

中国人事法务师培训指定教材
HR俱乐部、劳动法在线

联合强力推荐

劳动合同法下的人力资源管理流程再造

增订4版

肖胜方 主编

HHR

通俗化解读 案例化叙述
对策化分析 实战化操作

- ☑ 企业人力资源培训最佳参考
- ☑ 涵盖最新劳动立法全部内容
- ☑ 人力资源管理流程优化再造
- ☑ 列举劳动争议预防最全对策

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

劳动合同法下的人力资源管理流程再造

增订4版

肖胜方 主编

执行副主编：刘继承

副主编：周贤日 邓娟

撰稿：肖胜方 刘继承 周贤日 邓娟 曾跃
高鹏飞 黄梦燕 江点序 郑贤春 王肇文
罗彦斌 白雪 何咪咪

统稿、修改：肖胜方 刘继承 周贤日 邓娟 高鹏飞

图书在版编目 (CIP) 数据

劳动合同法下的人力资源管理流程再造 / 肖胜方主编. —4 版 (增订本). —北京: 中国法制出版社, 2016. 7

ISBN 978 - 7 - 5093 - 7671 - 3

I. ①劳… II. ①肖… III. ①人力资源管理 - 劳动合同法 - 基本知识 - 中国 IV. ①D922. 52

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2016) 第 170025 号

责任编辑 胡 艺 (ngaihu@gmail.com)

封面设计 杨泽江

劳动合同法下的人力资源管理流程再造

LAODONG HETONGFA XIA DE RENLIZIYUAN GUANLI LIUCHENG ZAIZAO

主编/肖胜方

经销/新华书店

印刷/三河市紫恒印装有限公司

开本/730 毫米 × 1030 毫米 16 开

版次/2016 年 10 月第 4 版

印张/26.5 字数/468 千

2016 年 10 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978 - 7 - 5093 - 7671 - 3

定价: 68.00 元

北京西单横二条 2 号

邮政编码 100031

网址: <http://www.zgfzs.com>

市场营销部电话: 66033393

值班电话: 66026508

传真: 66031119

编辑部电话: 66034985

邮购部电话: 66033288

(如有印装质量问题, 请与本社编务印务管理部联系调换。电话: 010 - 66032926)



肖胜方

暨南大学MBA，中国人民大学民商法研究生，现任全国律协劳动与社会保障法专业委员会副主任，广东省律师协会副会长，广州市律师协会副会长，广东省法学会劳动关系研究会副会长，中国人民大学劳动法和社会保障法研究所研究员，中国人民大学律师学院兼职教授，广东省雇主工作联席会议副主任兼法律顾问，广州市人民政府法律咨询专家，政协广州市委员会法制工作顾问，广东胜伦律师事务所主任。曾经分别担任广州市律师协会和广东省律师协会劳动法专业委员会主任。

荣获全国五一劳动奖章、全国维权十大杰出律师、广州市十大杰出青年、广东省优秀律师、广州市十佳律师等荣誉称号，带领事务所荣获全国优秀律师事务所以及广州市规范律师事务所等称号。

长期从事劳动法理论与实务操作，曾作为执行副主编参与《劳动合同法理解与适用指导丛书》《劳动争议调解仲裁法理解与适用指导丛书》的编撰；曾参与《最高人民法院劳动争议案件司法解释释义与案解》的编撰；曾先后作为广东省、广州市律协的代表就《劳动合同法》《劳动合同法实施条例》《劳动争议调解仲裁法》《就业促进法》等立法多次向全国各级立法机关提交立法建议并有不少被采纳。

曾处理众多重大疑难复杂的群体性案件，为企业改制、破产重组、解散过程中员工安置工作提供法律意见；擅长针对劳资领域热点难点问题为企业进行人力资源管理的法律策划；《劳动合同法》颁布后，为用人单位应对新法提供整体解决方案，有效降低企业运营风险；主讲了三百余场《劳动合同法》等劳动法律法规专题讲座，受众三万余人。



刘继承

首届广东维权十大杰出律师，广州市优秀律师，全国律协劳动与社会保障法专业委员会委员，广东省律师协会劳动法律专业委员会主任，中国人民大学律师学院兼职教授，广东省社会法学研究会副会长，广东省雇主工作联席会议副主任、广东省劳动法律事务律师专家库首批专家，民进广州市委参政议政工作委员会委员副主任，广州市特邀监察员，广东省总工会和广州市总工会专家顾问，广东胜伦律师事务所副主任、高级合伙人、劳动法律事业部总监。

刘律师多年来专注于劳动法领域的理论研究与法律实践，具备深厚的理论功底和丰富的办案经验，长期为世界500强企业、大中型国企和知名民企提供劳动与人力资源管理法律服务，特别擅长处理重大、疑难、复杂的劳动纠纷以及群体性劳动争议案件。

刘律师曾先后参与起草全国、广东省和广州市三级律协律师办理劳动法律业务操作指引等指导律师办理劳动法律业务的行业规范；担任中国人民大学律师学院兼职教授，多次为律师同行、上市公司、外资企业、大型国企、知名民企、工会和社会组织讲授劳动法理论与实务课程；办案之余，笔耕不辍，出版的专著和发表的论文先后荣获“中国律师论坛优秀论文奖”“全国律师协会优秀论文奖”“广州市律师协会理论成果奖一等奖”等奖项。

刘律师因参政议政工作突出，先后多次获得民进全国先进个人、民进中央参政议政成果一等奖和全国政协优秀社情民意信息、民进广东省委优秀提案特等奖、民进广东省委参政议政先进个人，连续六年获得民进广州市委“议政调研突出贡献奖”等表彰。2014年撰写的社情民意信息《尽快厘清并解决社会保险历史欠账问题，预防群体劳动纠纷》获国家领导人批示，并获2014年民进中央参政议政成果一等奖，为民进广州市委和民进广东省委首次获此殊荣。

第四版序言

本书自2008年11月出版以来，受到各界好评，半年光景即告脱销。2011年3月再版，不久再次脱销。2013年1月增订第三版，前不久，本书编辑与我们联系，告知第三版也早已脱销，大家很期待，希望增订第四版。

据本书编辑介绍，市面上劳动法著作能再版的已经不多，像本书这样一直增订到第四版的更加凤毛麟角。我感到非常欣慰，因为自己以及各位作者多年来在劳动法领域的辛勤耕耘持续得到了市场的检验和认可，读者的厚爱是对我们最大的鼓励和肯定。

本次增订第四版，除了对原书稿的部分内容查缺补漏之外，专门针对《劳务派遣暂行规定》的最新规定，对增订第三版时新增的“劳务派遣用工管理流程再造”专章内容进行了大幅修订。

不得不说的是，本书得以顺利出版、再版、增订第三版和增订第四版，本书编辑做了大量工作，在此表示特别感谢。此外，高鹏飞律师承担了本书增订第四版的大部分修订工作，在此一并表示感谢。

受到经济大环境影响，2015年下半年以来，企业面临更加严峻的经营和生存压力，关闭、停业、并购、转型更加频繁，大批裁员成为企业“断臂求生”的无奈选项。自2008年劳动合同法施行以来，劳动争议纠纷数量出现井喷，至2008年下半年达到顶峰，自2009年开始又逐渐回落。据人社和工会系统反馈，2015年劳动争议纠纷总量已经逼近2008年，群体性劳动争议纠纷早发、高发已是不争的事实。在此背景下，企业人力资源管理的规范、合理和有序更加重要，如何在降低用工成本的同时有效防范法律风险是摆在人力资源管理者面前的一个重要问题，希望本书增订第四版能够略尽绵力。

是为第四版序。

肖胜方

二〇一六年于广州

第三版序言

肖胜方

本书自2008年11月出版以来，受到各界好评，半年光景即告脱销。2011年3月，在中国法制出版社刘峰编辑的再三催促下，本书增订版正式与读者见面，不久后再次脱销，很多读者希望尽快出第三版。但是，由于我在当选广东律协和广州律协副会长后工作更加繁忙，也希望多花些时间再对原书稿进一步查缺补漏，又适逢《劳动合同法修正案（草案）》正在审议中，因此我便与刘峰编辑商定，待该草案通过后再出第三版。2012年12月28日，《劳动合同法修正案》通过并正式对外公布，本书第三版亦随之付梓。

据刘峰编辑介绍，目前市面上关于劳动法的著作很多，但是能再版的并不多，能第三版的更加少之又少，本书算是为数不多的一本，很多读者、人力资源公司和法律培训机构都非常期待本书第三版的问世。

本次修订第三版，除了对原书稿的部分内容查缺补漏之外，还专门针对《劳动合同法修正案》的最新规定，特别增加了“劳务派遣用工管理流程再造”专章内容，对劳务派遣的制度价值、立法解读、实践中存在的问题以及应对措施等进行了详细的论述。

在我国，劳务派遣用工形式最早见于外国企业驻中国办事处或外国驻中国的使领馆等机构，由于上述主体在我国不具备合法用工主体资格，需要由人事代理中介机构与劳动者签订劳动合同，再将其派遣到上述主体工作，当时的劳务派遣更多是基于国家安全和特定历史条件的需要。

1994年《劳动法》出台之后至2008年《劳动合同法》出台之前，随着社会经济的快速发展，劳务派遣这种用工形式在降低用工和管理成本方面的优势逐渐显现，劳务派遣用工也逐渐增多。但是，由于我国关于劳务派遣的立法相对滞后，实践中操作很不规范，也产生了不少法律问题。

2008年出台的《劳动合同法》专门对劳务派遣进行了规定，立法本意是将劳务派遣用工界定为劳动合同用工的补充形式之一，原本以为劳务派遣用工会大幅减少，结果事与愿违。究其原因，《劳动合同法》出台后，企业用工风险进

一步加大，由于劳务派遣存在用工灵活便利以及能降低管理成本和切割用工风险等诸多优势，同时，通过劳务派遣这种“有劳动，没关系”的用工形式，企业还可以有效规避关于无固定期限劳动合同的规定。因此，劳务派遣用工一度呈井喷之势，俨然成为一种大规模、大范围使用的用工形式，在一定范围内甚至已经改变或取代了传统的用工形式。这些大量增加的劳务派遣，很多并不符合劳务派遣的立法本意，引发了诸如长期派遣、全员派遣、异地派遣、逆向派遣、同工不同酬等问题。

2008年和2011年，全国人大常委会《劳动合同法》执法检查组两次赴全国各地开展《劳动合同法》执法检查，两次都将劳务派遣作为重点检查内容之一。2012年3月，吴邦国委员长在向全国人大常委会做工作报告时也专门提到要进一步规范劳务派遣用工形式，加强对用工单位和派遣单位的监督管理。在此背景下，《劳动合同法修正案》应运而生。

《劳动合同法修正案》在劳务派遣用工的行政许可，同工同酬，临时性、辅助性和替代性（以下简称“三性”）的界定以及违法劳务派遣的法律责任等方面亮点颇多，但是仍然存在一些值得探讨的问题。比如“三性”之间的关系问题，笔者认为，临时性应当是适用劳务派遣的充分必要条件，也应当是最核心和最重要的条件。立法规定“三性”的原因可能在于，实践中符合临时性的岗位往往会出现在辅助性或替代性的岗位中。但是，由于立法规定了“三性”，对于“三性”之间的关系如何理解就存在一定的争议。全国人大常委会的官方解释是只要满足其一即可，但是如果在辅助性岗位适用劳务派遣可以不受临时性的限制，那么很可能将出现长期派遣的情况，这是否符合劳务派遣制度的设计本意有待商榷。

应当说，劳务派遣制度在社会人力资源的优化配置方面有其存在的价值，只不过由于我国此前关于劳务派遣的立法体系尚不完善，导致实践中产生了不少问题。笔者相信，《劳动合同法修正案》的出台将有利于进一步规范劳务派遣用工形式，逐步引导其为我国经济和社会发展发挥应有的价值。

不得不说的是，本书得以顺利出版、再版和出版第三版，刘峰编辑做了大量工作，在此对他表示特别感谢。

岁末年初，群体性劳动争议纠纷不断出现。希望本书的第三版，能够继续引导企业人力资源管理更加规范、合理和有序，进一步切实有效降低企业用工成本和法律风险，为促进和谐稳定的劳动关系贡献一份力量。

是为第三版序。

再版序言

肖胜方

本书自2008年11月出版以来，受到各界好评，半年光景即告脱销，中国法制出版社刘峰编辑再三催促我修订再版，无奈工作繁忙，一拖再拖，再版直到今日才与读者见面。

随着中国经济的飞速发展，劳资矛盾日益突出，劳资案件呈井喷之势，加上近年来一批重要劳动法律法规的密集出台，劳动法炙手可热渐成显学，大量的讲课邀请和劳动法理论与实务研讨会让我应接不暇，数年间我主讲了两百余场《劳动合同法》专题讲座，受众两万余人。很多人说我有战略眼光，一早就认准劳动法的发展前景，但我内心深知，干一行爱一行的敬业精神才是我从事劳动法领域的真正缘由。回想十多年前执业之初，我并不是专业做劳动法案件的律师，偶然接到几件劳动法的案子，我尽心尽力维护当事人的合法权益，获得当事人的好评，在劳动法方面的成绩逐渐在律所及业内传开，也才逐渐与劳动法结下了不解之缘。为了使这些夸奖名副其实，我刻苦钻研劳动法专著和劳动法经典案例，数年间代理了大量劳动法案件，终于在劳动法领域小有所成。

机会只光顾有准备的人。2002年，我负责筹备组建了广州市律师协会劳动和社会保障法律专业委员会，并连续担任三届该委员会主任至今。2005年，我负责筹备组建了广东省律师协会劳动法律专业委员会，并连续担任两届该委员会主任。同样是2005年，我创办了广东胜伦律师事务所并担任主任至今，践行“公司化运作，专业化分工，规范化管理”的经营理念 and “超越客户期望，成就卓越客户”的服务理念，胜伦所发展迅速，客户成几何级数增长，知名度和美誉度在广州业内均名列前茅。2008年，在中华全国律师协会劳动与社会保障法专业委员会年会上，我被推选为该委员会的副主任，在工作中与姜俊禄主任、王建平副主任、马建军副主任、张照东副主任、王杰秘书长及其他各位委员结下了深厚的友谊，并从他们身上获益良多。几年来，我与全国、广东省、广州市三级律协的劳动法委员会和胜伦所一起收获一起成长，没有这几年的历练，便没有今天的我，也没有这本书。一系列的荣誉让我倍感自豪，也激励我继续

前行。

本书出版之后，不仅深受企业人力资源管理人员的热烈追捧，得到法官、仲裁员、劳动行政部门和工会工作人员的交口称赞，被广州市律师协会评为2008年度理论成果一等奖，而且赢得了众多律师同行的良好口碑，山东济南刘振波律师和新疆乌鲁木齐部分律师的评价便是其中两例。

刘振波律师是山东中强律师事务所副主任和合伙人，常年关注并致力于劳资案件的理论研究和实务代理，2009年7月，借着到广东汕头开庭的机会，专程飞往广州与我见面。据其本人介绍，本书实务性很强，对他有很大启发，他在阅读本书的过程中还做了上万字的读书笔记，既然来到广东一定要来拜会我，跟我当面交流。我听后感动之余，也对刘振波律师对劳动法的热情和在劳动法领域的专业水准表示钦佩。

2009年11月，新疆乌鲁木齐律师代表团共36人不远万里来到广州，与广州律协开展为期20天的交流学习活动，我作为授课老师应邀为乌鲁木齐律师代表团讲授《劳动合同法》实施过程中的热点、难点和焦点问题。课后，乌鲁木齐多位律师希望我签赠本书，因为本书早已脱销，我手头也所剩不多，当时只赠送了三本。后来，在乌鲁木齐市律师协会的答谢宴会上，有几位乌鲁木齐律师向我敬酒时再次表达对本书的肯定，我深受感动并主动提出再多送几本，谁知他们告诉我有很多人已经每人复印了一本……

本书获得如此赞誉的原因主要在于，本书在《劳动合同法》、《劳动争议调解仲裁法》、《劳动合同法实施条例》等一批重要劳动法律法规密集出台后，结合新法的最新规定，面对企业人力资源管理迫切需要及时有效法律应对的现实情况，第一时间提出专业化、系统化、针对性强的人力资源管理流程再造建议，把实务性和可操作性放在首位，这也是本书相较其他同类劳动法学专著的一大亮点。

本书出版两年来，关于劳动争议的司法实践不断发展变化，新型的劳动争议案件层出不穷，尤其以《社会保险法》为代表的一批新的法律、司法解释和地方规范性法律文件的出台，给企业人力资源管理带来了新的挑战。本次再版，我们针对上述最新变化，结合两年多来的办案经验和切身体会，对本书做了相应修订和完善，同时将人力资源管理中容易出现的问题进行归纳和整理，编制成“人力资源管理法律健康体检表”，以便企业体检自测，防范和避免相关法律风险。但是，基于劳动立法地域性较强的特点，有些事项在国家层面只能进行原则性规定，这一方面有利于各地因地制宜，制订适合地方的具体规定，另一方面也造成各地关于劳动争议司法实践的不统一。由于精力有限，我们很难兼

顾所有地方的特殊情况，因此特别提醒读者，地方的劳动争议还需参考地方的具体规定和审判精神。

本书的顺利出版和再版得益于刘峰编辑不厌其烦的提醒、催促和鼓励，在此对他表示感谢和歉意。

与我并肩战斗的其他几位作者为了保证书稿进度，推掉很多繁重的工作，为本书付出了艰辛的劳动。回想本书撰写期间，我们每周召开一次碰头会，梳理写作思路、探讨疑难问题、交流写作心得，每次会议都由下午持续到深夜，很多思想的火花都是在互相探讨中逐渐形成的。总之，本书是大家集体智慧的结晶。

国际金融危机已渐行渐远，社会经济也在逐渐复苏，但是劳资关系依然紧张，企业依然面临诸多挑战。就在本书修订再版期间，富士康连环坠楼事件、佛山南海本田工人罢工事件等不和谐因素仍不时出现，社会各界均对此深表关切。希望本书的再版，能够切实引导企业人力资源管理更加规范、合理和有序，切实有效降低企业用工成本和法律风险。

是为再版序。

二〇一一年二月于广州

初版序言

黎建飞*

《劳动合同法》的施行，在平衡劳动关系双方权益、建立稳定和谐的劳资关系的同时，也对用人单位的人力资源管理带来了巨大的影响。

在这部法律中，有些条文明显考虑了用人单位有效地进行人力资源管理的权利，有些为了解决用人单位自《劳动法》实施以来所遭遇困惑的条文也为人力资源管理提供了方便。新颁布实施的《劳动合同法实施条例》对于《劳动合同法》在立法与实施中出现的问题采用了多种处理方式。例如，对于“无固定期限劳动合同”条款，在坚持无固定期限劳动合同并不意味着是一种“铁饭碗”的立法理念的同时，把用人单位可以解除包括无固定期限劳动合同的十四种情况一一罗列出来，引导社会成员正确解读出无固定期限合同不是“铁饭碗”的立法含义。对于劳动者拒签劳动合同这一有悖立法本意的行为以第五条来加以矫正。尤其明确了用人单位违反《劳动合同法》的规定解除或者终止劳动合同，依照《劳动合同法》的规定支付了赔偿金的，不再支付经济补偿等。这些新规会帮助人力资源管理者正确理解和运用《劳动合同法》，依法进行有效管理。

人力资源管理的最佳模式是让用人单位充分有效地进行人力资源的发展和规划，终极目标则是实现人力资源管理部门在员工素质管理、薪资管理、绩效考核等方面的最佳配置。企业的员工承载的是企业士气，是企业凝聚力和活力的源泉。人力资源管理的凝集功能在于使员工对企业产生归属感和共同体意识。本书运用《劳动合同法》和《劳动合同法实施条例》对人力资源管理的机制、规则和原理进行分析，同时根据企业的具体情况和需求，提供创建科学的考核制度、灵活的分配机制、公平的用人机制、终身教育的培训机制等范式，从而能够使员工工作在简单而真诚的人际关系中，在上下级、同级关系中和谐融洽愉快地工作。

* 中国人民大学法学院教授、博士生导师、民商事法律科学研究中心劳动和社会保障法研究所所长。

主编肖胜方是中华全国律师协会劳动法专业委员会委员，同时身兼广东省律师协会劳动法律专业委员会主任和广州市律师协会劳动和社会保障法律专业委员会主任之职，并具有暨南大学工商管理硕士学位，是广东省著名的劳动法律师、广州市十佳律师，在劳动法方面具有较深的理论功底和丰富的实践经验，参与了《广东省劳动合同管理规定》、《广东省工资支付条例》等地方法规、规章的立法调研与研讨，并负责制定了《广东省律师协会代理劳动争议仲裁案件操作指引》。在《劳动合同法》及《劳动合同法实施条例》的起草过程中，带领广东省与广州市两级律师协会劳动法专业委员会提出了很多有见地的意见。在《劳动合同法》出台伊始，他在第一时间解读出该法第十四条第三款第（三）项的表述会产生歧义，足见他敏锐的洞察力和深厚的理论功底。针对用人单位就劳动者拒签劳动合同的防范之策，他也前瞻性地指出其中的潜在风险。对《劳动合同法实施条例》中相关条文的准确解读为他的专业能力提供了很好的证明。而“劳动力市场会出现‘王海’现象”的预期、“立法不应对劳动力资源稀缺的行业缺乏调整”的提醒、“违法用工成本增加的同时，守法者软性、间接用工成本也在增加”的忧虑无不体现出他高水准的专业素养。

主编所在的胜伦律师事务所是广东省和广州市在劳资纠纷方面的专业型律师事务所，经常组织讲授劳动人事管理方面的法律实务，密切关注在劳动立法和实施中的热点和难点问题，并多次联合相关部门、机构和高等院校召开专业性的学术及案例研讨会，如飞行员辞职的法律问题、洋快餐用工问题与兼职劳动者的法律保障、“三金”赔偿中的法律实务、劳动定额与劳动合同解除、带薪年假等，这些活动既为本书提供了鲜活的第一手资料，也保证了本书在适用中的前沿性和时效性。广东胜伦律师事务所还多次因承办群体性劳动争议案件而获得广东省律师协会与广州市律师协会“维护社会稳定奖”的表彰。值得一提的是，本书的七位作者中，有五位来自广东胜伦律师事务所，也足以体现该所在劳动法律事务方面的实力。

本书其他作者也是来自广东的劳动法专业律师，均为广东省律师协会劳动法律专业委员会和广州市律师协会劳动和社会保障法律专业委员会的委员。他们长期从事劳动法相关领域的业务，既代理了大量的劳资纠纷案件包括群体性案件，也担任包括各类企业在内的用人单位的常年法律顾问，对作为劳动关系双方的劳动者与用人单位的情况都有非常深入的了解；他们既熟悉劳动法律法规，又了解企业的人力资源管理的具体情况，集理论研究与实践经验为一身。他们总结网(www.docer.com)商家电子在诸多问题，尤其是《劳动合同法》施行后企业面临的新问题，提出了具有实操性的意见；并结合《劳动合同法》及配

套规定，针对包括人力资源管理者在内的社会成员理解上的误区，分析了人力资源管理存在的问题，提出了人力资源管理流程再造的具体建议。

更为难得的是本书所分析的问题和所列举的案例大多来自法律实务、来自于他们亲历亲为、尽心尽力承办过的真实案件，从而为劳动法律的研究、适用提供了独特的视角，是一本劳动法领域实务性较强的专业读本，更是一本对人力资源管理实用性极强的法律指南。

二〇〇八年十月于北京

总 目 录

第一章	招聘与录用管理流程再造	1
第二章	劳动合同管理流程再造	65
第三章	劳务派遣用工管理流程再造	94
第四章	非典型劳动关系管理流程再造	137
第五章	工资福利管理流程再造	157
第六章	工时制度与休息休假管理流程再造	199
第七章	社会保险管理流程再造	221
第八章	员工培训、保密与竞业限制管理流程再造	259
第九章	规章制度管理流程再造	278
第十章	离职管理流程再造	301
附 录		349
超值赠送：	人力资源管理法律健康体检表	379

目 录

第一章 招聘与录用管理流程再造

第一节 招聘前期管理 2

一、制定录用条件 2

(一) 什么是录用条件 2

(二) 为什么要制定录用条件 3

案例：录用条件设置恰当，用人单位理直气壮 4

案例：未约定录用条件，解除劳动合同成难事 4

(三) 如何制定录用条件 5

二、制作招聘广告 7

(一) 招聘广告的功能 7

案例：招聘广告和劳动合同的约定不同时，用人单位是否受招聘广告约束 7

(二) 招聘广告的制作 8

案例：依性别设置不同的录用标准，就业歧视不可取 9

(三) 招聘广告制作不当的法律风险 11

第二节 面试与体检 12

一、面试 12

(一) 面试的重要性 12

案例：面试阶段审查不严，用人单位买单花冤枉钱 13

(二) 面试与知情权的行使 13

案例：用人单位招聘员工，审查年龄是第一关 16

案例：员工失信在先，用人单位不赔有理 19

案例：劳动者采取欺诈手段订立劳动合同，用人单位有权解除劳动合同 20

(三) 如何设计面试 21

案例：业务能力强的劳动者不一定对用人单位最有吸引力 23

二、体检 24

(一) 用人单位应重视体检环节 24

案例：劳动者在试用期内患病，用人单位是否可以解除劳动合同 24

(二) 体检阶段应注意防范法律风险 25

案例：“乙肝病毒携带者”能否成为用人单位拒绝录用劳动者的理由 25

案例：用人单位拒绝录用劳动者违法，得不偿失 26

第三节 录用 26

一、录用通知书 27

(一) 录用通知书与劳动合同 27

(二) 录用通知书的法律效力 27

案例：发出录用通知书后又反悔，用人单位是否应承担责任 29

二、用人单位的告知义务 29

(一) 用人单位与劳动者的告知义务之比较 30

(二) 用人单位告知义务的内容 31

案例：用人单位在什么情况下应履行如实告知义务 32

案例：签订劳动合同，劳动报酬能否不明确约定 32

(三) 用人单位告知义务的途径 33

第四节 签订劳动合同 35

一、劳动合同与事实劳动关系 35

(一) 什么是事实劳动关系 35

(二) 事实劳动关系同样受劳动法律保护 35

案例：没有书面劳动合同，如何证明事实劳动关系 36

二、劳动合同订立与劳动关系建立 37

三、用人单位应避免劳动合同签订阶段的法律风险 38

(一) 用人单位要避免陷入认识误区 38

案例：不签订劳动合同，不能成为免责事由 38

案例：非全日制用工也属于劳动法调整的范围 39

案例：用人单位可以随意解聘“临时工”吗 39

(二) 用人单位有必要了解不签订劳动合同的法律风险 40

案例：用人单位不签订劳动合同，劳动者获得双倍工资 41

四、劳动合同订立流程再造 42

(一) 劳动合同订立规范管理 42

平乱(网)(www.docer.com)对劳动者不签订劳动合同的风险 43

案例：劳动者故意不签订劳动合同，能否获得双倍工资 44

五、劳动合同签订一个月的宽限期——美丽的陷阱 44

案例：要及时签订劳动合同 45

第五节 劳动合同期限和试用期的选择 45

一、劳动合同期限的选择 45

(一) 劳动合同期限是劳动合同的必备条款 46

案例：劳动合同中应明确劳动合同期限 46

(二) 固定期限劳动合同 47

(三) 以完成一定工作任务为期限的劳动合同 49

(四) 无固定期限劳动合同 50

案例：劳动者有权解除无固定期限劳动合同 52

案例：用人单位也可以解除无固定期限劳动合同 52

案例：签订无固定期限劳动合同时对合同条款达不成一致意见应如何处理 56

二、试用期的选择 57

(一) 什么是试用期 57

(二) 试用期管理流程再造 58

案例：单独约定试用期的代价 59

案例：试用期是否可以不约定最长期限 62

案例：劳动者升职是否可以约定试用期 62

案例：劳动者在试用期内解除劳动合同 64

第二章 劳动合同管理流程再造

第一节 劳动合同内容管理的流程再造 66

一、了解劳动合同的特性对于劳动合同管理具有重要的意义 66

案例：婚姻自由不可侵犯 66

案例：违反“禁止考研”的约定不得成为合同解除的合法理由 67

二、用人单位应制订符合要求的劳动合同文本 67

三、劳动合同条款设计应注意的问题 68

(一) 通讯方式、送达、紧急情况联系人 68

(二) 合同期限与到岗期限 69

(三) 工作内容、工作地点及其变更 71

(四) 工作时间与加班、休息休假 72

(五) 劳动报酬 72

(六) 保密义务与竞业限制 73

(七) 劳动合同的解除、终止及离职手续办理 73

四、劳动合同与规章制度之间的关系	74
(一) 劳动合同与规章制度的效力问题	74
(二) 劳动合同与规章制度的适用	75
案例：劳动合同与规章制度谁说了算	76
第二节 劳动合同的签订、交付	76
一、劳动合同的签订	76
(一) 一个月的签订期限存在的问题	76
案例：不签劳动合同的责任归属	77
(二) 续签劳动合同存在的问题	78
二、劳动合同的交付	78
第三节 劳动合同的履行	79
一、劳动合同的具体履行原则	79
案例1：工资调整是否需书面约定	79
案例2：不违反劳动合同约定的岗位调整就一定合法吗	79
二、用人单位投资人变更对劳动合同履行的影响	81
第四节 劳动合同的变更	83
一、用人单位可以单方变更劳动合同的法定情形	83
(一) 劳动者因病或非因工负伤医疗期满，不能从事原工作的	83
案例：医疗期内不能调整工作岗位	84
(二) 劳动者被证明不能胜任工作的	85
案例：劳动者不能胜任工作，用人单位应提供充分证明	86
(三) 劳动者因工丧失大部分劳动能力的	87
(四) 地方法规、规章规定的用人单位可以单方变更的情形	87
二、劳动合同变更的默示效力问题	88
案例：客观情况发生重大变化下的合同变更争议	89
三、竞争上岗存在的法律问题	90
案例：竞争上岗是否可以单位说了算	90
四、劳动合同变更流程管理的技巧——化变更为履行	91
案例1：如何降低企业搬迁的法律风险	92
案例2：销售人员劳动合同变更存在的问题	92

第三章 劳务派遣用工管理流程再造

第一节 劳务派遣制度概述	95
一、我国劳务派遣制度的立法背景和沿革	95
案例：劳务派遣切断十年工龄	95

二、劳务派遣的制度价值	97
三、我国劳务派遣用工的现状和存在的问题	98
(一) 全员派遣	98
(二) 长期派遣	98
(三) 逆向派遣	99
(四) 异地派遣	99
(五) 同工不同酬	100
四、我国劳务派遣用工被大规模、大范围使用的原因	100
(一) 国有企业的人员编制和工资总额的限制	100
(二) 企业不合理的利润考评方式	101
(三) 降低用工成本的利益驱动	101
(四) 用工风险的防火墙	101
(五) 对签订无固定期限劳动合同的担忧	101
五、关于劳务派遣用工的认识误区	102
第二节 关于规范劳务派遣的建议和立法解读	103
一、关于规范劳务派遣的建议	103
(一) 以规范需求(用工单位)而非供给(派遣单位)为中心	103
(二) 如何理解“临时性、辅助性和替代性”	104
(三) 如何合理界定“同工同酬”	104
(四) 将违法劳务派遣的救济权赋予劳动者,而非仅依赖劳动行政部门的处罚	105
二、我国劳务派遣现行规定立法解读	106
(一) 《劳动合同法》关于劳务派遣立法存在的问题	106
(二) 《劳动合同法修正案》关于劳务派遣的立法解读	107
(三) 《劳务派遣暂行规定》重点条文立法解读	111
(四) 劳务派遣立法新规对用工单位和派遣单位劳动用工的影响	117
(五) 关于用工单位和派遣单位应对劳务派遣立法新规的建议	118
第三节 劳务派遣的若干疑难法律问题	120
一、劳务派遣员工的辞职权问题	120
二、用工单位在劳务派遣中承担连带责任的理解问题	121
三、用工单位的退回权问题	122
(一) 用工单位可否约定法律规定之外的退回权	122
(二) 如何理解《劳动合同法》第六十五条涉及到的被派遣劳动者严重违反规章制度的问题	123
四、派遣员工是否有权要求签订无固定期限劳动合同的问题	124

- 五、劳务派遣中的竞业限制问题 124
 - (一) 劳动者通过劳务派遣进入竞争对手工作是否违反竞业限制协议 125
 - (二) 用工单位与劳动者签订竞业限制协议是否有效 125
- 第四节 劳务派遣用工实务操作解读 126
 - 一、劳务派遣用工的劳动合同和派遣协议应当如何签订 126
 - (一) 关于劳动合同期限和派遣协议期限的衔接问题 127
 - (二) 关于遵守规章制度的问题 128
 - (三) 关于用工单位退回情形的问题 129
 - (四) 关于劳动报酬的发放问题 129
 - (五) 关于连带责任或最终责任的承担问题 130
 - (六) 关于在劳动合同中约定“三性”的问题 130
 - (七) 关于在派遣协议中约定行政许可的问题 130
 - 二、常见劳务派遣法律纠纷及风险防范 131
 - (一) 用工单位将派遣工退回可能引发的法律纠纷及风险防范 131
 - (二) 劳动合同期限与派遣协议期限不一致可能引发的法律纠纷及风险防范 132
- 第五节 劳务派遣用工的发展趋势和应对措施 133
 - 一、合理界定和配置岗位性质 133
 - 二、劳务派遣与业务外包 134
 - (一) 劳务派遣与业务外包的区别 134
 - (二) 与劳务派遣相关的几个概念的区分 135
 - 三、劳务派遣与直接用工 136

第四章 非典型劳动关系管理流程再造

- 第一节 非全日制用工管理的流程再造 138
 - 一、《劳动合同法》关于非全日制用工的规定及存在的问题 138
 - (一) 非全日制用工制度下的超时工作问题 138
 - (二) 非全日制劳动关系与全日制劳动关系是否可以并存 140
 - 二、在校学生兼职存在的法律问题 141
 - 第二节 分支机构劳动关系管理的流程再造 143
 - 一、分支机构是否具备签订劳动合同的主体资格 143
 - 案例：“儿子”欠债，“老子”买单 144
 - 二、分支机构作为主体签订劳动合同时应注意的问题 144
- 平乱网 (www.docinriver.com) 商家电子书
- (二) 分支机构负责人的劳动合同 145

- (三) 分支机构劳动合同的履行 145
- 第三节 借用借调员工管理的流程再造 146
 - 案例：我的东家在哪里 147
 - 一、借调关系中存在的劳动关系的认定 147
 - 案例：借调期限届满劳动关系如何确认 148
 - 二、借用借调纠纷的当事人 149
 - 三、借用借调与劳务派遣的关系 149
 - 四、借用借调关系的管理流程再造 149
 - (一) 对借出单位的管理流程再造 150
 - (二) 对借入单位的管理流程再造 150
- 第四节 其他劳动关系管理的流程再造 150
 - 一、涉外劳动关系管理的流程再造 150
 - (一) 办理合法用工手续是涉外劳动关系成立的前提 151
 - 案例：外国人非法就业，不受《劳动法》保护 152
 - (二) 境外人士非法就业纠纷的性质及处理程序 153
 - (三) 涉外劳动关系的注意事项 154
 - (四) 外国公司或机构驻中国办事处用工问题 155
 - 二、退休人员劳动关系管理的流程再造 155
 - (一) 聘用退休人员是否构成劳动关系 155
 - (二) 聘用退休人员存在的社保问题 156

第五章 工资福利管理流程再造

- 第一节 工资管理流程再造 158
 - 一、工资的概念及构成形式 158
 - 案例：计算经济补偿金时伙食补助费等应否计入工资总额 159
 - 二、用人单位约定工资报酬的技巧 159
 - (一) 劳动报酬约定必须明确 160
 - (二) 劳动报酬约定不得低于集体劳动合同的约定 162
 - (三) 劳动报酬调整必须双方协商一致 162
 - 案例：用人单位可否单方调整劳动者工资报酬 163
 - 案例：约定实行年薪制的劳动者，未满一年工资如何计算 164
 - 三、工资集体协商应注意的问题 165
 - (一) 劳动报酬、劳动定额等重大事项需要集体平等协商 165
 - (二) 订立集体合同需要依照法定程序进行 166
 - (三) 用人单位应尽量避免劳动合同约定与集体合同发生冲突 166

- 案例：集体合同与劳动合同冲突，哪个有效 166
- 四、工资约定不得违反法律强制性规定 167
- (一) 最低工资标准 167
- 案例：最低工资是否包括伙食补贴、交通补贴 168
- (二) 事实劳动关系工资 169
- 案例：未签订劳动合同，离职要求双倍支付工资是否合理 171
- (三) 试用期工资 171
- 案例：试用期工资是否适用最低工资标准 172
- (四) 服务期工资 172
- (五) 无效劳动合同的工资 173
- 案例：受胁迫签订的劳动合同工资条款无效 173
- (六) 劳务派遣工资 174
- (七) 非全日制工资 175
- 五、工资支付应注意的问题 175
- (一) 工资支付形式 175
- (二) 工资支付对象 175
- (三) 工资支付时间 176
- (四) 禁止克扣工资、拖欠工资 176
- 案例：职工拒还同事借款，用人单位代扣还钱的行为是否合法 177
- (五) 工资支付的绿色通道——支付令 178
- (六) 特殊情况的工资支付 178
- 案例：患病职工不发病假工资被迫辞职，单位应否支付补偿金 180
- (七) 薪酬保密制度 182
- (八) 违反工资支付规定的法律责任 182
- 案例：单位拖欠工资，劳动者主张按《劳动监察条例》支付一倍的赔偿金 184
- 六、加班工资流程管理 184
- (一) 标准工时制加班工资管理流程再造 184
- 案例：约定的加班工资计算基数不明确产生争议 188
- 案例：未签名确认的考勤卡不能作为证据使用 189
- 案例：不能证明已支付加班工资视为未支付 190
- (二) 综合计算工时制加班工资管理流程再造 194
- (三) 不定时工时制加班工资管理流程再造 195

第二节 福利管理流程再造 195

一、福利待遇和范围 195

案例：停发住房补贴，是否属于克扣工资 195

二、福利管理应注意的问题 196

案例：劳动者诉计划生育奖励金是否属于劳动争议 196

第三节 工资福利争议举证责任处理技巧 196

一、举证责任的分配 197

二、用人单位处理工资福利争议的注意点 197

案例：工资及加班费争议，用人单位应承担举证责任 198

第六章 工时制度与休息休假管理流程再造

第一节 用人单位应如何制定工时制度 200

一、标准工时制度 200

二、特殊工时制度 200

(一) 缩短工时制 200

(二) 综合计算工时制度 201

案例：综合计算工时不同于标准工时 201

(三) 不定时工作制 202

(四) 延长工时制 203

第二节 用人单位应如何规范休息休假管理及依法支付休息休假工资 204

一、一个工作日内的休息时间 205

二、两个工作日间的休息时间 205

三、休息日 205

四、法定节假日 206

(一) 员工自愿加班 207

(二) 班前班后交接时间需要控制 207

(三) 延长工作时间及法定节假日加班，可否安排补休不支付加班工资 208

(四) 法律对劳动者休息休假权利保障的规定越来越明确，力度越来越大，尤其是在用人单位安排劳动者在休息休假期间工作的经济补偿方面 208

案例：妇女节出差，应否支付加班费 209

案例：约定工时不符合法律规定，约定的工资标准是否有效 210

案例：教师暑假加班招生可否要求学校支付加班费 210

案例：劳动者辞职，单位存在未足额支付工资、加班费的

- 情形，应支付经济补偿金 211
- 五、带薪年休假 211
- 案例：跳槽员工年休假可累计计算工作时间 212
- 案例：跳槽的员工可折算享受年休假 213
- 案例：年假工资以剔除加班工资外的工资报酬来折算 214
- 六、探亲假 214
- 案例：探亲待遇引起的争议 215
- 七、婚假 216
- 八、丧假 216
- 九、女职工保护休假 216
- 十、工伤假 216
- 案例：如何计算工伤职工的停工留薪期及工资 216
- 十一、病假 217
- 案例：参加了基本医疗保险，还需要支付病假工资吗 218
- 第三节 如何利用加班及补休制度节约工资成本 219
- 一、延长工作时间加班的限制 219
- 二、企业应执行加班审批制度 219
- 三、企业利用休息日加班补休制度，可以达到减少用工成本的作用 219
- 案例：休息日加班，劳动者能否要求不补休，要求单位支付两倍的加班费 219

第七章 社会保险管理流程再造

- 第一节 社会保险体系 222
- 一、养老保险 222
- 二、工伤保险 223
- 三、失业保险 223
- 四、基本医疗保险 223
- 五、生育保险 224
- 第二节 用人单位应正确认识社会保险制度 225
- 一、《社会保险法》出台前后相关制度的区别以及对企业的影响 226
- (一) 关于缴纳社会保险年限不足及跨区缴纳的问题 226
- (二) 关于行政征缴和行政处罚的问题 226
- (三) 《社会保险法》在某些方面降低了企业的负担 227
- 二、用人单位应妥善处理社会保险问题 228
- 三、在试用期内不能拒绝为劳动者缴纳社会保险费 228

四、用人单位应当为非全日制劳动者缴纳工伤保险费	229
第三节 工伤保险管理流程再造	229
一、工伤保险制度	229
(一) 什么是工伤	229
(二) 哪些情形是工伤	230
案例：劳动者违反操作规程受伤的权利保护	232
(三) 不属于工伤的情形	232
(四) 哪些情形工伤职工停止享受工伤保险待遇	233
案例：职工因精神分裂症导致事故发生，用人单位应否承担责任	233
二、用人单位要注意工伤认定程序	234
(一) 如何进行工伤认定申请	234
(二) 工伤事故伤害的调查核实	235
(三) 工伤认定的举证责任	236
(四) 工伤认定的时限和回避	236
三、各种情况下的用人单位中劳动者发生工伤的处理和责任	236
(一) 用人单位分立、合并、转让时工伤保险责任	236
(二) 用人单位实行承包经营和租赁经营时的工伤保险责任	236
(三) 劳动者在非法用工单位发生的工伤	236
案例：非法用工损害赔偿责任的处理	237
四、各种复杂状态的劳动者发生工伤怎么办	239
(一) 职工在抢险救灾中下落不明或者因工外出期间发生事故的处理	239
(二) 职工被借调期间受到工伤事故伤害时的工伤保险责任	239
(三) 劳务派遣人员在用工单位发生工伤怎么办	239
(四) 职工被派遣出境工作期间发生伤亡如何处理	240
(五) 过劳猝死、过劳得肾病综合症等劳动者的处理	241
(六) 未参加工伤保险期间劳动者发生工伤的如何处理	241
(七) 实习生在实习期间受到的伤亡如何处理	241
五、如何认识劳动能力伤残等级鉴定纷争	241
六、工伤认定是否作为工伤员工获得赔偿的唯一依据	242
七、怎样看待工伤发生后双方的“私了协议”	243
八、关于职业病的处理	243
案例：职业性慢性重度苯中毒引起的思考	244
第四节 养老保险管理流程再造	247
一、什么是基本养老保险制度	247
二、职工领基本养老保险金的条件及用人单位要注意的问题	247

(一) 企业职工退休的条件	247
(二) 对于在特殊工种岗位工作的职工, 其在该岗位上的工作 年限可以多折算连续工龄	248
三、单位和劳动者如何缴纳养老保险费	248
(一) 国有企业、城镇集体企业、外商投资企业、国家机关、事 业单位、社会团体中的城镇户口人员	248
(二) 特殊单位和人员 (各地的规定有差异)	249
四、基本养老金不能抵偿债务	249
五、基本养老金停发情形	249
六、用人单位年金制度	250
七、个人储蓄性养老保险	250
案例: 劳动者退休情形的认定	250
第五节 失业保险管理流程再造	252
一、失业保险制度	252
二、职工要具备哪些条件才能领失业保险金	252
三、停止失业保险待遇的情形	252
四、失业保险手续的办理	253
五、失业保险金的发放标准和领取期限	253
第六节 医疗保险管理流程再造	254
一、城镇职工基本医疗保险制度	254
二、用人单位补充医疗保险	254
第七节 生育保险管理流程再造	255
一、生育保险制度基本规定	255
二、什么是生育保险基金	255
三、职工享有的生育保险待遇	256
(一) 费用申报	256
(二) 产假规定	256
第八节 住房公积金管理流程再造	256
一、什么是住房公积金制度	256
二、住房公积金的缴存和提取	257
(一) 住房公积金的缴存	257
(二) 职工在哪些情况下有权提取住房公积金	257
案例: 事实劳动关系的劳动者权益和用人单位责任	258

第八章 员工培训、保密与竞业限制管理流程再造

第一节 培训制度流程再造 260

一、培训制度及协议 260

(一) 培训制度及协议的制定 260

(二) 制定培训管理规章 260

(三) 用人单位应合理运用赔偿培训费用的违约金条款维护用人单位合法利益 261

二、培训协议约定的服务期 261

(一) 培训服务期的约定 261

案例：当约定的培训服务期长于劳动合同期时，用人单位如何确保劳动者履行培训协议义务 262

(二) 违反培训服务期的法律责任 263

三、培训费用的管理 264

案例：“挖墙脚”的代价 264

第二节 保守秘密和竞业限制协议流程再造 265

一、商业秘密 265

(一) 对商业秘密的保护 265

(二) 脱密期的失效 265

(三) 竞业限制期限的缩短 267

(四) 违约金的限制 267

案例：引进有工作经历的人才，审查竞业限制是重点 268

二、保守商业秘密协议 269

(一) 签订保密协议 269

案例：签订保密协议，应当履行相应义务 269

(二) 保密协议的约定事项 270

案例：违反保密协议的责任 270

三、竞业限制 271

(一) 竞业限制条款或协议 271

(二) 竞业限制的补偿标准 273

(三) 竞业限制的违约金 274

案例：某公司与张某签订竞业限制协议后能否单方停发补偿 274

(四) 对《公司法》相关条文的认识和运用 275

(五) 对劳动者违反竞业限制义务的处理 276

案例：金叠公司与廖某签订保密与竞业限制协议但未支付补偿款的争议 276

第九章 规章制度管理流程再造

- 第一节 用人单位规章制度概述 279
- 一、规章制度的重要意义 279
 - 二、与规章制度相关的主体 280
 - (一) 用人单位 280
 - (二) 职工代表大会和职工大会 280
 - (三) 工会 280
 - (四) 劳动者 281
 - 三、规章制度的内容 281
 - 四、规章制度的制定程序 281
 - (一) 规章制度的民主程序 281
 - (二) 规章制度的公示程序 283
 - (三) 规章制度的备案程序 284
- 第二节 用人单位的规章制度现状及其法律风险评析 284
- 一、用人单位的规章制度的一般现状 284
 - 二、用人单位的规章制度存在的问题 285
 - (一) 从实体角度来分析规章制度存在的一般问题 285
案例：仓管员夜班打盹，公司辞退引争议 286
 - (二) 从程序角度来分析规章制度存在的一般问题 286
 - 三、规章制度存在的前述问题可能引发的法律风险 287
 - (一) 劳动者的投诉及劳动保障行政部门的行政处罚 287
 - (二) 劳动者享有即时解除劳动合同并要求用人单位支付经济补偿金的权利 287
 - (三) 用人单位的规章制度或其部分条款不能被法院或劳动争议仲裁机构认定并作为调整劳动争议的依据 288
案例：企业未向劳动者告知考勤管理制度，对违纪员工无可奈何 290
- 第三节 用人单位规章制度管理流程的再造建议 290
- 一、用人单位的规章制度管理流程的再造于实体方面的建议 290
 - (一) 用人单位的规章制度进行分类整理，明确涉及到劳动者切身利益的规章制度及重大事项的规章制度的范围及种类 291
案例：用人单位的内部管理行为合法 291
 - (二) 用人单位的规章制度的内容要合法且合理 292
 - (三) 用人单位的规章制度不得与劳动合同或集体合同相冲突 292
 - 二、用人单位的规章制度管理流程的再造于程序方面的建议 293
 - (一) 明确规章制度的制定主体 293
 - (二) 建立并完善用人单位的内部民主管理程序和平台 293

- (三) 用人单位的规章制度应经民主程序加以确定 293
- (四) 用人单位的规章制度确定后应当向劳动者进行公示 293
- 三、与用人单位的规章制度管理流程再造的相关热点问题的处理建议 294
 - (一) 用人单位对劳动者的经济处罚流程再造 294
 - 案例：职工违规被罚有失公允，法院难处理 296
 - (二) 劳动者向用人单位承担的损失赔偿流程再造 296
 - (三) 人事保证制度的流程再造 298
 - 案例：轻易为他人提供人事担保，最终人财皆空 299

第十章 离职管理流程再造

第一节 解除劳动合同 301

- 一、协商解除劳动合同 301
 - (一) 协商解除劳动合同的特点 301
 - 案例：解除劳动合同主体不适格，协议无效 302
 - 案例：合同内容违法，不受法律保护 302
 - 案例：少付法律规定应当给付的经济补偿金应补足 303
 - (二) 协商解除劳动合同的应对措施 303
 - 案例：谁提出了协商解除劳动合同 304
 - 案例：协商解除劳动合同未签订书面协议，难以举证 304
 - (三) 需要探讨的相关问题 305
- 二、劳动者非因用人单位过错单方解除劳动合同（基本辞职制度） 306
 - (一) 劳动者非因用人单位过错单方解除劳动合同的特点 306
 - 案例：单位无法证明员工因个人原因离职而败诉 307
 - 案例：辞职原因暗含公司违规行为引发争议 308
 - (二) 用人单位应当注意的几个问题 308
 - 案例：解除劳动合同应结清工资 309
- 三、劳动者即时解除劳动合同 309
 - (一) 《劳动合同法》与《劳动法》对劳动者即时解除劳动合同规定的主要区别 310
 - (二) 劳动者即时解除劳动合同的特点 311
 - 案例：规章制度损害员工利益，可解除劳动合同 311
 - (三) 用人单位应注意的几个问题 312
- 四、用人单位因劳动者过失解除劳动合同 314
 - (一) 过失性解除的特点 314
 - 案例：员工营私舞弊给单位造成严重损失被解雇 314

案例：员工不服从企业工作安排，企业对员工作出除名处理是否合法 315

（二）对过失性解除具体情形的理解 316

案例：试用期内不得随意解除劳动合同 316

案例：重大损害标准不明确，企业败诉 317

案例：合理界定劳动者对用人单位的损害赔偿责任 317

五、用人单位非因劳动者过失解除劳动合同 319

（一）非过失性解除劳动合同的特点 319

（二）正确理解非过失性解除的三种情形 321

案例：医疗期内用人单位不得随意解除劳动合同 321

案例：医疗期满后，企业可以合法解除劳动合同 322

案例：“不能胜任工作”标准要明确具体 322

案例：因不能胜任工作解除劳动合同仍须支付经济补偿金 323

案例：用人单位不得以内部战略性转变为由解除劳动合同 324

六、经济性裁员 325

（一）经济性裁员的许可条件 325

（二）裁员企业必须符合法定情形 326

（三）经济性裁员的禁止性条件 327

（四）经济性裁员的限制条件 327

七、禁止性解除 328

（一）禁止性解除的特点 328

案例：怀孕职工的事实劳动关系受法律保护 328

案例：试用期员工怀孕，用人单位可依法解除劳动合同 329

（二）违反禁止性解除的法律后果 330

案例：医疗期内不得随意解除劳动关系 330

第二节 终止劳动合同 330

一、终止劳动合同与解除劳动合同的关系 330

（一）终止劳动合同与解除劳动合同的相同点 331

（二）终止劳动合同与解除劳动合同的区别 331

二、终止劳动合同的几个问题 331

（一）终止劳动合同是约定终止还是法定终止 331

（二）事实劳动关系的结束是劳动关系的解除还是终止 332

（三）因劳动合同期限届满而终止是否需要支付经济补偿金 332

（四）终止劳动合同是否应提前30日通知 333

（五）如何理解“劳动者开始依法享受基本养老保险待遇的，劳动合同终止” 333

案例：花甲老汉上班途中受伤被认定为工伤 333

三、用人单位的对策 334

(一) 建立规范的离职手续办理制度 334

(二) 终止劳动合同应注意提前通知劳动者 334

案例：劳动合同期限届满继续保持劳动关系，解除劳动关系赔付增多 334

第三节 经济补偿金 335

一、用人单位应支付经济补偿金的情形 335

(一) 《劳动法》与《劳动合同法》的比较 335

二、用人单位不需要支付经济补偿金的情形 336

(一) 解除劳动合同无需支付经济补偿金的情形 336

(二) 劳动合同终止无需支付经济补偿金的情形 337

三、经济补偿金应如何支付 337

(一) 新旧法的变化 337

案例：2008年前协商解除劳动合同的，经济补偿金不得超过
12个月工资 337

案例：2008年前后经济补偿金计算标准不同 338

(二) 在计算经济补偿金时应注意的几个问题 338

案例：调入由原单位安排的新公司，工龄应连续计算 340

案例：2008年前后经济补偿金分段计算 340

案例：终止劳动合同的经济补偿金只能从2008年起算 341

案例：高收入人群解除劳动合同的经济补偿金受限 341

第四节 离职程序和交接手续 343

一、离职的程序管理 343

(一) 以书面形式通知 343

(二) 提前通知离职 345

(三) 通知工会 345

(四) 离职决定应经送达签收 345

案例：解除合同通知书未经送达不生效 346

二、离职交接手续管理 346

(一) 工作交接 347

(二) 债务清算 347

(三) 退工证明 347

案例：迟延11个月交付退工证明，劳动者获赔 348

(四) 档案交接和社保转移手续 348

附 录

- 中华人民共和国劳动合同法 349
(2012年12月28日)
- 中华人民共和国劳动合同法实施条例 359
(2008年9月18日)
- 中华人民共和国劳动争议调解仲裁法 363
(2007年12月29日)
- 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 368
(2001年4月16日)
- 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(二) 370
(2006年8月14日)
- 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(三) 372
(2010年9月13日)
- 最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释(四) 374
(2013年1月18日)
- 劳务派遣暂行规定 376
(2014年1月24日)
- 超值赠送: 人力资源管理法律健康体检表 379

第一章 招聘与录用管理流程再造



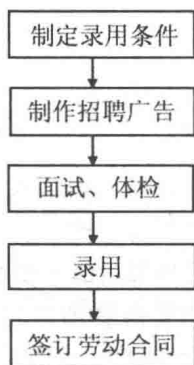
本章导读

招聘录用是用人单位用人的起始环节，也是人力资源管理最重要的步骤之一。如何根据本单位的具体情况和需求，选择符合岗位要求的人才，提升用人单位的核心竞争力，是每一个用人单位人力资源管理部门的主要职责。

在以往的人力资源管理中，人力资源管理部门往往关注的是在劳动合同的履行、变更、解除过程中的法律风险，而对于招聘、录用环节，更多的是从管理角度制定用人计划、发布招聘广告、组织面试等，而没有注意到其中可能存在的法律问题或法律风险。随着《劳动合同法》、《就业促进法》、《劳动争议调解仲裁法》等法律的颁布实施及《劳动合同法实施条例》等配套法规的出台，越来越多的劳动者开始对用人单位的招聘录用程序提出质疑或挑战。用人单位如何在新的劳动法律法规背景下，按照法定的权限制定出合法合理且具有实操性的招聘录用流程，实现对招聘与录用管理的流程再造，是用人单位必须正视的问题。

用人单位招聘录用员工通常有一定的招聘流程（见表一）。在确定人力资源规划和招聘计划后，用人单位根据所需职位及其对应聘人员的要求制定录用条件，公开招聘广告，吸引优秀人才前来应聘；通过必要的面试和体检对应聘者进行甄选、确定人选后，向拟招聘人员发出录用通知书，签订劳动合同，为其办理入职手续。招聘录用的每一环节安排恰当，有利于实现“人尽其才、才尽其用”，在降低用人成本和风险的同时又保持用人机制的活力，也是用人单位在程序方面再造新流程应着重关注的内容。

表一：招聘流程图



第一节 招聘前期管理

在招聘前期，用人单位至少应在制定录用条件和制作招聘广告两方面再造新流程。

一、制定录用条件

(一) 什么是录用条件

录用条件是指应聘者符合某一职位的具体要求所包括的全部条件。大多数用人单位在招聘员工时，并没有制定清晰的录用条件，而只制定了招聘条件。事实上，录用条件和招聘条件是两个不同的概念。招聘条件是指用人单位招收员工的基本条件，包括学历、经历、职称、技术资格、年龄、身高等条件。招聘条件与录用条件的不同之处在于：

首先，二者成立的前提不同。招聘条件是用人单位用工自主权的体现，由用人单位单方确定即可；而录用条件虽然也由用人单位制定，但必须告知劳动者并由劳动者确认后，才对其生效。

其次，二者的适用主体不同。招聘条件是面向不特定多数的潜在应聘者，而录用条件则适用于符合招聘条件拟聘用的特定应聘者。

再次，二者的适用阶段不同。招聘条件适用于招聘阶段签订劳动合同前，录用条件则适用于签订劳动合同后试用期结束前。

最后，二者的法律性质不同。招聘条件仅在于设定招收员工的初步资格，如果应聘者不符合招聘条件，但招聘者仍愿意将其招收进来，那么一旦签订了合同，用人单位便很难以不符合招聘条件为由解除劳动合同；而录用条件是确定用人单位是否最终正式录用应聘者的具体标准，即便已招收进来的员工，如果不符合录用条件，用人单位仍然有权依法与其解除劳动合同。

（二）为什么要制定录用条件

录用条件是用人单位考核劳动者在试用期内是否合格的标准。2008年1月1日开始实施的《劳动合同法》对用人单位在试用期解除劳动合同，从内容和程序上进行了限制。^①用人单位在试用期内可解除劳动合同的情形包括：（1）在试用期间劳动者被证明不符合录用条件；（2）劳动者严重违反用人单位的规章制度；（3）劳动者严重失职，营私舞弊，给用人单位造成重大损害；（4）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；（5）劳动者以欺诈、胁迫的手段或者乘人之危，使用用人单位在违背真实意思的情况下订立或者变更劳动合同，使劳动合同无效的；（6）劳动者被依法追究刑事责任；（7）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；（8）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。在程序上，用人单位在试用期解除劳动合同应当向劳动者说明理由。

实务中，用人单位在试用期解除与劳动者的劳动合同通常使用的也是最有效的杀手锏是“试用期间劳动者不符合录用条件”，但用人单位对此负有举证责任，不仅要说明劳动者不符合录用条件，还必须有证据证明劳动者不符合录用条件。因此制定清晰、具体的录用条件为用人单位解除与处于试用期的劳动者的劳动合同提供了合法依据，是降低用工风险的有效措施。

^① 《劳动合同法》第二十一条 在试用期中，除劳动者有本法第三十九条和第四十条第一项、第二项规定的情形外，用人单位不得解除劳动合同。用人单位在试用期解除劳动合同的，应当向劳动者说明理由。

第三十九条 劳动者有下列情形之一的，用人单位可以解除劳动合同：

- （一）在试用期间被证明不符合录用条件的；
- （二）严重违反用人单位的规章制度的；
- （三）严重失职，营私舞弊，给用人单位造成重大损害的；
- （四）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；
- （五）因本法第二十六条第一款第一项规定的情形致使劳动合同无效的；
- （六）被依法追究刑事责任的。

第四十条 有下列情形之一的，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：

- （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。



案例：录用条件设置恰当，用人单位理直气壮

小吴是某大学的一名本科生，2006年4月5日因在学校考试中作弊，受到留校察看1年的处分。6月底，小吴毕业，取得了大学颁发的毕业证书。2006年年底，某市人事局下发通知，决定在2006年应届高校毕业生中公开招考录用事业单位工作人员，规定了招考对象、招聘条件、时间地点、考试办法、体检、考核和录用等内容。2007年1月，小吴按通知的规定报考了能源办工作人员职位，笔试成绩在报考职位的参考人员中排名第一。1月底，学校依小吴的申请，提前解除了对小吴留校察看1年的处分。在3月份的考核录用阶段，人事局以小吴在校受过处分且处分未解除、不符合录用条件为由，通知小吴不予录用。小吴认为学校处分已解除，人事局不录用的决定侵害了自己的就业权，便向法院提起行政诉讼，要求撤销人事局作出的不予录用的行政决定，重新作出录用决定。法院经审理认为，人事局向社会发出的招考事业单位工作人员的通知中对考核录用作了规定，其中“录用考核中发现受行政处分尚未解除的，视为考核不合格”。小吴报名和笔试时，学校处分尚未解除，人事局据此通知不予录用并无不当。对小吴所称的“有条件参加考试就表示录用条件合格，”法院认为，报考阶段和录用阶段是两个不同的阶段，报考阶段着重于一般形式上的规定，宜宽；录用考核阶段比较全面，宜严。故作出判决，驳回小吴的诉讼请求。

绝大多数的用人单位没有意识到招聘条件与录用条件的区别，误认为招聘条件就是录用条件，仅制定了招聘条件而没有制定录用条件，或者录用条件的设计存在瑕疵，这样使得人力资源管理陷入困境：一旦用人单位以劳动者“试用期间被证明不符合录用条件”为由解除合同，如果用人单位没法提供录用条件，或者虽然提供了录用条件但没有经劳动者的确认，裁判机关很可能以招聘条件作为录用条件，或者认为用人单位没有录用条件，用人单位因无法证明“试用期劳动者被证明不符合录用条件”，从而承担不利的后果。



案例：未约定录用条件，解除劳动合同成难事

天启公司新开发了一项产品，为打开市场，欲招聘销售经理一名。天启公司贴出招聘广告，规定拟聘的销售经理必须符合“大学本科以上、三年以上同行业工作经历、吃苦耐劳、有进取心及较强开拓市场的能力”的条件。招聘广告贴出后不久，萧某前来应聘面试。萧某基本符合“大学本科以上、三年以上同行业工作经历”的条件，并自称本人在该行业有很多人脉，能协助公司尽快打开销路，每季度可以保证300万元的销售额。天启公司的领导见其口若悬河、滔滔不绝，面试印象非常好，于是便与其签订了《劳动合同》，合同约定期限为两年，试用期3个月，底薪为1.5万元，试用期满后底薪2万元，且有销售提成，但双方并未约定录用条件。孰

料3个月试用期快届满时,萧某完成的售额不足50万元,远低于其保证的300万元的承诺,不仅如此,他还报销了数万元的费用。经打听,公司领导才得知萧某所吹嘘的种种均为不实,且在前一公司就是因不能胜任工作而被炒了鱿鱼。公司领导一气之下,以不符合录用条件为由让萧某走人。不料萧某反而到仲裁委提起劳动仲裁,要求公司支付经济补偿金与代通知金。在庭审中,面对仲裁员要求天启公司提交关于录用条件的证明时,天启公司的人事经理支吾半天也拿不出来,显得十分被动。



专家分析

劳动者在试用期内被证明不符合录用条件,是用人单位避免招错人的最佳利器,而确定具体职位的录用条件是打造这一利器的充要材质。

但是,用人单位动用这一利器维护自己权利时,一定要注意提供相应的证明,证明在招用员工时,员工确认自己符合这些具体录用条件,而实际情形是不符合录用条件。这样,用人单位才能取得仲裁和诉讼的主动权。

(三) 如何制定录用条件

录用条件作为试用期考核的主要依据,与具体岗位密切相关,岗位的变化必然使录用条件有所差异。由于每一个人的情况及条件均不相同,且劳动关系的确定本身就是劳动者与用人单位协商达成一致的结果,不同的应聘者有不同的待遇,制定具体职位的录用条件也应当因人而异。在制定录用条件环节,应引起人力资源管理重视的是,录用条件应避免诸如“服从用人单位安排”等模糊性的表述,而应选择将录用条件量化。以模糊性的表述向劳动者提出基本要求本身没有问题,但放到具体情况,由于缺少量化的标准,就失去了考核的意义,如何种情形属于服从用人单位安排?何种情形又不属于服从用人单位安排?从证据的角度来看,试用期间劳动者被证明不符合录用条件,用人单位负有举证责任,缺少量化的标准,用人单位很难证明自己的主张,往往承担败诉的风险。

录用条件应当包括资质条件、工作能力条件以及职业道德条件三方面的内容,也就是“做事与做人”两方面。资质条件包括但不限于学历学位、工作经历、技术职称或资格、外语水平等硬件设施;工作能力条件是指在试用期内完成工作任务的能力,可以从“质和量”两个方面进行设定;职业道德条件则无须解释,一个人的品德往往比其工作能力更重要,对此蒙牛集团总裁牛根生有很精辟的见解:“有德有才,破格重用;有德无才,培养使用;有才无德,限制使用;无才无德,坚决不用。”

录用条件包括客观条件与主观条件两方面,资质条件基本是客观条件,而职业道德条件基本是主观判断,工作能力条件则介于两者之间。制定录用条件应当尽量将主观性较强的条件,比如“工作能力较强、工作积极性较高”等含糊的表述进行量化,以可以考评的要件代替,这应与绩效考核是一致的。同时,如果涉及无法直接评定或判断是否合格的情形,还应当规定参考标准或计算方法,以利于评定的有据可依。在

前面所举的案例中，如果天启公司将“每季度销量不低于300万元”作为萧某的录用条件之一并由其本人确认的话，天启公司完全可以理直气壮地在试用期满前依据《劳动合同法》第二十一条解除与萧某的劳动合同。

然而，在人力资源实际管理中，情况往往较为复杂，这就需要用人单位根据自身的具体情况，制定不同的录用条件。例如，《劳动合同法》第十条规定了签订劳动合同有一个月的宽限期，但如果有的劳动者入职后，在签订劳动合同过程中出现不能提供有关证明或不同意按用人单位的劳动合同版本签订合同等情况，用人单位如何应对？又如招用员工后在试用期内发现其患有某种疾病，不再适合在录用的岗位上工作，双方又无法就协商岗位达成一致的，而如果按《劳动合同法》第四十一条的规定，必须在医疗期满后（这时往往已经试用期满了）不能从事原工作且不能从事用人单位另行安排的工作，用人单位才能解除劳动合同且需要支付经济补偿金，那么用人单位有没有办法做到既解除劳动合同又不需要支付经济补偿金呢？再如当用人单位招用外籍员工后，发现因某种原因无法为其办理就业证，用人单位为避免非法用工应如何处理？这一系列的问题，都可以通过制定录用条件来解决，将一定条件设定为录用条件，不符合条件的均可依据法律的规定予以解除劳动合同而无须承担法律风险。

用人单位通常可以设定以下一些常用的录用条件（以下条件中的甲方为用人单位）：

1. 不具备政府规定的就业手续；
2. 无法提供甲方办理录用、社会保险等所需要的证明材料；
3. 不能胜任甲方安排的工作任务和甲方规定的岗位职责；
4. 患有精神病或按国家法律法规规定应禁止工作的传染病；
5. 与原用人单位未依法解除、终止劳动合同或劳动关系；
6. 与原用人单位存在竞业限制约定且甲方在限制范围之内；
7. 通缉在案或者被取保候审、监视居住；
8. 未经甲方书面许可不按本合同约定时间到岗；
9. 入职后不同意购买社会保险或不按甲方制定的劳动合同版本签订劳动合同；
10. 隐瞒曾经受过法律处罚或者纪律处分的事实；
11. 有其他不符合用人单位规定的具体岗位的录用条件的情形。

另外，关于试用期满的考评期限问题，由于考评必须在试用期结束之前，因此用人单位还必须对试用期结束前的具体考评期限进行约定，明确考评的时间点，以免产生纠纷。

用人单位制定出录用条件后，拟聘用某员工时，在签订劳动合同之前应当制定《录用条件确认函》，也可以将录用条件直接约定在《劳动合同》中。《录用条件确认函》（来源：www.dgeshr.com）商家电子档上应载明如劳动者在试用期内被证明不符合录用条件，用人单位可以随时解除劳动合同，并由员工签名确认。为了避免日后发生劳动纠

纷，人力资源管理部门还应妥善保管和留存由员工签名确认的录用条件，以备不时之需。

二、制作招聘广告

（一）招聘广告的功能

招聘广告是用人单位向社会大众公开发布招聘信息的重要媒介，以吸引优秀人才前来应聘。招聘广告不同于录用条件，其并非确定聘用应聘者的唯一条件，也无须详尽地列明应聘者符合应聘岗位要求所应具备的全部条件（招聘广告所体现的招聘条件与录用条件的区别前已述及，不再赘述）。招聘广告在内容上是对招聘条件的概括，通常包括用人单位的基本情况、招聘岗位的基本要求和应聘者应具备的基本条件，如学历、经历、职称、技术资格等条件。

招聘广告也不同于劳动合同。实务中有些用人单位和劳动者对招聘广告的法律性质存在模糊认识，当招聘广告与劳动合同的内容约定不一致时对用人单位是否承担法律责任往往有不同的理解，因此区分招聘广告和劳动合同是有必要的。招聘广告和劳动合同的区别主要表现为：从主体来看，招聘广告是用人单位用工自主权的体现，是用人单位单方的行为，劳动合同则是用人单位和劳动者通过协商达成的协议，是双方共同的行为；从性质上看，招聘广告面向不特定多数的潜在应聘者，目的是吸引劳动者前来应聘，属于要约邀请，一般没有法律约束力，而劳动合同是用人单位与特定的劳动者通过要约和承诺形成双方合意的意思表示，一旦劳动合同有效，即对双方当事人产生法律约束力。



案例：招聘广告和劳动合同的约定不同时，用人单位是否受招聘广告约束

小李为某大学工商管理专业的毕业生，被本市某公司的招聘广告所吸引而前去应聘。该公司的招聘广告称：“招聘管理人员，受聘员工月薪5500元并提供住房补贴、通讯补贴”。小李与公司签订了为期三年的劳动合同。合同为格式合同，约定了月薪为5500元，但没有关于住房补贴和通讯补贴的条款，小李考虑到招聘广告中有规定便没有深究。当小李工作半年后，发现招聘广告中承诺的住房补贴、通讯补贴都没有兑现，便向公司要求提供住房补贴和通讯补贴，公司以劳动合同中没有约定为由拒绝提供。小李认为招聘广告中的内容也属于公司的承诺，应该得到履行，遂向劳动仲裁委员会申请仲裁，要求公司履行招聘广告中规定的义务。劳动仲裁委员会受理此案后认为，小李与公司的劳动合同没有规定公司应提供住房补贴和通讯补贴的条款，所以公司没有义务提供，招聘广告中虽有此项承诺，但因未写入劳动合同，不具备法律效力，由此裁决驳回了小李要求公司履行招聘广告中的义务的仲裁请求。



专家分析

用人单位和劳动者订立劳动合同应当遵循平等自愿、协商一致的原则。我国《合同法》第十三条规定：“当事人订立合同，采取要约、承诺方式。”劳动合同不同于一般的民事合同，但同样具有合同的本质属性，它的成立也是要约和承诺的过程。一个有效的要约应满足要约人向特定人提出希望和对方订立合同的意思表示，并在要约期内对要约人产生法律约束力的条件。而招聘广告是用人单位向不特定的多数人发布的招聘信息，希望潜在的应聘者前来洽谈应聘事项，属于要约邀请，一般不产生法律约束力，故案例中用人单位仅在招聘广告中写明的提供住房补贴和通讯补贴内容不能成为用人单位的义务。劳动者想让招聘广告中的条件全部得到实现，应督促用人单位在劳动合同中列明。但是，为了避免引起纠纷，用人单位的招聘广告应当符合实际情况，不应夸大其辞。

（二）招聘广告的制作

一份好的招聘广告不仅应吸引眼球，激发求职者前来应聘的兴趣，也应当包含用人单位拟招聘岗位的基本要求、应聘人员应具备的基本条件等基本内容，并且不得违反法律规定，为用人单位树立良好的企业形象。招聘广告在制作的过程中应注意以下几方面：

1. 招聘广告不得提供虚假招聘信息，应包含真实信息。诚然，前述案例反映出招聘广告属于要约邀请，用人单位一般不承担法律责任，但是，从用人单位良好的形象和公信力的角度考虑，用人单位应当避免在招聘广告中为寻求轰动效应而夸大其辞，而应如实反映用人单位的真实信息。如实践中有的公司为了提高企业知名度，打出“年薪 50 万招聘全国市场销售部经理”的招聘广告，而该工资标准依公司自身的情况根本不可能兑现，结果不仅将公司拖进诉讼泥潭，也损害了公司的形象，得不偿失。与《就业促进法》配套实施的《就业服务和就业管理规定》（劳动和社会保障部令第 28 号）公布后，用人单位因招聘广告虚假不承担责任的情况有所改变。依据《就业服务和就业管理规定》，用人单位违反规定提供虚假招聘信息、发布虚假招聘广告的，由劳动保障行政部门责令改正，并可处以一千元以下的罚款；对当事人造成损害的，应当承担赔偿责任。可见，人力资源管理部门在确定招聘广告的内容方面应有足够的重视。

招聘广告具体应包括哪些信息呢？依据《就业服务和就业管理规定》的规定，^①招聘广告至少应包含用人单位的基本情况、用人单位对工作岗位的基本需求、求职者

^① 《就业服务和就业管理规定》第十一条第二款 招用人员简章应当包括用人单位基本情况、招用人数、工作内容、招录条件、劳动报酬、福利待遇、社会保险等内容，以及法律、法规规定的其他内容。

应当具备的基本能力、招聘条件和招聘办法等方面。

2. 用人单位不得以诋毁其他用人单位信誉、商业贿赂等不正当手段招聘人员。招聘广告主要是介绍用人单位自身的情况和表明对求职人员的基本要求，而不应借此诋毁同行的信誉，或采取商业贿赂等不正当手段达到招聘的目的。这一点在《就业服务和就业管理规定》中也有明确规定。

3. 招聘广告中不能包含歧视性内容。不同的招聘岗位对人员的要求存在差别，用人单位可以根据具体的工作岗位设定不同的基本条件，并在招聘广告中予以体现，但这些条件的设定和限制应与拟聘岗位的性质、需求紧密相关，不能违反《劳动法》关于就业歧视的规定。实务中，不少用人单位往往忽视这一问题，不论是否为招聘岗位所必须，在招聘广告中随意限定应聘人员的条件，抬高劳动者就业的门槛，结果可能产生各种各样的就业歧视（见表二）。

表二：实践中部分就业歧视

招聘广告中的某些要求	可能出现的歧视类型
招工限本市户口	户籍歧视
年龄 20 - 30 岁，未婚	年龄歧视；婚育歧视
只招男性，1.78 米以上	性别歧视；身高歧视
招会计 1 名，硕士以上学历	学历歧视
招销售人员，有销售的工作经历 5 年以上	经历歧视

其实，用人单位不需要设置这些带有歧视性的条件，只要在录用时内部掌握这些条件，并要求劳动者提供真实的相应证明即可。



案例：依性别设置不同的录用标准，就业歧视不可取

某家电公司在当地报上刊登一则招聘广告，公布了招聘员工的一系列条件，其中有一条为：男女性别不限，均要求高中以上文化程度。李某（女）高中毕业后未能考上大学，便前去该公司应聘，参加了考试和面试，成绩均为优秀。李某一直等待公司的录用通知却没有着落，而与其一同面试考核成绩不如李某的高中男同学，都已收到录用通知。李某向公司了解情况，被告知因其学历太低不适合公司的工作，故未被录用。李某认为自己已具备招聘广告上要求的“高中以上文化程度”条件，人事经理进一步说明，男职工高中以上学历即可，女职工则应取得大专以上学历，招聘广告限于篇幅未详细说明，且要求大专以上学历也在高中以上文化程度的范围内，并不矛盾。李某认为公司的标准前后不一且男女不同标准，故提起劳动仲裁，要求责令公司与其签订劳动合同。仲裁委员会查明，公司最初向劳动局报批招工时就规定男工应为高中以上文化水平，女工为大专以上文化水平，由于男女不同标准且不属于特殊工种而未被批准，公司为获得批准便将条件改为男女均高中以上文化

水平，但在录用时则实际提高了女工的录用标准。双方最后在仲裁委员会的主持下达成协议，公司与李某签订了为期3年的劳动合同。

专家分析

本案中，家电公司拟招聘的工作岗位具有普通性质，却对男女工人采取不同的录用标准，侵犯了妇女享有与男子平等的就业权利，构成就业的性别歧视。《劳动法》和《就业促进法》明确规定了劳动者的平等就业权，这是劳动者享有的基本权利之一，是宪法上的平等权在劳动法领域的体现，应得到尊重和保护。用人单位享有用人自主权，可以根据岗位需要设定标准，但是设置的招聘条件必须基于工作的性质、需求及其他相关因素所确定，具有合理差别，如果该条件并非职位所必须，则构成就业歧视。

1994年颁布的《劳动法》第十二条规定了禁止就业歧视的原则，即劳动者就业不因民族、种族、性别、宗教信仰不同而受歧视，并且专门针对性别歧视进行了规定，保障妇女享有与男子平等的就业权利。用人单位在录用职工时，除国家规定的不适合妇女的工种或者岗位外，不得以性别为由拒绝录用妇女或者提高对妇女的录用标准。2008年1月1日起实施的《就业促进法》进一步扩大了就业歧视的范围，值得人力资源管理注意。《就业促进法》关于就业歧视的变化主要表现在三方面：其一，该法第三条在《劳动法》第十二条基础上增加的一个“等”字，扩大了就业歧视的类型，使就业歧视的范围不限于民族、种族、性别、宗教信仰四种情况；其二，强调用人单位招用人员，有义务向劳动者提供平等的就业机会和公平的就业条件，不得实施就业歧视；其三，增加了就业歧视的一些具体规则，^①如用人单位不得拒绝录用传染病病原携带者（经医学鉴定传染病病原携带者在治愈前或者排除传染嫌疑前，不得从事法律、行政法规和国务院卫生

① 《就业促进法》第二十七条 国家保障妇女享有与男子平等的劳动权利。

用人单位招用人员，除国家规定的不适合妇女的工种或者岗位外，不得以性别为由拒绝录用妇女或者提高对妇女的录用标准。

用人单位录用女职工，不得在劳动合同中规定限制女职工结婚、生育的内容。

第二十八条 各民族劳动者享有平等的劳动权利。

用人单位招用人员，应当依法对少数民族劳动者给予适当照顾。

第二十九条 国家保障残疾人的劳动权利。

各级人民政府应当对残疾人就业统筹规划，为残疾人创造就业条件。

用人单位招用人员，不得歧视残疾人。

第三十条 用人单位招用人员，不得以是传染病病原携带者为由拒绝录用。但是，经医学鉴定传染病病原携带者在治愈前或者排除传染嫌疑前，不得从事法律、行政法规和国务院卫生行政部门规定禁止从事的易使传染病扩散的工作。

第三十一条 农村劳动者进城就业享有与城镇劳动者平等的劳动权利，不得对农村劳动者进城就业设置歧视性限制。

行政部门规定禁止从事的易使传染病扩散的工作除外，比如食品、卫生行业对劳动者的身体状况就有较高的要求)。如农村劳动者进城就业享有与城镇劳动者平等的劳动权利，用人单位招用人员不得对农村劳动者进城就业设置歧视性限制。再如用人单位招用人员，不得歧视残疾人。根据2007年5月1日起实施的国务院颁布的《残疾人就业条例》第十三条规定，用人单位应当为残疾人职工提供适合其身体状况的劳动条件和劳动保护，不得在晋职、晋级、评定职称、报酬、社会保险、生活福利等方面歧视残疾人职工。

法律对就业歧视范围的扩大，意味着用人单位面临更多的法律约束，用人单位在制定招聘广告（在制定录用条件、规章制度等方面同样如此）应充分了解法律的相关内容，遵守法律的规定，避免承担不必要的法律风险，增加用工成本。

应当指出，《就业促进法》尽管在《劳动法》的基础上扩大了就业歧视的范围，但更多的是原则性规定，对于民族、种族、性别、宗教、残疾、传染病病原携带者、农村劳动者以外的其他情形是否构成就业歧视，还缺少具体的判断标准，如年龄歧视、学历歧视、经验歧视等是否属于禁止歧视的范围仍存在争议。用人单位根据岗位需求和实际需要，可以将一定的学历要求和工作经验作为应聘的条件。

（三）招聘广告制作不当的法律风险

用人单位在招聘阶段往往存在认识上的误区，认为招聘广告主要是吸引人员前来应聘，不过是一种招聘的宣传手段，夸张一点甚至是天花乱坠也无所谓，而忽视了其中可能蕴藏着的法律风险，这种认识与以往我们的劳动法律规定存在法律空白相关。《劳动法》将重心放在劳动合同方面，对就业问题关注相对甚少，仅在《劳动法》第十二条、第十三条对就业歧视作了原则性规定和对妇女就业歧视进行了相应规定，但没有明确用人单位违反上述规定应承担的法律责任；从劳动争议的范围来看，也未将就业歧视纠纷纳入其中，从而限制了劳动者申请劳动仲裁和起诉的权利，如根据最高人民法院《关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释》（法释〔2001〕14号）第一条规定，劳动者与用人单位之间发生的下列纠纷，属于《劳动法》第二条规定的劳动争议，当事人不服劳动争议仲裁委员会作出的裁决，依法向人民法院起诉的，人民法院应当受理：一是劳动者与用人单位在履行劳动合同过程中发生的纠纷；二是劳动者与用人单位之间没有订立书面劳动合同，但已形成劳动关系后发生的纠纷；三是劳动者退休后，与尚未参加社会保险统筹的原用人单位因追索养老金、医疗费、工伤保险待遇和其他社会保险费而发生的纠纷。可见，在就业尤其是就业歧视的责任承担方面处于法律真空地带，这是用人单位产生认识误区的重要因素之一。

在新的劳动法律框架下，如果用人单位再同以往一样忽视招聘广告中的法律问题，则可能增加不必要的法律风险。《就业促进法》第六十二条规定：“违反本法规定，实施就业歧视的，劳动者可以向人民法院提起诉讼。”明确了劳动者在受到就业歧视时可