

企业法律
风险防控
系列丛书

企业劳动用工的 法律风险 与防控

◎主编 李振华

企业法律
风险防控
系列丛书

企业劳动用工的 法律风险 与防控

◎主 编 李振华
◎副主编 王文联 张 洋
◎撰稿人 (按姓氏笔画排列)
王文联 申 洛 阮梅珍
李振华 张 洋 罗 俊
金林蔚 俞红卫 蒋 成
程 艳 颜 强 霍 妍



ZHEJIANG UNIVERSITY PRESS
浙江大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

企业劳动用工的法律风险与防控 / 李振华主编.
—杭州: 浙江大学出版社, 2014. 8
ISBN 978-7-308-13578-8

I. ①企… II. ①李… III. ①劳动法—研究—中国
IV. ①D922.504

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2014)第 164894 号

企业劳动用工的法律风险与防控

主编 李振华

责任编辑 吴伟伟 weiweiwu@zju.edu.cn

封面设计 林智广告

出版发行 浙江大学出版社

(杭州市天目山路 148 号 邮政编码 310007)

(网址: <http://www.zjupress.com>)

排 版 浙江时代出版服务有限公司

印 刷 杭州日报报业集团盛元印务有限公司

开 本 710mm×1000mm 1/16

印 张 13.75

字 数 240 千

版 印 次 2014 年 8 月第 1 版 2014 年 8 月第 1 次印刷

书 号 ISBN 978-7-308-13578-8

定 价 30.00 元

版权所有 翻印必究 印装差错 负责调换

浙江大学出版社发行部联系方式 (0571)88925591; <http://zjdxcb.tmall.com>

丛书前言

近年来,不论是企业界还是法学界都越来越重视对企业法律风险的研究,虽然说法不一,但对于企业法律风险的认识日趋成熟、对于企业法律风险管理的探索日趋深入。人们几乎共同认识到企业防控法律风险的必由之路是:认识企业法律风险、从经营管理的流程中识别本行业、本企业所面临的法律风险并由此建设企业法律风险管理体系,从而有效防控企业法律风险。

我们认为,企业法律风险是企业经营管理过程中的行为违法违规、违约或因外部法律环境的因素而致使企业及相关责任人被强制接受包括不能实现预期目标、承担民事责任、接受行政或刑事处罚等不利后果的可能性。

企业的经营管理,指的是以企业为行为主体的一切行为。企业的行为归根结底是人的行为,是与企业的经营管理相关的所有人员的职务行为,也包括企业授权从事与企业经营管理相关行为的被授权人在授权范围内的行为,所有这些行为并不以加盖企业公章或企业法定代表人的签字为必要条件,不以行为人是否懂法为必要条件,也不以是否故意为必要条件。换言之,所有这些人员的行为并无固定的行为模式,也不论是否故意,是否懂法,都很容易被视为企业的行为并由企业及相关责任人承担不利后果。

违法违规,是指企业在经营管理过程中不遵守我国宪法、法律、法规、规章、其他规范性文件以及行业自律规定等对企业行为有规范作用的规范性文件的规定,或在某些情况下不遵守必须或承诺遵守的国外、境外法律或其他的规定,由此可能招致相应的处罚或接受其他不利后果的行为。这种违反规定的行为不论是否故意,只要事实上违反法律法规规章及其他规定的,就是违法违规的行为。我们将此统称为违规。

违约,是指企业在经营管理过程中因故意或过失没有遵守与相对人的约定或业已对社会、公众发布的承诺,从而可能招致相对人依法追究违约责任而承担不利后果的行为。违约最常见的表现形式是合同违约。违规和违约是导致企业法律风险的主要原因。

外部法律环境因素,系指立法不完备、司法不公、司法腐败、执法不公、权力寻租以及相对人的不守诚信、违约甚至欺诈等因素致使企业承担不利后果。随着社会主义法治国家建设的稳步推进、和谐社会构建的日益完善,因外部法律因素导致的企业法律风险会越来越少。但毋庸讳言,目前外部法律的因素是导致企业法律风险的重要原因。相对人的不诚信甚至欺诈往往使依法诚信经营的企业防不胜防,而司法腐败、执法不公等因素又使企业处于被动和弱势地位,有时外部诸多法律因素可能会叠加,并且可能在企业自身有违规或违约行为时共同作祟,使企业蒙受巨大损失。对于这一风险源企业也应当予以足够的重视。

根据我们对企业法律风险的初步认识,我们认为企业法律风险有五个基本特征:

第一,产生原因的特殊性。之所以将企业的一种风险称为法律风险,主要是因为它的产生原因的特殊性。如前所述,原因主要来自两个方面,一是企业自身违规、违约,二是致使企业或相关人员可能被强制接受对自己不利后果的外部法律因素,诸如立法不完备、司法不公、权力寻租、相对人不诚信等等。以上因素可能叠加、相互作用从而形成更大的法律风险。

第二,普遍性。企业法律风险产生原因的特殊性决定了企业法律风险的普遍性。企业法律风险存在于一个企业发起之初到清算或破产、被吊销之后的任一时期,而且在任一时期的任一方面都会存在企业法律风险。一个企业无论是设立还是消亡一定是法律行为。不依法,既无法使企业“出生”,也难以让企业“死亡”,而在企业存在的生命周期里,无论面对不特定的社会公众、经营的相对人还是针对企业内部员工,企业的经营管理行为几乎离不开法律法规的约束,从某种意义上说,企业的经营管理行为也是一种执行法律的行为。企业一方面在长期的存续期间,因不懂法、不知法而违法,为眼前利益故意违法的时常可见,甚至在遇到危机时铤而走险“以身试法”的事也时有发生;另一方面,对于大企业而言经营管理人员众多,往往个人的职务行为即是企业行为,这些人履行职务的行为随时会因各种原因致使企业违法、违规、违约而形成企业法律风险;此外,企业经营管理中的其他风险,诸如用工风险、财务风险等等,也因实际上有过违规、违约事件或可能被强制接受不利后果而最终表现为企业的法律风险。至于外部法律因素则更是不以企业意志为转移而客观存在、难以躲避又时刻会遇上的风险,司法不公、司法腐败、执法不公、权力寻租、地方保护等不正常现象可能会存在相当长的时间,相对人不诚信、违约、欺诈

的情况也难以遁迹,相反在利益驱使之下甚至会愈演愈烈,手段越来越多,“水平”也越来越高。可以说,自其设立之日起企业法律风险就在各个方面如影随形。

第三,严重性。企业法律风险一旦成为风险事实,对企业会有多方面的损害,既涉及企业近期或长远的经济指标、管理目标,也涉及包括企业形象、知识产权在内企业的无形资产;既包括一定的经济损失、形象毁损、一定程度的处罚,也包括巨大的资产(包括无形资产)损失直至企业被社会抛弃、破产或被吊销而使企业“死亡”、并且使相关的责任人被追究刑事责任。通常而言,因企业法律风险而使企业或责任人承担的责任不外乎民事责任、行政责任和刑事责任。刑事责任是指依据国家刑事法律规定,对犯罪分子依照刑事法律的规定追究的法律责任。我国刑法所界定的犯罪主体,除了自然人之外,还包括单位。单位犯罪是指公司、企业、事业单位、机关、团体实施的依法应当承担刑事责任的危害社会的行为。单位犯罪往往是法律风险防控不到位造成的,例如,很多企业被认定为构成我国刑法规定的“虚开增值税发票、用于骗取出口退税、抵扣税款发票罪”的根本原因是没有对不规范开具增值税发票等行为可能引发的法律风险做出评估并加以防控。虽然,单位犯罪不会产生死刑、有期徒刑等自然人犯罪所要遭受的刑罚,但我国刑法规定,单位犯罪的,对单位判处罚金,并对其直接负责的主观人员和其他直接责任人员判处刑罚。这种法律后果不论对于企业还是对于个人都是很严重的。企业的经营除了面对刑事责任这根绝对高压线外,还要面临可能产生的行政责任。行政责任是指因为违反行政法律规范而应承担的法律责任,例如行政处罚。我国存在大量的行政法规且相对不完善,这就导致企业在经营过程中特别容易背上行政责任。这也彰显出企业防范此类风险的重要意义。最后,法律风险引发的法律责任形式是民事责任。民事责任是民事主体在民事活动中,因实施了民事违法行为,根据民法所承担的对其不利的民事法律后果或者基于法律特别规定而应承担的民事法律责任。民事责任的承担往往会直接致使企业遭受经济损失。可以说,由企业法律风险引起的后果可以让企业及其责任人可能承担最严厉的处罚、接受最严重的后果。也可以说,当一个企业或其责任人遭受最严厉处罚时,一定是由法律风险所导致的,即便最初表现为其他风险,此时也一定表现为法律风险且承担严重后果。对于企业而言,除了战争、破坏、自然灾害,几乎没有比法律风险更大、更严重的风险了。

第四,强制性。没有一个企业会主动、自觉地接受对自己不利的后果,但

当企业法律风险成为风险事实时,不论企业是否愿意,也不论责任人是否情愿,行政部门、相对人都可以通过司法救济,请求司法机关强制执行,即由国家机器强制使企业或其责任人接受不利后果,对于被执行的企业或责任人而言,只能接受,没有侥幸。

第五,形成风险事实的可能性,或者说企业法律风险的可防控性。虽然企业法律风险普遍存在且结果可能十分严重,但风险毕竟是风险,当我们还称之为法律风险时,它具有不确定性,是一种可能,并非必然会产生不利后果。所谓不确定性、可能性是相对而言的,它相对于人们的愿望、期许,有了愿望之后会有计划,然后实施。实施过程会随时有新情况新因素的加入,最终共同作用形成结果。当所有的情况和因素及其共同作用确定后必然形成相应的结果,从这个层面而言没有不确定性,不确定的是人们的愿望、期许和为之做出的计划与结果之间加入了哪些新情况、新因素,以及它们又是怎么共同作用的。如果我们能够较好地把握这些情况、因素,了解它们如何共同作用,那么结果对于愿望而言就是确定或基本确定的。由此看企业法律风险,有两方面的不确定性、可能性。一是企业的目标、愿望能否实现的不确定性,如果在目标实现之前加入了企业的违规、违约行为或受到外部法律因素的作用,就会因企业的法律风险而使目标的实现有了不确定性;二是企业法律风险形成后产生风险结果的不确定性,法律风险形成后往往不会立即产生不利后果,在后果产生之前仍可能有包括侥幸因素在内的其他情况和因素介入而使不利后果不再产生。企业法律风险的这一特征,使我们在识别企业法律风险的基础上采取有效措施去防控企业法律风险成为可能。我们有可能在经营管理过程中,摒除违规、违约行为,关注外部法律环境变化并采取相应措施,从而使法律风险的可能性不再转化为现实性,使企业的既定目标和愿望得以实现。

基于对企业法律风险的基本认识,我们认为企业法律风险贯穿于企业生命周期的始终,存在于企业经营管理的各个方面,企业法律风险发生的频率很高、“门槛”很低,而且企业法律风险可以是让企业及其相关责任人强制接受严重后果的重大风险。但同时企业法律风险也是可以被识别和事先防控的。对于企业而言,识别法律风险并有效防控法律风险是经营管理中的一项十分重要的工作,也是企业法律事务工作的重要内容。

防控企业法律风险实质就是企业在经营管理过程中自身依法管理、诚信经营,做到不违规、不违约,同时让外部法律因素的负面作用降低,使之不能形成对企业的不利后果。要达到这样的效果,我们认为应当建立以合规管理为

核心内容的有效的企业法律风险防控管理机制。

何谓合规管理?“合规管理”(也称为“合规风险管理”)一词较早出现在银行业当中并且与《巴塞尔协议》密不可分。1974年,两家著名跨国银行——前联邦德国的赫尔斯塔银行(Herstatt Bank)和美国的富兰克林国民银行(Franklin National Bank)相继倒闭,促使各国金融当局加强对跨国银行监管的国际合作,美国、英国、法国、德国、意大利、日本、荷兰、加拿大、比利时、瑞典10国的中央银行于1974年年底共同成立巴塞尔银行监管委员会(简称巴塞尔委员会)。巴塞尔委员会自成立以来,以跨国银行的风险监管为核心,先后制定、达成了一系列原则和协议,例如《对银行国外机构监管原则》(1975)、修改后的《对银行国外机构监管原则》(1983)、《统一资本计量与资本标准的国际协议》(1988)、《国际银行监管最低标准法》(1992),等等。前三个文件习惯上被称为《巴塞尔协议》,或称巴塞尔第一、第二、第三协议。巴塞尔第三协议(该协议于2003年修改完成,2006年开始实施)与前两份协议相比,取得了实质性进步,也最为著名。

巴塞尔第三协议最重要的贡献之一是将监管视角从银行外部转向银行内部。此前的协议都注重如何为银行的稳定经营创造良好的国内、国际环境,强调政府的督促作用以及政府间的分工协作,对银行本身尤其是对银行防范风险屏障的资本没有做出任何有实际意义和可行标准的要求。巴塞尔第三协议则从资本标准及资产风险两个方面对银行提出明确要求,这实质上是要求银行从自身防范风险。这意味着对银行的管理开始由资产负债管理向风险管理过渡。1998年9月,巴塞尔委员会在《银行业组织内部控制体系框架》中,将“合法和合规性”列为银行内部控制框架的重要因素之一。2003年10月,巴塞尔委员会就合规问题专门发布了《银行内部合规部门》的指引性文件,明确合规风险管理是一项日趋重要且独立的风险管理职能。2005年4月29日,巴塞尔委员会又修订发布了《合规与银行合规职能》指引,明确指出:银行的活动必须与所适用的法律、监管规定、规则、自律性组织制定的有关准则,以及适用于银行自身业务活动的行为准则相一致。合规管理一词在银行业中广泛运用开来,在银行合规管理逐步取得成效后,其他市场主体也开始引入合规管理制度,以降低经营风险。

合规管理的本义有两个重要理念:一是合规;二是着力于自身管理,即要防控风险,必须加强自身的合规管理。我们认为源于银行界的合规管理的理念非常契合于企业法律风险的防控,在这样的理念之下思考企业法律风险管

理必然将合规管理作为核心内容。

合规之“规”，即规矩之规，从狭义上看，仅指企业的内部规章制度；从广义上看，除了企业的内部规章制度外，还包括宪法、法律、法规、规章及其他规范性文件，自律性组织的行业准则、行为守则和职业操守。从更广泛的角度而言，作为企业，与相对人签订的合同约定、对外发布的承诺等也是应遵守之规矩，因而也是“规”的内容。合规之“规”是从最广义的角度上来理解的。

合规之“合”，相当于“法律实施”范畴。法律实施，也叫法的实施，本义是指法在社会生活中被人们实际施行，包括执法、司法、守法和法律监督。法律实施是实现立法者目的、实现法律的作用的前提，是实现法的价值的必由之路，正如有的学者指出的，法律的生命在于它的实行。合规管理之“合”侧重法的实施的“守法”，主要是指对“规”的遵守。

合规管理的合规，也就是遵守宪法、法律、法规、规章、其他规范性文件、行业自律规范以及与相对人签订的合同约定、企业对外发布的各种承诺，它包含了守法和诚信的双重含义。显然，合规管理的“合规”就是力图使企业的经营管理与违规、违约作“切割”，从而从源头上防控企业法律风险。

合规管理强调企业自身的合规，如何防控外部法律因素形成的法律风险呢？因为合规之“规”包含了企业内部规章制度，也包含企业向社会公众的承诺以及与相对人的合同约定，企业的这些行为是自主、主动的行为，企业处于主动作为的地位，可以利用这种地位，充分分析不断变化的外部法律因素，在规章制度中设置相应的应对措施，在对外发布的承诺和与相对人签约的程序以及内容里，充分注意外部法律因素，将防控的措施体现在制度中、写进合同里，并且面对不断变化的外部法律因素实施调整这些内容。当然，这个防控过程专业性很强，需要一支专业化的队伍也需要整个企业的协调行动。但毕竟通过合规管理，企业是可以对外部法律环境产生的法律风险防控有所作为的并取得防控效果的。

合规管理是企业法律风险防控管理的核心内容，企业法律风险防控至少有以下三个方面：

一是建立总法律顾问制度或与企业实际相匹配的企业法律顾问制度。企业总法律顾问制度是近十年来国资委要求从特大型国有企业开始逐步在国有企业中建立的重要制度。实践表明，这项制度对于企业防控法律风险起到了关键的作用，效果非常明显，它是企业法律风险防控管理的关键所在。这项制度的核心是，以制度的形式确定企业要有一支在总法律顾问领导下的懂法律

且熟悉本企业经营管理的专业法律工作者队伍,参与企业的规章制度制定、重大经营决策,对合同及重大经营项目实施全过程的法律事务管理,从而在企业内部筑成堡垒,有效防控企业法律风险。近年来,总法律顾问制度的实践表明,切实做好企业法律事务工作,对企业而言是实现既定目标的支撑和保障,从事企业法律事务的这支专业队伍(企业内部的法律顾问)是企业的卫士和斗士,企业法律顾问以其责任和担当加上对行业、企业的熟知、对法律的精通而成为企业防控法律风险的核心力量,这支队伍为特定行业、企业所特有,无法替代,否则难以发挥其应有作用。因此,企业对企业法律事务势必投入有成本(据悉发达国家的一些知名企业,对企业法律事务的投入占企业销售额的1%左右),同时对企业法律事务的投入也是企业的效益,效益不仅直接体现在防控法律风险、诉讼维权等带来的直接经济效益,更在于规范管理从而降低风险、提升企业形象从而提高企业的软实力等诸多更高层次的效益。

二是建立有效的法律风险防控机制。建立一种机制,使企业内部专业法律工作者队伍能紧盯不断变化的外部法律因素,结合企业自身的经营管理实际,适时出具本企业法律风险报告;结合经营管理的实际操作过程,识别、梳理本企业面临的法律风险并提出相应防控措施,将这些报告、分析和建议措施传达到管理者和每个相应的岗位,落实到每个经营管理者的行为中。以制度的形式确保这一机制顺畅。建立这一机制的基础无疑是完善的总法律顾问制度。

三是企业领导的法治理念。法律意识是一个人对法律的基本看法,其中理性化的法律意识是一个人的法治理念。企业的领导者,尤其是主要领导,是企业的核心,企业领导在企业法律风险防控过程中处于核心地位。很难想象,在法治日益完善的市场经济社会里,一个企业的领导者法治观念不强、风险意识淡薄而能领导一个企业有效防控法律风险,实现企业发展目标。一个企业领导人的法治理念由诸多理性化的法律意识构成,包括主动的知法意识、严格的守法意识、自觉的自律意识、清醒的风险意识、强烈的维权意识、精确的实效意识、敏感的证据意识和严肃的合同意识,企业领导的这些理性化的法律意识来自于对法律知识的学习和掌握,也源自关于法治理念的直接灌输教育。我们国家非常重视法律的普及教育,至今已经进入第六个五年普法教育计划,并且在近期的普法教育计划中特别强调社会主义法治理念教育。作为企业的领导人,不一定成为法律专家,但是必须在法律知识的学习中,在法治理念的灌输中,也在企业经营管理的经验教训中建立起社会主义法治理念,否则企业的

法律风险防控将无从谈起,企业的法律风险会失控,企业一定难以实现其既定目标,甚至会消失在风险的海洋里。企业领导人只有在自觉的法治理念之下,才会重视法律风险的防控工作,才会合理安排投入,才会引领强有力的制度建设,才会建立有效防控机制。从某种意义而言,企业领导人尤其是主要领导人的法治理念和对企业法律事务工作的重视是企业法律风险防控的决定因素。

从理论上认识企业法律风险,从本行业、本企业的经营管理流程中识别企业法律风险,依托总法律顾问制度,以健全的相关制度和有效的机制有针对性地采取相应措施防控企业法律风险,是企业实现利益最大化的必由之路。基于这样的识别,我们分行业编写了企业法律风险防控系列丛书,希望对不同行业的企业法律风险防控工作有所帮助。

编写说明

随着劳动用工法律的不断健全与完善,企业的劳动用工法律风险日显突出,为避免劳动争议而投入的用工成本也在不断增加,对企业劳动用工管理水平提出了更高的要求。基于对企业法律风险的基本认识,浙江省企业法律顾问协会组织相关专家,识别劳动用工可能产生的法律风险,提出风险防控对策和措施。本书是企业法律风险防控系列丛书的一个组成部分。希望本书能为人力资源管理人员防控该领域法律风险提供帮助,并为企业法律风险研究的理论工作者提供参考。劳动用工法律法规繁杂,用工形式多种多样,加上编者水平有限,难免有理论上的不成熟和风险列举上的挂一漏万,希望不断得到专家及企业人力资源管理者批评指正。我们也将进一步对企业劳动用工法律风险进行研究,在汲取各方意见的基础上,不断加以改进、完善。

本书由李振华主编,编写分工情况如下:前言,李振华;第一章,颜强、张洋;第二章,蒋成;第三章,金林蔚、罗俊;第四章,霍妍;第五章,程艳;第六章,王文联;第七章,颜强、李振华;第八章,阮梅珍、申洛;第九章,俞红卫;第十章,金林蔚、罗俊。李振华、于立岳、占光胜负责全书的统稿。

本书得到中石化北京石油分公司、中石化浙江石油分公司、浙江天册律师事务所、浙江泽大律师事务所的关心和帮助,在此表示衷心的感谢。

目 录

第一章 员工招录的法律风险与防控	(1)
第一节 员工招聘的法律风险与防控	(1)
第二节 员工录用的法律风险与防控	(7)
第三节 典型案例	(13)
第二章 劳动合同订立的法律风险与防控	(15)
第一节 劳动合同条款的法律风险与防控	(15)
第二节 大学生三方协议的法律风险与防控	(21)
第三节 其他法律风险与防控	(24)
第四节 典型案例	(27)
第三章 劳动合同履行的法律风险与防控	(30)
第一节 企业内部规章制度的合规预审	(30)
第二节 劳动报酬支付管理	(33)
第三节 工作时间与休息休假制度	(41)
第四节 劳动安全卫生制度	(46)
第五节 典型案例	(49)
第四章 劳动合同变更、解除与终止的法律风险与防控	(52)
第一节 劳动合同变更的法律风险与防控	(52)
第二节 劳动合同解除的法律风险与防控	(57)
第三节 劳动合同终止的法律风险与防控	(68)
第四节 经济补偿金的计算规则及实务操作	(70)
第五节 典型案例	(75)
第五章 工会组织和集体合同的法律风险与防控	(77)
第一节 工会组织	(77)

第二节 集体合同	(84)
第三节 典型案例	(94)
第六章 企业非标准劳动用工与民事雇佣的法律风险与防控	(96)
第一节 非标准劳动用工的法律风险与防控	(96)
第二节 民事雇佣的法律风险与防控	(110)
第三节 典型案例	(115)
第七章 商业秘密保护与竞业限制的法律风险与防控	(120)
第一节 概述	(120)
第二节 商业秘密保护的法律风险与防控	(125)
第三节 竞业限制的法律风险与防控	(128)
第四节 典型案例	(129)
第八章 社会保险实务及福利制度的法律风险与防控	(132)
第一节 社会保险及其法律风险防控	(132)
第二节 特殊群体保护	(165)
第三节 其他	(171)
第四节 典型案例	(177)
第九章 劳动争议处理的法律风险与防控	(182)
第一节 概述	(182)
第二节 劳动报酬引发的劳动争议处理	(184)
第三节 工伤引发的劳动争议处理	(187)
第四节 典型案例	(188)
第十章 劳动用工重点法规规章解读	(192)
第一节 《中华人民共和国劳动合同法实施条例》解读	(192)
第二节 《劳务派遣暂行规定》解读	(199)
第三节 典型案例	(203)
参考文献	(205)

第一章 员工招录的法律风险与防控

第一节 员工招聘的法律风险与防控

企业在招聘环节的法律风险主要体现在两方面：一是就业歧视；二是企业向应聘者做出许诺而事后未兑现。

一、就业歧视的法律风险与防控

(一) 就业歧视的概念

歧视，就是给予不公平的对待，公平从本质上讲就是社会各种资源、利益以及负担的分配上的正义，表现为“给每一个人他所应得的”这种基本的形式。^① 就业歧视的概念，在我国目前的法律中并没有明确的界定，但根据我国已经批准加入，并在我国具有法律渊源地位的三个国际公约中对于此较明确的概念（联合国《消除一切形式种族歧视国际公约》《消除对妇女一切形式歧视公约》，国际劳工组织《消除就业歧视和职业歧视公约》）。

在我国目前的法律中，与就业歧视相关的规定主要有：《劳动法》第3条“劳动者享有平等就业和选择职业的权利、取得劳动报酬的权利、休息休假的权利、获得劳动安全卫生保护的权利、接受职业技能培训的权利、享受社会保险和福利的权利、提请劳动争议处理的权利以及法律规定的其他劳动权利”；第12条“劳动者就业，不因民族、种族、性别、宗教信仰不同而受歧视”；第13条“妇女享有与男子平等的就业权利。在录用职工时，除国家规定的不适合妇女

^① [英]A. J. M. 米尔恩：《人的权利与人的多样性：人权哲学》，夏勇、张志铭译，中国大百科全书出版社1995年版。

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”;《就业服务与就业管理规定》第4条“劳动者依法享有平等就业的权利。劳动者就业,不因民族、种族、性别、宗教信仰等不同而受歧视”;第5条“农村劳动者进城就业享有与城镇劳动者平等的就业权利,不得对农村劳动者进城就业设置歧视性限制”。在《就业促进法》《劳动合同法》《妇女权益保障法》《女职工劳动保护规定》《残疾人保障法》《残疾人就业条例》《传染病防治法》中也有反就业歧视的相关规定。

(二)就业歧视的法律风险与防控

企业在员工招聘过程中需要重点关注的主要是性别歧视、户籍歧视、年龄歧视、健康状况歧视、学历学位歧视。

1. 性别歧视

在中国,性别歧视是最为常见的就业歧视之一,充斥着各行各业,不管是在企事业单位或公务员的录用过程中,都普遍存在。女性与男性生理结构和心理上的差别,导致劳动能力方面存在差异,同时部分用人单位认为女性从恋爱、结婚到生子需要耗费许多时间和精力,数年内难以重用,客观上女性因为生理因素使得许多用人单位不便安排夜班、加班还有出差等,这些都会使部分单位在招聘时优先录用男性。但除非是有明确的法律规定属于不适合女性的工作岗位,用人单位才可以在招聘时只录用男性,否则就属于违法行为。

当前,大多数的用人单位在招聘公告中不会出现明文的性别歧视性要求,而是借助企业用人自主权,在用人选择上设置其他条件以留用男性员工,因此在现实中判断是否构成性别歧视有着较大难度。

我国《宪法》《劳动法》和《妇女权益保障法》都对平等就业做了规定。《就业促进法》第27条规定:“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。”《就业促进法》第62条明确规定:“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。”《妇女权益保障法》第52条规定:“侵害妇女合法权益造成财产损失或者其他损害的应当依法赔偿或者承担民事责任。”这些规定把就业性别歧视纳入司法轨道,为受歧视的妇女提供了司法救济的途径。

用人单位在招聘广告中要避免使用歧视性语言,也不应拒绝录用女职工

或者提高对女性的录用标准。

2. 户籍歧视

户籍是记载居民和住户基本信息的法律文书。1958 年我国颁布《户口登记条例》，确立了以户籍为基础的户口管理制度，该条例以法律形式限制了农村和城市间的人口流动，造成了城乡分离的“二元经济模式”。保障城镇居民就业是户籍制度建立的目标之一，因此从户籍诞生之初，其与就业问题就是息息相关的。在以往的招聘中，常有用人单位在招聘广告中限定本地户口优先，甚至有单位要求必须有本市户口居民担保等。户籍歧视主要针对外来工作人员，中国特有的二元户籍制度是导致户籍歧视产生的主要原因，部分地方政府为了保证本地人员的充分就业，会采取地方保护主义，对外来人口进行限制。

从目前中国法律现状来说，对于户籍歧视的界定主要依靠《就业促进法》《劳动法》，它们都规定了劳动者享有平等就业权，但相关规定中对就业歧视的法律责任规定得不明确，多是一些原则性规定，一些地方政府规章也对户籍歧视有相应的规定，但对法律责任也不明确，例如《浙江省人民政府关于解决农民工问题的实施意见》《浙江省人民政府关于全面推进城乡统筹就业的指导意见》中相关的规定。涉及户籍歧视的具体司法实践，需要观察各地主管部门的执行情况。企业招聘过程应尽量避免出现以户籍为录用条件的情况。

3. 年龄歧视

在社会招聘中，很多招聘广告中都会对应聘者有明确年龄要求，甚至公务员招考也有类似硬性规定。年龄歧视多数是针对中老年人的，一般会要求应聘者年龄在一定年纪以下，但部分岗位会提高年纪下限要求年龄达到一定年纪以上，此类岗位大多是一些需要工作经验的岗位。从用人单位角度来看，企业作为市场主体，自然是趋向于录用符合企业利益与需求的员工，现有法律对年龄歧视的规范只有原则性的反歧视条款，保护力度也不如对性别歧视等的保护，从已经发生的案例来看，年龄歧视是就业招聘中常见但又尚难解决的一个问题。用人单位在招聘过程不应只以年龄为依据，而应根据岗位实际需求，通过工作能力等标准的设置来满足招聘需求。

4. 健康状况歧视

健康状况歧视，主要是针对“传染病病原携带者”的歧视，尤其是“乙肝病毒携带者”的歧视。近些年，全国各地出现了多起乙肝病毒携带者报考公务员或者求职时被拒录的事件，其中多起以诉讼的方式解决，是就业歧视事件中判例最多的一种类型。针对社会反映较为强烈的乙肝表面抗原携带者就业歧视