认,那么用人单位有权取消该职位或另寻他人。

②录用通知书应当明确违约责任,双方按照录用通知书载明的事项达成合意后,应聘者未在通知书规定的时限内报到,用人单位可以要求其承担违约责任。

③录用通知书中应当逐列明不予录用的除外情况,以确保用人单位的录用主动权。因为录用通知书一旦发出即具有法律效力,用人单位不得随意变更内容。

##### (2) 录用通知书的发放

①用人单位应当在明确录用该应聘者之后,再向其发出录用通知书。

②建议用人单位在入职体检合格后再发放录用通知书。这样,用人单位既可以根据体检结果来决定是否录用该应聘者,又能够避免因就业歧视引发劳动争议。

#### 5. 法律链接

##### (1)《深圳经济特区和谐劳动关系促进条例》

**第十七条** 用人单位与劳动者在用工前订立劳动合同,尚未用工,有《中华人民共和国合同法》第四十条第(三)项、第四十一条第一款第(一)、(二)、(三)、(四)项规定情形之一的,用人单位可以提前通知劳动者

解除劳动合同,不需支付经济补偿,但应当支付劳动者为订立和准备履行劳动合同而支出的必要费用。

用人单位与劳动者在用工前订立劳动合同,尚未用工,用人单位违法解除劳动合同,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无法履行的,用人单位应当支付劳动者相当于一个月工资标准的赔偿金和为订立、准备履行劳动合同而支出的必要费用。

用人单位与劳动者在用工前订立劳动合同,尚未用工的,劳动者可以提前通知用人单位解除劳动合同。

## (2)《合同法》

**第十三条** 当事人订立合同,采取要约、承诺方式。

**第十四条** 要约是希望和他人订立合同的意思表示,该意思表示应当符合下列规定:

(一)内容具体确定;

(二)表明经受要约人承诺,要约人即受该意思表示约束。

**第二十一条** 承诺是受要约人同意要约的意思表示。

**第二十二条** 承诺应当以通知的方式作出,但根据交易习惯或者要约表明可以通过行为作出承诺的除外。

**第二十五条** 承诺生效时合同成立。