

企业法律与管理实务操作系列 WIN

HR俱乐部、劳动法在线

联合强力推荐



实用
问答版

人力资源管理 常见疑难法律问题全书

肖胜方 主编

企业人力资源培训最佳参考

人力资源管理问题疑难解答

涵盖最新劳动立法全部内容

列举劳动争议预防最全对策

通俗化解读 问答式叙述 对策化分析 实战化操作



超值赠送

无价之宝：《人力资源管理法律健康体检表》

（健康与否，一看明了，见本书第277-287页）

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

人力资源管理 常见疑难法律问题全书

肖胜方 主编

主 编：肖胜方

副主编：刘继承

编委会

肖胜方 刘继承 曾 跃 黄梦燕

高鹏飞 蓝荣富 黄树豪

中国法制出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

人力资源管理常见疑难法律问题全书: 实用问答版 /
肖胜方主编. —北京: 中国法制出版社, 2013. 12

(企业法律与管理实务操作系列)

ISBN 978 - 7 - 5093 - 5032 - 4

I. ①人… II. ①肖… III. ①企业管理 - 人力资源管理 - 劳动法 - 中国 - 问题解答 IV. ①D922. 505

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2013) 第 305825 号



策划编辑: 胡艺 (ngahf@gmail.com)

封面设计: 周黎明

人力资源管理常见疑难法律问题全书: 实用问答版

RENLI ZIYUAN GUANLI CHANGJIAN YINAN FALÜ WENTI QUANSHU; SHIYONG WENDABAN

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/787 × 1092 毫米 16

版次/2013 年 12 月第 1 版

印张/18.75 字数/311 千

2013 年 12 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978 - 7 - 5093 - 5032 - 4

定价: 48.00 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: 66033296

传真: 66031119

编辑部电话: 66034985

邮购部电话: 66033288



肖胜方 律师

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劳动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。曾经分别担任广州律协和广东律协劳动法专业委员会主任。

荣获全国维权十大杰出律师、全国五一劳动奖章、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，曾主编《劳动合同法下的人力资源管理流程再造》；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 律师

首届广东维权十大杰出律师，首届广州市优秀青年律师，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，广东省法学会社会法学研究会常务理事，广东省雇主工作联席会议专家组专家，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。

多年来专注于劳动法领域的理论与法律实践，在劳动法领域具备深厚的理论功底和丰富的办案经验；长期为多家大型企业集团提供人力资源管理的法律策划和劳动法专项法律服务，特别擅长处理重大、疑难、复杂的劳动争议以及群体性劳动争议案件；承办的劳动争议案件曾被中央电视台报道，并因多次承办重大劳动争议案件连续多年荣获广州市律师协会“维护社会稳定奖”表彰。

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。

序 言

盛南方*

自2008年1月1日《劳动合同法》施行以来，劳动法律问题持续吸引着公众的眼球，不少人认为《劳动合同法》过于超前，如：该法关于无固定期限劳动合同的低门槛和劳动合同解除或终止的高门槛不匹配，导致用工僵化；关于劳动合同变更的刚性规定侵犯用人单位的用工自主权，导致权益保护失衡；关于未订立书面劳动合同的法律责任过于严苛诱发劳动者道德风险，导致出现劳动法领域的“王海现象”等。

歌德曾说过：“理论是灰色的，而生活之树长青。”由于立法往往滞后于现实，面对实践中大量出现的疑难复杂劳动法律问题，法律层面并无清晰的答案，不少用人单位尝试探索既具有合法性又能够解决实际问题的变通做法。这些做法是否可行？有无法律风险？如何预防和规避法律风险？在立法和实操层面均亟待厘清。

随着劳动权益保障作为关系国计民生的重大问题逐渐引起各方的高度关注和重视，劳动立法也在2008年之后再次活跃起来，作为对社会实践的回应和指引，《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）》、《全国人大常委会关于修改〈劳动合同法〉的决定》、《劳务派遣行政许可实施办法》等劳动法律法规纷纷于近期密集出台，给人力资源管理带来了不少新的挑战。如何应对这些挑战，在本书中均可以找到答案。

本书共十篇，包含共计199个人力资源管理常见疑难法律问题解析，与市面

* 中国人才交流协会副会长、中国南方人才市场原主任。

上大多数同类劳动法律书籍不同，本书精选的 199 个法律问题均是作者在多年的劳动法律服务过程中总结的用人单位最关心、最头疼的问题，涵盖了从招聘录用到离职管理等人力资源管理中几乎全部重要法律节点，内容丰富而详实。结合近期密集出台的劳动立法新规，作者对这些问题的解答每个大约 900 字左右，包括法律依据、立法解读、实操经验和风险提示等，力求用简洁生动的语言把问题讲透又避免累赘，为读者呈现丰满立体的法律分析意见。

值得一提的是，本书的作者是来自广东胜伦律师事务所劳动法律事业部的专业律师。胜伦所是华南地区知名的劳动法专业品牌所，胜伦劳动法律师团队是华南地区最专业的劳动法律师团队之一，他们长期为世界 500 强的外商投资企业、上市公司、国有大中型企事业单位、民营企业集团提供劳动法律服务，累计处理数千件各类劳动争议纠纷。我与他们多有接触，对他们的专业水准和敬业精神印象深刻。

多年的劳动法律服务经验，让胜伦劳动法律师团队能够真正将理论与实践结合起来，在法律框架内寻求最佳解决方案，实现管理效能、法律效果与社会效果的统一。

希望本书的出版，可以厘清人力资源管理中的诸多认识误区，提升人力资源管理法律风险识别和预防能力，为构建和谐、稳定的劳动关系贡献力量。

是为序。

目 录

一、招聘录用篇

1

1. 什么是录用条件, 录用条件与招聘条件有什么不同? 1
2. 在招聘录用管理中制定录用条件是可有可无的吗? 2
3. 录用条件是用人单位单方制定还是必须双方协商确定? 3
4. 如何制定录用条件? 4
5. 录用条件约定员工在试用期不得结婚、不得请病假等情形是否有效? 6
6. 录用通知书是要约还是承诺? 7
7. 录用通知书发出后, 用人单位能否撤销或撤回? 8
8. 录用通知书应包括哪些内容, 能否替代劳动合同? 9
9. 发出录用通知书之后不予录用应承担哪些法律责任? 10
10. 已发出录用通知书, 能否以员工体检不合格为由不予录用? 11
11. 用人单位能签订试用期劳动合同吗? 11
12. 员工离职十年后再入职同一用人单位可以再次约定试用期吗? 12
13. 试用期内是否可以不签劳动合同、不买社会保险? 14
14. 劳动合同约定的试用期能延长吗? 14
15. 试用期内用人单位享有“任意解除权”吗? 15
16. 员工不能胜任工作, 在试用期解除和正式合同期解除有区别吗? 16
17. 单位规定“正式员工旷工三天解除, 试用期员工旷工一天解除”合法吗? 17
18. 哪些行为构成就业歧视, 用人单位有何法律责任? 18
19. 如何降低招聘录用环节的就业歧视风险? 19
20. 如何理解招聘中不得歧视与用工自主权之间的关系? 20
21. 员工以虚假身份入职应承担什么法律责任, 其权益受法律保护吗? 21

二、劳动合同管理篇

22

22. 员工入职后一个月内签订劳动合同是否存在法律风险? 22
23. 劳动者不签劳动合同用人单位应当如何应对? 23
24. 连续订立两次固定期限劳动合同后, 用人单位有权选择不续签吗? 24
25. 劳动合同期限应该签多长? 26
26. 劳动合同期限届满后才开始启动续订工作合适吗? 27
27. 通过变更劳动合同期限能够规避签订无固定期限劳动合同吗? 27
28. 通过“买断工龄”能够规避签订无固定期限劳动合同吗? 29
29. 实习协议中约定的违约金条款是否有效? 30
30. 员工工作调动在不同单位工作满10年, 可否要求签订无固定期限合同? 31
31. 劳动合同的约定与规章制度的规定不一致时如何适用? 32
32. 如何理解法律关于劳动合同变更的刚性规定与单位用工自主权的关系? 33
33. 员工不胜任现有工作岗位, 可否随意调岗, 调岗能否同时调薪? 34
34. 员工不能胜任工作的, 能否连续调整工作岗位? 35
35. 员工不服用人单位单方调岗拒不上班, 可否认定旷工? 36
36. 实行岗位聘任制的员工聘期届满后应如何处理? 37
37. 用人单位在哪些情况下可以不经与员工协商单方调整员工的岗位? 38
38. 劳动合同约定单位可根据工作安排调整员工岗位, 该约定是否有效? 39
39. 保密协议约定“涉秘人员合同终止或解除前公司有权调岗”是否合法? 40
40. 竞争上岗可以用人单位说了算吗? 41
41. 劳动合同的主体可以变更吗? 42
42. 企业搬迁的情况下, 员工不同意搬迁, 如何处理? 43
43. 劳动合同可以约定终止或解除条件吗? 44
44. 家庭保姆适用劳动合同法吗? 45
45. 一方书面通知另一方变更劳动合同, 另一方不予回应, 变更有效吗? 46
46. 劳动合同期与服务期是什么关系, 服务期延长劳动合同期也随之延长吗? 47
47. 约定服务期的劳动合同被用人单位单方解除, 劳动者需要支付违约金吗? 48
48. 未依法订立书面劳动合同的二倍工资属于工资吗? 应如何确定? 50

- 49. 倒签或补签劳动合同的, 单位应否支付二倍工资? 52
- 50. 劳动合同无效情况下, 用人单位应否支付二倍工资? 53
- 51. 人事经理自己未签订书面劳动合同能否要求用人单位支付二倍工资? 54
- 52. 签订书面劳动合同后单位不给员工是否合法? 员工能否主张二倍工资? 55
- 53. “入职登记表”、“聘书”能够替代劳动合同吗? 56
- 54. 劳动合同中关于“本合同期满双方无异议自动续期一年”的约定是否有效? 57
- 55. 劳动合同是否必须经过鉴证或备案才能生效? 58
- 56. 劳动合同可以将工作地点约定为“全国”吗? 59
- 57. 公司法定代表人要签劳动合同吗? 如果要签, 应当如何签呢? 60

三、劳动关系管理篇

62

- 58. 公司与清洁工之间属于劳动关系吗? 62
- 59. 出租车司机与出租车公司之间属于劳动关系吗? 63
- 60. 司机与被挂靠单位之间属于劳动关系吗? 64
- 61. 律师与律师事务所之间属于劳动关系吗? 65
- 62. 待岗是否合法, 福利待遇如何发放? 66
- 63. 劳动者可以与多个用人单位建立劳动关系吗? 67
- 64. 非全日制用工制度下是否存在加班问题? 68
- 65. 用人单位的分支机构具备签订劳动合同的主体资格吗? 69
- 66. 境外企业代表处直接聘用中国员工合法吗? 70
- 67. 客观情况发生重大变化时用工单位可否依法退回派遣员工? 71
- 68. 劳动合同终止后, 员工发现自己在终止前已经怀孕, 能否恢复劳动关系? 72
- 69. 如何认定借调过程中的劳动关系? 73
- 70. 设立中的公司与招聘的人员之间存在劳动关系吗? 74
- 71. 实习生可以与实习单位建立劳动关系吗? 74
- 72. 实习生是否有年龄限制? 实习生可以免费使用吗? 75
- 73. 实习生在工作中发生意外伤害, 实习单位是否需要承担责任? 76
- 74. 民营企业停薪留职是否合法? 77
- 75. 未办理涉外用工登记的外国人与用人单位之间形成何种法律关系? 78
- 76. 内退、下岗、停薪留职的员工再就业与新的用人单位形成何种法律关系? 79

- 77. 用人单位返聘达到法定退休年龄的员工, 两者构成什么法律关系? 80
- 78. 员工达到法定退休年龄劳动合同必然终止吗? 81
- 79. 员工私自加入外国国籍或台港澳户籍, 用人单位能否据此解除劳动合同? 82
- 80. 员工要求加入外国国籍或台港澳户籍, 用人单位可以据此解除劳动合同吗? 83
- 81. 员工应征入伍与用人单位的劳动关系应如何处理? 84

四、薪酬绩效篇 85

- 82. 最低工资数额指的是应发数额还是实发数额? 85
- 83. 年终奖是否属于工资? 年终奖是否必须发放? 86
- 84. 年终奖是否必须应当在“年终”发放? 87
- 85. 已经离职的员工可以享受年终奖吗? 88
- 86. 孕妇休产假或员工休病假可以不发放奖金吗? 88
- 87. 产假期间工资如何支付? 89
- 88. 员工不能胜任工作, 在培训期间可以只发基本工资或最低工资吗? 90
- 89. 工伤医疗期与患病或非因工负伤医疗期有何区别? 92
- 90. 因病不能从事原工作属于不能胜任工作吗? 93
- 91. 离职前 12 个月的平均工资属于应发工资还是实发工资? 95
- 92. 离职前 12 个月的平均工资包含哪些项目? 96
- 93. 员工拒绝偿还用人单位的借款, 用人单位能否在工资中直接扣除? 98
- 94. 劳动合同约定工资异议期是否有效? 99
- 95. 员工在带薪年假过程中未创造业绩, 可否不予发放绩效奖金? 101
- 96. 用人单位安排员工提前结束产假上班, 工资如何支付? 101
- 97. 哺乳期女职工能主动申请加班吗, 加班时长有限制吗? 102

五、工时与休息休假篇 103

- 98. 劳动合同约定的工资结构中包括固定加班工资有效吗? 103
- 99. 员工加班是否一定要支付加班费? 可以调休方式解决吗? 104
- 100. 约定加班工资的计算基数合法有效吗? 104
- 101. 值班人员是否可以要求支付加班工资? 106
- 102. 计件制员工如何计付加班工资? 107
- 103. 不定时工作制下法定节假日加班是否需要支付加班工资? 108

- 104. 实行综合计算工时制的员工, 年休假和法定节假日是否算工时? 109
- 105. 综合计算工时制的每月 166.67 小时应否剔除节假日和双休日? 110
- 106. 青年节、妇女节、少数民族节日未休假, 可以要求支付加班工资吗? 110
- 107. 法定节假日和年休假的加班工资是三倍还是四倍? 112
- 108. 带薪年假的“连续工作满 12 个月”是指在同一用人单位的工作时间还是包含不同用人单位的工作时间? 113
- 109. 用人单位能否安排员工跨年度休年休假? 114
- 110. 用人单位规定入职前领结婚证的不得享受婚假是否合法? 114
- 111. 因病或非因工负伤的医疗期可以多次享受吗? 115
- 112. 员工申请休病假用人单位是否必须审批? 病假期间工资如何发放? 117
- 113. 患病或非因工负伤的医疗期到底有多长? 118
- 114. 医疗期满后, 员工还能否请病假? 119
- 115. 员工医疗期内要求上班, 用人单位能否拒绝? 120
- 116. 员工请了 1 天病假, 医疗期就开始起算吗? 120
- 117. 员工连续休病假, 双休日、法定节假日是否计算在病假当中? 121
- 118. 违反国家计划生育政策的员工能否享受产假待遇? 122
- 119. 女职工哺乳期的哺乳时间能否累计成补休时间? 123
- 120. 法律规定的探亲假现在还在施行吗? 123

六、规章制度篇

125

- 121. 规章制度是否必须经过职工代表大会讨论通过? 125
- 122. 规章制度的内容是用人单位与员工协商确定还是用人单位单方决定? 126
- 123. 规章制度仅张贴在公告栏有效吗? 127
- 124. 在劳动合同中约定规章制度作为合同附件, 能否视为送达员工? 128
- 125. 如何通过制定规章制度来规范“大错不犯、小错不断”员工? 128
- 126. 迟到一分钟即开除员工的规定有效吗? 129
- 127. 用人单位可以对员工进行罚款吗? 130
- 128. 因员工原因造成用人单位损失, 用人单位能否要求员工赔偿? 131
- 129. 规章制度中规定“不服从公司管理”视为严重违纪是否有效? 132
- 130. 规章制度规定选择性处罚条款应当如何适用? 134
- 131. 规章制度只要合法并公示就一定有效吗? 134
- 132. 公司通过电子邮箱发送规章制度是否有效? 135

七、离职管理篇

137

133. 拖延一天发放工资是否属于“未及时足额支付劳动报酬”? 137
134. 规章制度规定试用期内不能结婚, 员工可否据此解除劳动合同? 138
135. 单位可因员工偷拿了几卷卫生纸而解除劳动合同吗? 139
136. 如何理解《劳动合同法》第三十九条规定的“给用人单位造成重大损害”? 140
137. 如何理解《劳动合同法》第九十七条规定的经济补偿“分段计算”? 141
138. 员工表现不好就是“不能胜任工作”吗? 142
139. 通过“末位淘汰”解除劳动合同合法吗? 143
140. 劳动合同是否因员工“自动离职”而自动解除? 145
141. 用人单位能否在劳动合同中约定提前支付经济补偿? 146
142. 员工提前三十日辞职, 单位有权要求立即办理离职手续吗? 147
143. 员工提出辞职后, 可以撤回吗? 148
144. 员工拒绝办理离职交接, 单位能否拒发经济补偿和最后一个月工资? 148
145. 员工拒绝签收劳动合同解除或终止通知书该如何处理? 149
146. 员工与用人单位就解除劳动合同的补偿达成协议是否有效吗? 150
147. 员工自愿放弃办理社保能否再以此为由提出解除劳动关系? 151
148. 用人单位能否因女员工违反计划生育超生而解除劳动合同? 152
149. 女职工未婚先孕, 用人单位是否可以解除劳动合同? 153
150. 员工被刑事拘留用人单位可以解除劳动合同吗? 154
151. 因病解除劳动合同需要劳动能力鉴定作为前提条件吗? 155
152. 用人单位单方解除劳动合同一定要通知工会吗? 156
153. 如何理解续订劳动合同时用人单位无需支付经济补偿的条件? 158
154. 哪些情形下用人单位可以单方解除劳动合同? 159
155. 终止劳动合同与解除劳动合同的区别是什么? 161
156. 终止劳动合同是否需要提前 30 日通知? 162
157. 哪些情形下用人单位解除劳动合同应当支付经济补偿? 163
158. 员工长年休病假导致月平均工资很低, 能否作为经济补偿的计算基数? 164

159. 员工不能胜任工作但离职前被查出患有职业病, 单位应如何处理? 165
160. 员工离职多年后要求补缴社保并支付经济补偿应如何处理? 166

八、社会保险与住房公积金篇

167

161. 生育保险津贴和产假工资能否同时主张? 167
162. 单位拒绝办理离职证明导致无法领取失业保险, 员工可以要求赔偿吗? 168
163. 工伤赔偿“私了协议”是否有效? 168
164. 工伤员工能否同时主张工伤赔偿和人身损害赔偿? 169
165. 缴纳住房公积金是否是用人单位的强制义务? 170
166. 已达法定退休年龄的员工因工负伤应否认定为工伤? 171
167. 因入职时间太短尚未购买工伤保险就发生了工伤事故, 应如何承担责任? 172
168. 单位未足额购买社保, 员工能否解除合同并要求支付经济补偿? 173
169. 员工参加用人单位组织的外出旅游活动受伤属于工伤吗? 174
170. 员工垫付社保中应由单位负担的部分能否要求返还? 175
171. 员工在上班时间内上厕所摔伤属于工伤吗? 176

九、劳务派遣与业务外包篇

177

172. 劳务派遣与业务外包有什么区别? 177
173. 派遣员工可以签订无固定期限劳动合同吗? 178
174. 用工单位可以与劳务派遣员工约定竞业限制义务吗? 179
175. 《劳动合同法》第三十九条规定的“严重违反用人单位的规章制度”是否包括用工单位的规章制度? 180
176. 如何判断业务外包的合法性? 181
177. 派遣协议解除或终止后, 用工单位继续用工的法律关系如何认定? 182
178. 同工同酬应当如何认定? 183
179. 拒绝执行《劳动合同法修正案》存在哪些法律风险? 184
180. 劳务派遣的“三性”应如何理解? 185
181. 辅助性岗位应当如何确定? 民主程序是确定辅助性岗位的唯一要求吗? 186
182. 劳务派遣的“三性”必须同时符合还是满足其一即可? 187
183. 劳务派遣期间能否更换派遣单位? 188

- 184. 劳动合同期限与派遣协议期限不一致存在哪些风险? 应如何处理? 189
- 185. 用工单位无过错是否就无需对派遣员工承担连带责任? 190
- 186. 用工单位代为缴纳社保和公积金是否合法? 191
- 187. 劳务派遣协议是否可约定退回情形? 退回不符合法定情形该如何处理? 192
- 188. 辅助性岗位的比例应如何计算? 在集团用工情形下, 是以总公司的用工比例统计还是以各个分公司的用工比例统计? 193
- 189. 能否根据企业营业执照中的业务范围来确定主营业务岗位? 194

十、保密与竞业限制篇

195

- 190. 要求员工保守商业秘密是否需要支付保密费用? 195
- 191. 竞业限制协议和保密协议有什么区别? 196
- 192. 签订竞业限制协议但未支付经济补偿, 竞业限制协议有效吗? 197
- 193. 违反竞业限制的违约金是否必须与竞业限制经济补偿大致相当? 198
- 194. 竞业限制经济补偿是否必须按月支付, 离职时一次性支付是否允许? 198
- 195. 用人单位是否有权单方解除竞业限制协议? 200
- 196. 对员工上岗培训能否签订培训协议并约定违约金? 201
- 197. 员工支付违约金后继续违反竞业限制, 单位能否再次要求支付违约金? 202
- 198. 用人单位应当如何保守自己的商业秘密? 203
- 199. 竞业限制经济补偿能否在员工在职期间与工资一并发放? 204

附 录

- 中华人民共和国劳动法 206
- 中华人民共和国劳动合同法 219
- 中华人民共和国劳动合同法实施条例 236
- 中华人民共和国劳动争议调解仲裁法 242
- 中华人民共和国社会保险法 250
- 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 265
- 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) 268
- 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) 271
- 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) 274
- 超值赠送: 人力资源管理法律健康体检表 277

一、招聘录用篇

1

什么是录用条件，录用条件与招聘条件有什么不同？

录用条件是指应聘者能够胜任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，并未制定清晰的录用条件，而仅制定了招聘条件，例如在招聘广告中要“大学本科以上学历、三年以上同行业工作经验、英语达六级以上水平、吃苦耐劳”等。事实上，录用条件和招聘条件是两个完全不同的概念，招聘条件是指员工符合用人单位在某一职位录用要求的全部条件，包括学历、经历、职称、技术资格、年龄、身高等。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，用人单位完全可以根据自身需要单方制定招聘条件，无需征求他人意见即可生效；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知晓后，才对其生效，否则不能作为试用期考评和解除劳动合同的依据。

其次，二者适用的主体不同。招聘条件适用的主体是对某一职位有求职意向的众多不特定的潜在应聘者，双方尚未建立起劳动关系；而录用条件则适用于符合招聘条件或虽不符合但用人单位降格招录的应聘者，双方已建立了劳动关系。

再次，二者适用的阶段不同。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至试用期结束前。

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，如果员工不符合招聘条件，但招聘者愿意降格将其招收进来，一旦签订了劳动合同后，用人单位不能再以不符合招聘条件为由将其辞退；而录用条件是确定员工是否符合职位要求从而用人单位是否最终正式录用应聘者的具体标准，即使已招收进来的员工，如果不符合录用条件，用人单位仍然有权依法将其辞退。换句话

说,“不符合招聘条件的员工也可能合格,而不符合录用条件的员工一定不合格”。

令人遗憾的是,很多用人单位并没有认识到录用条件对招聘录用阶段的员工管理的重要性,错失了正确使用录用条件这个法律武器来保护自身合法权益、甄别员工是“真材实料”还是“假冒伪劣”的机会,导致在淘汰试用期不合格员工时付出了巨大的代价。事实上,法律通过录用条件的制度设计,给了用人单位合法合理管理试用期员工的权利和便利,关键在于用人单位有没有重视这个问题。

2 在招聘录用管理中制定录用条件是可有可无的吗?

经过前述分析,我们知道了录用条件与招聘条件的区别,但录用条件的重要性到底如何?可能还是有人有很多的疑问,录用条件真的这么重要吗?答案是肯定的,为了直观地认识这个问题,我们不妨来从一个案例了解录用条件的重要性。



典型案例

案例:未约定录用条件,解除劳动合同违法

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,一季度可以保证300万元的销量。天启公司的领导见其口若悬河、滔滔不绝,面试印象非常好,于是确定聘请其为销售经理,合同期限为两年,试用期三个月,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。孰料三个月试用期快到了,萧某完成的销量不足50万元,远低于其保证300万元销量的承诺,还报销了数万元的费用。公司领导经打听,才得知萧某所吹嘘的种种均不属实,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将萧某辞退。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，案件最终以公司败诉告终。

从上述案例可以看出，萧某确实是一个不称职的销售经理，客观上就是不能胜任销售经理的岗位。但是天启公司却最终输掉了官司，究其原因就是因为公司在人力资源管理中忽视了录用条件的重要性。在本案中，如果天启公司一开始就和萧某约定录用条件之一为“每季度销售业绩达到300万元”，那么在试用期结束时，公司就可以很轻易以萧某“不符合录用条件”为由解除劳动合同，并且无需支付经济补偿。而恰恰公司没有对录用条件有所重视甚至了解，导致合理的事情做成了违法，交出了不该交的“学费”。

因此，录用条件并不是可有可无的东西，为了保护劳动者的合法权益，改变过往用人单位滥用试用期损害员工利益的情况，《劳动合同法》对试用期的解除做了非常严格的限制，只有以下几种情况下用人单位才能合法单方解除试用期员工的劳动合同：一是《劳动合同法》第三十九条规定的情形；二是《劳动合同法》第四十条第一项、第二项规定的情形。而要证明符合这些情形并非易事，要么必须证明员工有重大过错，要么必须证明员工因病不能从事原岗位工作或不能胜任工作，在实践中用人单位非常不容易做到。而在这些条件之中，只有“劳动者被证明不符合录用条件”相对而言赋予了用人单位更多的主动权，用人单位可以通过设计录用条件，将一些存在不称职的表现或行为但又很难符合重大过错等标准的员工予以合法淘汰。从上述案例的教训中可以总结出，制定录用条件可以为淘汰不合格的试用期员工省去很多麻烦和苦恼。

3

录用条件是用人单位单方制定还是必须双方协商确定？

录用条件是用人单位评判试用期员工是否符合职位要求的标准，用人单位在招聘录用环节享有完全的用工自主权，包括自主制定录用员工的标准，当然也包括制定具体岗位的录用条件。因此，录用条件作为用人单位用工自主权的一部分，是由用人单位单方制定的，无须经过与劳动者的协商。况且，用人单位在拟招聘员工时，何人来应聘、最终录用的是谁都还无从知晓，因此也无法协商。

但是，录用条件作为评判员工试用期表现的标尺，必须让员工知晓，员工才有可能以此作为自身行为的准则和参照，时时自我告诫和警醒。因此，用人单位制定出来的录用条件，应当告知员工，并且让员工签字确认已清楚知悉，才能作