

名家
释法

MING JIA SHI FA

劳动合同法 的软着陆

——人力资源管理的影响与应对

董保华 杨杰 □ 著

董保华：华东政法大学教授、博士生导师
中国劳动法学研究会副会长



中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

名家
释法

MING JIA SHI FA

劳动合同法 的软着陆

——人力资源管理的影响与应对

董保华 杨杰 □ 著

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

图书在版编目(CIP)数据

劳动合同法的软着陆:人力资源管理的影响与应对/
董保华主编. —北京:中国法制出版社,2007.7

ISBN 978 - 7 - 80226 - 118 - 1

I. 劳… II. 董… III. ①劳动合同法 - 研究 - 中国
②企业管理 - 劳动力资源 - 资源管理 - 研究
IV. D922.524 F272.92

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2007)第 096137 号

劳动合同法的软着陆

LAODONGHETONGFA DE RUANZHUOLU

——人力资源管理的影响与应对

编著/董保华

经销/新华书店

印刷/涿州市新华印刷有限公司

开本/880 × 1230 毫米 32

版次/2007 年 8 月第 1 版

印张/21.125 字数/528 千

2007 年 8 月印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978 - 7 - 80226 - 118 - 1

定价:42.00 元

北京西单横二条 2 号 邮政编码 100031

传真:66031119

网址:<http://www.zgfzs.com>

编辑部电话:66010402

市场营销部电话:66033393

邮购部电话:66033288

《劳动合同法》的软着陆（序）

——劳动法律与人力资源管理的和谐共存

2006年3月20日,《中华人民共和国劳动合同法(草案)》向社会公开征求意见。在此之前,有关方面已就草案向学者征求意见,在一片赞扬声中,笔者对劳动合同法草案提出了全面的批评,并在第一时间以书面形式向人大递交了长篇意见。笔者认为,中国的劳动者应当做分层的认识,《劳动合同法(草案)》实行的是一种高标准、窄覆盖,对已经受到比较充分保护的上层或较为上层的员工,是锦上添花;但中国需要的是低标准、广覆盖,加强最弱势员工的保护,实现雪中送炭。这一书面意见后被媒体称为万言书^①,并由此拉开了劳动合同法大讨论的序幕。随后,《劳动合同法》数易其稿,四次审议,每次都有进步。以今天的眼光来看,笔者当时提出的批评性意见,《劳动合同法》已经悉数采纳,做了大幅度修改^②。

在劳动合同立法时,中国正在经历一个特殊的时期,部分弱势群体由于没有分享到改革的红利而存在不满情绪,社会上出现了一种利用这种不满情绪否定改革的思潮^③,劳动合同立法也受

① 董保华:《锦上添花抑或雪中送炭——论劳动合同法的基本定位》,《法商研究》2006年第5期。田享华:《劳动合同法草案立法组成员准备递交万言书》,《第一财经日报》,2006年03月22日。

② 尽管笔者的一些批评性意见已被接受,但对修改后的一些法条,笔者依然保留着自己的学术见解。

③ 本书成稿之际,恰逢胡锦涛在中央党校省部级干部进修班的讲话发表,“继续解放思想,坚持改革开放,推动科学发展,促进社会和谐”的讲话表明了中国领导人对中国发展方向的基本态度。

到这种思潮的影响。在笔者对《劳动合同法》进行批评并竭尽全力帮助有关方面修改《劳动合同法》时,笔者本人却被戴上资方代言人、资方学者的帽子,经受着来自媒体、劳动法学界的批判。一位学者对劳动合同法的讨论如此定性:“带有劳方或资方倾向的对《草案》是作基本肯定还是基本否定的争论”^①,全国人大将《劳动合同法(草案)》公开,目的是向社会征求意见,无非是想听到批评改进意见。学者对一个草案无论是赞成还是反对,都是一种独立的声音,为什么会被说成是某一阶级的“代言人”呢?这种现象其实反映的是“劳资冲突”的思维已经成为劳动合同法草案讨论中的基本思维,“劳资矛盾越来越激化……劳资冲突已经成为社会最突出的问题”^②,按此种思维,学者的观点都要归入或劳或资中作一个阶级定性。^③在这种基本思维中,如何看待人力资源管理更成为定性的关键。

一、本书的创意来源于学者的批判

笔者认为,劳动法尤其是其中具有公法性特征的基准法,应当是一种底线性规定,法律应当为人力资源管理留出空间。《劳动合同法(草案)》“将大量的强制标准借助行政管制的力量,伸入企业的管理空间,从而使用人单位的管理空间大大压缩。当用人单位没有基本的管理权时,企业也将从追求效率的市场主体变为实现公益目标的安置机构。国外先进的人力资源管理模式与中国的劳动法律制度将发生全面的碰撞”。^④

① 王全兴:《劳动合同立法争论中需要澄清的几个基本问题》,载《法学》2006年第9期。

② 见郭晋晖:《〈劳动合同法〉争论继续:谁真正代表工人利益》,《第一财经日报》,2006年4月7日。

③ “按照马克思主义的基本理论,劳资关系的实质是阶级关系。”“目前在我国国有企业劳动关系并不是阶级关系,但在私有制的企业中,劳动关系即是劳资关系,具有明显的阶级关系的性质。这种劳资矛盾的性质,并不会因为我们在主观上不予承认便不存在。”常凯著:《劳权论——当代中国劳动关系的法律调整研究》,中国劳动社会保障出版社2004年版,第27页。

④ 董保华:《劳动立法不应造成新的失衡——在〈中国新闻周刊〉劳资利益平衡与经济协调发展研讨会的书面发言》, <http://news.sina.com.cn/c/1/2006-04-28/12169742647.shtml>。董保华:《锦上添花抑或雪中送炭——论劳动合同法的基本定位》,《法商研究》2006年第5期。

正是这段论述遭致一批劳动法学者的激烈批评,认为这是“对劳动法的挑战”,犯了“方向性错误”,“难逃资方代言人之嫌”,“立场昭然若揭”。“常凯认为:这是从人力资源出发批判《劳动合同法》得出的结论。这么做就等于完全站在资方的立场理解《劳动合同法》。如果完全照此,《劳动合同法》就变成‘工人管理法’了,这是方向性错误”^①;“以人力资源管理理论评价劳动法的现象,形成了对劳动法的挑战”^②,“看似‘公允’的言论,似乎难逃资方代言人之嫌”^③,“尽管有学者声称无意成为劳方或资方代言人,但其立场昭然若揭”^④。更有学者认为,笔者的主张若要实现,“除非废除劳动法,回到民法调整时代。”^⑤ 这是一些似曾相识的批评语言和批评方式,更是一种久违了的语言和方式!其实笔者更不愿意看到的是另一种似曾相识和久违了的情景。

笔者早在92年就率先将“保护劳动者”原则概括为“倾斜保护”^⑥,并于1993年依据这样的指导思想参加了《劳动法》的论证和起草。笔者在《劳动法》公布后的一系列著作中更有详尽论述。“倾斜保护”也渐成劳动法学界的通论。在当初我国讲求效率优先的背景下,笔者的观点似乎不合时宜,直到劳动合同法开始讨论的一、二年前,强调劳动法的特殊性还在受到这些学者另样的批评:“劳动法与民法之间是特别法与一般法的关系。法理学认为,在法律适用上,特别法优先于一般法,但一般法可以补充特别法。然而,我国法学界在讨论劳动法与民法的关系时,只注重特别法优先于一般法,却忽视了一般法补充特别

① 郭晋晖:《〈劳动合同法〉争论继续:谁真正代表工人利益》,《第一财经日报》,2006年4月7日。

② 刘诚:《全球化背景下的劳动法危机及其对策》,载 <http://www.ldbzjy.com.cn/html/lunwenjijin/2006/1027/3203.html>,访问时间2007年4月23日。

③ 《劳动合同法:倾斜才有平衡》,《工人日报》,2006年07月10日。

④ 王全兴:《劳动合同法立法争论中需要澄清的几个基本问题》,载《法学》2006年第9期。

⑤ 刘诚:《论劳动合同法立法的指导原则》,《上海师范大学学报》2007年第2期。

⑥ 董保华、程惠瑛:《中国劳动法学》,中国政法大学出版社1992年版,第80页。

法。”^①“在劳资矛盾激烈的历史背景下，劳动法从民法中分离出来具有必然性，而在劳资矛盾日趋缓和，特别是向劳资伙伴关系转化的现代，劳动法似乎有了回归民法的必要。”^②

这些学者前不久还认为现代劳动关系已转化为“劳资伙伴关系”；现在却认为“劳资矛盾越来越激化”。前不久认为“劳动法似乎有了回归民法的必要”；现在却将他们认为是异端邪说的内容都指责为“回到民法调整时代”。劳动合同法的讨论是在一种特殊的氛围中展开的，这种特殊氛围使一些学者以180度的大转弯来和过去的自己划清界限。很遗憾，笔者只是个研究劳动法的学者，而且天资愚笨，没有学会随波逐流。笔者的基本观点没有什么变化，既不认为“劳资冲突已经成为社会最突出的问题”，也不认为劳动关系已转化为“劳资伙伴关系”。在社会法框架下认识劳动法是笔者标志性的学术观点，“回归民法”与笔者无关。

事实上笔者以起草者的身份参加了《劳动法》的立法过程，以批评者的身份参与了《劳动合同法》的立法过程。《劳动法》很大程度上是“公法私法化”过程，立法中在维持公法限制的基础上重点强化了契约保护，在当时的氛围下，被这些学者批评为对民法的一般特征考虑不够；《劳动合同法》在大大加强公法干预时，笔者只是提醒不要让公法保护过了头，上层员工与企业的关系完全可以由契约安排，不要彻底窒息契约空间，结果被批评为主张“回到民法调整时代”。^③在我国强调效率优先，契约保护时，这些学者强调的是契约保护还不够；在我国强调公平，强调国家干预时，这些学者强调的是国家干预还不够。但如果我们将两部有着相同调整对象的法，放在一起相对比，就是不搞法律的人也能看出，《劳动法》的私法因素远高于《劳动合同法》，

① 王全兴著：《劳动法》，法律出版社2004年版，第43页。

② 王全兴著：《劳动法》，法律出版社2004年版，第43页。

③ 其实，建国以来，恐怕我国还没有这样的时代。

但前者被这些学者认为强调私法因素不够，后者被这些学者认为强调公法因素不够，原因只在于学者昨天在一个极端，今天在一个极端，同一类规范，在这些学者眼中，自然有完全不同的评价。

对于笔者而言，昨天的批评与今天的批评相比，多了一顶“资方代言人”的帽子，这显然是批评者立场转变必然带来方法转变。笔者也很无奈，但转换视角，倒也释然，这种现象在中国历史上也并不罕见。无论批评者是否转变立场与方法有些问题是我们这代人有责任搞清楚的。真正需要感谢这些批评者的是，正是他们使笔者有了写作本书的冲动。

二、本书的主题涉及一个严肃的话题

劳动法与人力资源管理是什么样的关系？这是劳动合同法立法讨论中受各方关注的话题，也是一个有必要搞清楚的问题。至少有三个问题应当搞明白：一是劳动法学界谈论最多的人力资源管理“姓社姓资”问题，二是是否可以人力资源管理来评价劳动法？三是是否可以人力资源管理作为劳动法指导思想？

劳动法与人力资源的关系决不是前者姓社后者姓资。仔细考证，“在我国，最早使用人力资源概念的文献是毛泽东于1956年为《中国农村社会主义高潮》所写的按语。在按语中他写道，中国的妇女是一种伟大的人力资源；必须发掘这种资源，为建设一个社会主义中国而奋斗。”^①可见，哪怕从意识形态的角度看，无产阶级也需要人力资源管理。当然，笔者并不赞成从意识形态的角度来认识人力资源管理。人力资源管理作为一种管理科学是全人类的共同财富，本无姓社姓资的问题。

企业拥有四大资源，即：人力资源、物质资源、财力资源和信息资源。其中，物质资源、财力资源和信息资源的利用归根到底是通过与人力资源的相结合而实现的，其实现的好坏主要取决

^① 董克用、叶向峰：《人力资源管理概论》，中国人民大学出版社2004年版，第5页。

于人力资源中人力资本的利用程度以及人力资源的质量^①。“人力资源管理是一种管理员工关系的战略方法，它强调开发人的潜力对获取持续竞争优势至关重要，通过结合各种员工政策、活动和实践获得这种优势”^②。人力资源管理作为企业的一种职能性管理活动的提出，最早源于工业关系和社会学家怀特·巴克于1958年发表的《人力资源功能一书》，该书首次将人力资源管理作为管理的普遍职能来加以讨论。^③

依笔者看来，《劳动合同法》只应该为人力资源管理提供一个框架与底线。劳动法作为社会法兼有公法与私法的特征。劳动法出于保障劳动者生存利益的需要，将一部分内容规定为强制性规范，而使劳动法具有公法特征，这部分内容应当成为人力资源管理的底线性规定。劳动关系作为一种劳动力支配权与劳动报酬的交换，使劳动关系仍需保留任意性规范，也使劳动法具有私法的特征。这种私法特征给出了一个相对灵活的空间，也成为人力资源管理的基础。我们知道，现代人力资源管理起源于上世纪西方主要发达国家，以美国为主。因此，实际上我们现在引进的这套人力资源管理模式是建立在西方，主要是美国的法律制度之上的，而美国的劳动法律制度又主要是建立在“契约自由”基础上的。我们也应当给予劳动关系当事人以适当的合同空间。

劳动法学者从已经发表的观点来看，多数反对笔者上述观点。但是是从两种似乎截然相反的视角来对笔者进行批评。

一种观点认为，中国的人力资源管理必须在劳动合同法的规范下进一步完善，而不能用现有的人力资源管理理念评判《劳动合同法》。^④“人力资源的目标是增加企业竞争力，是企业管理

① 卢福财主编：《人力资源管理》，高等教育出版社2006年版，第7页。

② (英)约翰·布里顿、杰弗里·高德著：《人力资源管理——理论与实践》，徐芬丽、吴晓卿、孙涛、佟博、闫长坡译，经济管理出版社2005年版，第6页。

③ 杨顺勇、王学敏、查建华：《人力资源管理》，复旦大学出版社2007年版，第3页。

④ 常凯：《关于劳动合同法立法的几个基本问题》，载《当代法学》2006年第6期。

工人的一种办法，绩效管理是让工人多干活，薪酬管理就是如何少发工资。”“我们国家的人力资源管理基本上不研究劳资关系，完全是单向度研究如何管理工人。”“常凯：人力资源管理与劳动法是两个不同的价值体系：人力资源管理的目标追求是增强企业竞争力，劳动法律的目标追求则是实现劳资力量的平衡。用人力资源管理来评判劳动合同法是本末倒置，应该依据劳动合同法来改进完善人力资源管理。”^①

法律科学与管理科学确实是两门学科，但任何学科都可以相互借鉴和批评。管理固然不是万能的，法律也不是万能的，两者应当有自己的边界。劳动合同法讨论的是两者的边界应当如何确定，为什么不能从管理科学的角度进行探讨？只有我的学科可以干预、评价你的学科，反之则不行，这种论述本身说明一些学者的狭隘。社会法作为一种综合学科，是以兼收并蓄为其基本特点，这种狭隘学术观与社会法的研究方法格格不入。从论证过程中，也充分暴露出这些学者由于狭隘而显得对其他学科缺乏基本了解。当代人力资源管理日益强调以人为本，决不能用“绩效管理是让工人多干活，薪酬管理就是如何少发工资”来概括。在市场经济越来越发达的今天，人才的竞争是企业竞争的核心，人力资源开发成为企业发展的关键，企业与员工之间的沟通也越来越成为基本方法。人力资源管理并不是“完全是单向度研究如何管理工人”。加里·德斯勒认为，人力资源管理是指为了完成管理工作中涉及的人或人事方面的任务所需要掌握的各种管理和方针政策。具体来说，就是聘用、培训、评估、鼓励和为员工提供一个安全公平的工作环境。^②

另一种观点则主张将现代人力资源管理理论“作为劳动合同法立法指导理论”。在论证“现代人力资源管理理论具有作为劳

① 郭晋晖：《〈劳动合同法〉争论继续：谁真正代表工人利益》，《第一财经日报》，2006年4月7日。

② （美）加里·德斯勒《人力资源管理精要》，中国人民大学出版社2004年版，第3页。

劳动合同立法指导理论的可行性”时认为,“劳动合同法既是劳动关系协调法,又是人力资源配置法,保护劳动者和提高人力资源配置效率是其双重目标。故追求人力资源配置效率的现代人力资源管理理论既符合劳动合同法作为人力资源配置法的要求,也可在一定程度上与劳动合同法保护劳动者的目标相容。”^①在具体论述时,将公开讨论的《劳动合同法(草案)》(一审稿)中备受争议的内容(以后大部分修改)均冠以人力资源管理的名义,例如,规章制度制定过程中的员工主导(原草案第51条)、加强解雇保护的措施、服务期的过严限制(原草案第15条)、劳动力派遣的严格管制(原草案第40条)。这些在法律科学中无法讲通的内容,均作为所谓现代人力资源管理的措施,而要求法律予以纳入。

表面看来,这种理论似乎与前一种理论相反,非但不拒绝管理科学对于劳动法的评价,甚至将其视为自己的指导理论。如果这只是想强调立法应当考虑管理的要求,这无疑是正确的。可惜的是这种观点的真正用意是要将劳动合同法改造成人力资源配置法。这种理论的最大危害在于将管理目标与法律目标相混淆,将法律责任与道德责任相混淆。“责任”一词含义广泛,是一个经济学、法学、社会学共同使用的概念。严格说来,企业社会责任只是相对经济责任来说的,法律责任是相对道德责任来说的。由世界可持续发展委员会邀请六十个企业界及非企业界社会团体,在一次国际会议中给出了企业社会责任一个较为正式的定义,即企业社会责任是企业承诺持续遵守道德规范,为经济发展作出贡献,并且改善员工及其家庭、当地整体社区、社会的生活品质。^②法律责任和道德责任中恐怕更偏重后者的理解。

这种观点认为“在现代人力资源管理理论中,下述观点已

① 王全兴:《劳动合同立法争论中需要澄清的几个基本问题》,载《法学》2006年第9期。

② 王鲜萍:《解读“企业社会责任”》,载《上海企业》2004年7月,第21-23页。

成为共识:员工重于利润,人力资源是企业制胜的关键;充分开发、利用智力资本是企业强大的竞争利器,对员工的使用应当与培训、开发相结合等等。这些观点已与劳动关系理论的追求趋同。可见,现代人力资源管理理论具有作为劳动合同立法指导理论的可行性。”^①企业社会责任可以说是法律责任和道德责任的统一体,在一个时期作为道德责任来考虑的内容,在另一个时期可能会成为办企业的底线,而成为法律责任。上述理论的真实用意是要将企业应当作为道德责任的内容直接规定为法律责任。劳动法应当坚持公法与私法的兼容性。如果我们以法律规定将所有的空间统统填塞,就等于从根本上取消了人力资源管理,其实也就回到我国计划经济时代。如果劳动合同法与人力资源管理的空间完全重合,甚至于通过法律来进行人力资源配置,国家行为与企业行为就会完全重合,最终必然是国家行为吞没企业行为,劳动合同法倒真成“工人管理法”了。

上述两种理论的共通之处在于拒绝给予人力资源管理以必要的空间。当代最著名的管理学家、美国学者彼得·德鲁克曾经说过:“科技与管理是现代文明社会的两大车轮。管理在20世纪兴起,是历史中的一个关键事件。在人类历史上,还很少有什么事比管理的出现和发展更为迅猛,对人类具有更为重大和更为激烈的影响。”现代管理学方面,西方经济发达国家有着更为丰富的理论和实践基础。西方先进的管理理念,确有很多值得我们借鉴的地方,管理科学的发展已经达到了关系到国家发展的程度。正如周三多所指出的一样:“近五年世界经济正向全球经济一体化迈进,每个中国人都已经清楚地感受到大举‘入侵’的外国跨国公司的魄力和压力,从飞机到汽车、从电脑到手机、从五金到建材、从化工到橡胶、以至于到每个人的衣、食、住、行,几

^① 王全兴:《劳动合同法立法争论中需要澄清的几个基本问题》,载《法学》2006年第9期。

乎没有一个行业，没有一种产品，没有受到跨国公司及其世界名牌产品的影响。现在已没有人会为在中国最穷乡僻壤的地方能喝到可口可乐而感到惊奇。导致这些现象的根本原因，平心而论绝大多数情况并不是因为中国的技术落后，做不出这些产品，而主要是由于中国的管理无法实现这些产品低成本、高质量的大量生产和销售。落后的管理体制、管理理念、管理方法不能使现有的经济资源和生产要素（尤其是技术和知识）得到最有效的配置和利用。大量的财富被浪费了，大量的技术、知识和人才都被埋没了。正因如此，许多有识之士慷慨陈词，高呼：管理科学、兴国之道路。”如果我们以各种各样的理由拒绝管理理论和管理实践，将在未来激烈的竞争中付出巨大代价。

三、本书的阐述方法尽可能务实

2007年6月29日，《劳动合同法》获得通过，围绕着立法的诸多争论或许可以告一段落，一些原本为《劳动合同法》原始草案大唱赞歌的人又开始为已经面目全非的《劳动合同法》欢呼了。当劳资冲突的思维成为劳动合同法草案讨论中的基本思维，当我们的劳动法学界以及部分起草人员失去立法者所应有的平常心时，我国《劳动合同法》恐怕很难不受影响。^①当然笔者并不想将这本书变成学界争论的继续。本书力求以务实的方法进行阐述，除本序外，故意回避了一切学术争论。取名为《劳动合同法的软着陆》，除说明国家立法中，四次大规模的修改，已经使《劳动合同法》有所改善外，更强调该法对人力资源管理的影响，以及如何通过改善人力资源的操作降低某些负面影响。不容忽视的是《劳动合同法》使人力资源管理的空间受到了一定压缩，出现出四大特点，这是人力资源管理要长期面对的现实。

^① 劳动法界所弥漫的“劳资冲突”“劳资矛盾”的毕竟还是对法律条文产生了一定影响，这也是尽管笔者大部分批评性意见被采纳后，笔者仍对《劳动合同法》条款持保留意见的原因。

（一）劳动关系的凝固化与非凝固化

企业在经济责任之外还负有社会责任，社会责任是企业的一种道德责任，由企业自愿承担，而《劳动合同法》则将相当部分的社会责任变成法定福利，由法律强制推行。《劳动合同法》规定用人单位要给予劳动者“从摇篮到坟墓”的全面保障，包括：员工在医疗期内不得非过失解除和终止；因工受伤或患职业病的在治疗期间的不得解除和终止；因工受伤完全和大部分丧失劳动能力不得非过失解除和终止，部分丧失劳动能力不得非过失解除，可以终止；女职工在孕期、产期、哺乳期内不得非过失解除和终止；职业病危害作业的劳动者未进行离岗前职业健康检查，或者疑似职业病病人在诊断或者医学观察期间不得解除终止。在本单位连续工作满十五年，且距法定退休年龄不足五年的老员工除非严重过失不得解除终止劳动合同；未领养老保险的劳动者无需退休；试用期内员工不得因客观情况变化解除、不得裁员；企业裁员时不得裁减老弱病残和家里有老弱病残的员工。

为了防止用人单位通过解雇员工来规避这些法定福利，《劳动合同法》强制推行无固定期限合同，严格限制解雇行为，规定：工龄满十年员工必须签订无固定期限合同；签订两次固定期限合同后续签合同必须签订无固定期限合同；不依法签订无固定期限劳动合同的，支付双倍工资；合同可以到期终止，不得约定终止；劳动合同到期终止、企业不愿续签的要支付经济补偿金；单位合并分立必须继续履行合同；单位违规解聘，员工可选择恢复关系或双倍赔偿，这些规定使用人单位用工易进难出，出现凝固化特点。

凝固化只是《劳动合同法》对用人单位的要求，对于劳动者“用脚投票”的权利，《劳动合同法》仍然予以充分保障并加以扩大，《劳动合同法》规定：用人单位签订劳动合同不得要求劳动者提供担保，离职不得扣押档案和物品；员工因用人单位过错解除劳动合同的理由增加、程序简化；员工依法解除劳动合同

不必承担违约责任；用人单位出资进行专业技术培训可以约定服务期和违约金，但违约金不得超过实际损失；竞业限制期间按月支付补偿，期限不超过2年。这些规定使用用人单位留人方案设计变得更为困难。

面对劳动关系的凝固化，人力资源管理可以考虑变“死”为“活”，一方面缩减延缓签订无固定期限合同，另一方面完善无固定期限合同签订管理和配套制度。面对劳动关系的凝固化，人力资源管理在上人才挽留机制上可以加强内部管理，防止员工推定解雇，充分利用培训来约定服务期和违约金；更需要考虑改变留人思路，将劳动福利变为民事债务，设计新的留人手段。

（二）劳动关系的书面化与非书面化

劳动关系存续期间，用人单位和劳动者之间的权利义务其实是一个动态变化的过程，《劳动合同法》对这一动态过程推行书面化管理，在集体合同、规章制度、劳动合同和日常管理上都对用人单位提出了书面化的要求。对集体合同，《劳动合同法》作了专章规定。对规章制度，《劳动合同法》规定由用人单位与工会或者职工代表平等协商确定。对劳动合同，《劳动合同法》从合同订立到解除终止作了全面规定：用人单位订立合同有主动告知义务；劳动合同文本条款弱化企业管理权；劳动报酬、劳动条件必须明确约定；双方应当按照合同履行义务；合同任何变更必须协商一致采用书面形式；离职交接按约定进行，劳动合同要保存两年备查；事实劳动关系超过一个月支付2倍工资，超过一年视为已签订无固定期限合同。同时劳动争议特有的举证规则也要求用人单位的日常管理必须书面化：如试用期解除需要证明不符合录用条件；不能胜任解除需要三次举证；严重违纪和严重失职需要证明等。这些书面化要求涉及人力资源管理的各个方面。

相反对于工会和劳动者，《劳动合同法》却没有书面化要求。集体合同由工会和用人单位签订，但工会却有监督用人单位执行集体合同的权利。规章制度由用人单位与工会或者职工代表

平等协商确定,如果规章制度违法则只对用人单位进行处罚;而且工会、职工可以随时提出对规章制度进行修改。在劳动合同上,书面约定对劳动者未必有约束力,《劳动合同法》规定:劳动合同文本条款免除员工权利的无效;约定的试用期工资标准不得低于同岗位最低工资或者合同约定工资的80%;员工可以拒绝违章指挥、冒险作业;员工可以无须通知解除劳动合同。在劳动争议中,员工在大部分情况下都不承担举证责任。

用人单位面对书面化,应当做到化简为繁:在劳动合同签约管理上应当设计完备的劳动合同签订流程、加强用工管理,避免因工作过失导致不签合同,严格禁止下属部门随意用工,建立用工部门责任制;劳动合同内容设计上应当细化约定,通过合同约定将合同变更改造为合同履行;在日常人事管理中注意将事实调查和性质认定环节拆分,以适应书面化管理的需要。面对非书面化,用人单位应当作到化繁为简,与工会保持合作关系,集体合同的内容既要达到法定标准,也要用人单位能够负担。

(三) 劳动关系的标准化与非标准化

随着市场经济的不断发展,世界进入了弹性劳动与经济不稳定、工作不稳定时代,而劳动关系出现弹性化趋势,多种灵活就业方式应运而生,“非标准劳动关系”已成为当代劳动关系的主要发展趋势。《劳动合同法》采取了“非标准劳动关系标准化”的立法思路,规定非法用工单位依照《劳动合同法》向劳动者支付劳动报酬、经济补偿、赔偿金;个人承包用工,发包人承担连带责任,这些规定使非标准劳动关系具备了标准劳动关系的基本特征,对劳务派遣更是严格限制,使其在部分内容上比标准劳动关系更为标准;规定:派遣员工至少签订2年期合同;派遣员工劳动报酬按用工单位标准、地区市场工资水平确定;派遣机构和用工单位履行双重义务,承担连带赔偿责任;派遣员工不得连续使用;派遣员工有法定解除情形可以退回派遣机构;派遣员工可选择派遣机构或用工单位参加工会;用人单位不得设立劳务派

相较于标准劳动关系凝固化、劳务派遣标准化的制度设计,《劳动合同法》对非全日制用工却作了较为宽松的规定,赋予了用人单位极大的用工自由和管理灵活度。非全日制用工劳动合同形式书面、口头均可;工资自由约定,只要不低于小时最低工资标准即可;可以随时单方结束劳动关系,企业解雇不需要支付经济补偿。《劳动合同法》对非全日制用工规定尊重了其作为灵活就业形式的基本运行规律,将大大促进非全日制用工的发展,创造更多的就业机会。

用人单位面对劳动关系的标准化和非标准化,应当采取措施避免非标准用工被认为是事实劳动关系,让业务用工部门了解事实劳动关系对用人单位的高风险、高成本,严格禁止下属部门随意用工;对法律模糊地带予以警惕,不使用个人进行服务,临时用工可使用小时工、兼职人员、协保人员、学生、退休人员等;使用劳动力派遣时应当选择抗风险能力强的派遣公司。用人单位可以考虑将劳动关系变为经济关系,如在临时用工时使用有资质的注册单提供服务,企业生产经营尝试推行外包。

(四) 劳动关系的行政化与非行政化

在为用人单位设置了众多法律义务的同时,《劳动合同法》对劳动合同管理也以行政手段为主,监督部门增加,劳动监察范围扩大,行政处罚力度加大,其中一个突出特点是针对用人单位的惩罚性赔偿金的大大增加:用工之日起超过一个月不满一年未订立书面劳动合同,向劳动者每月支付二倍的工资;不与劳动者订立无固定期限劳动合同的向劳动者每月支付二倍的工资;违法约定试用期并已经履行的,以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支付赔偿金;未依法如约支付劳动报酬、加班工资的、低于最低工资标准的、未依法支付经济补偿的,按应付金额50%以上100%以下加付赔偿金;违法解除终止劳动合同的经济补偿标准的二倍支付赔偿金。同时《劳动合同