

黎建飞◎主编



H.R.

劳动合同策略

写给人事经理的 **18** 个策略

未雨绸缪 人事经理如何应对全新的劳动合同制度?
企业竞争 人事经理如何为企业构建和谐劳动关系?



法律出版社
LAW PRESS CHINA



H.R.

劳动合同策略

写给人事经理的 **18** 个策略

主 编◎黎建飞

撰稿人◎黎建飞 周贤日 侯海军 李敏华 邓 娟



法律出版社
LAW PRESS CHINA

图书在版编目(CIP)数据

H. R. 劳动合同策略:写给人事经理的18个策略/黎建飞主编. —北京:法律出版社,2007.11

ISBN 978-7-5036-7851-6

I. H… II. 黎… III. 劳动合同法—基本知识—中国 IV. D922.52

中国版本图书馆CIP数据核字(2007)第166419号

© 法律出版社·中国

H. R. 劳动合同策略:
写给人事经理的18个策略

黎建飞 主编

责任编辑 刘文科
装帧设计 李 瞻

开本 787×960 1/16

版本 2007年12月第1版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 北京中科印刷有限公司

印张 18 字数 267千

印次 2007年12月第1次印刷

编辑统筹 法学学术出版社

经销 新华书店

责任印制 陶 松

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

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、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

苏州公司/0512-65193110

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5036-7851-6

定价:48.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

和谐:H. R.的管理与目标

随着“和谐”一词在社会生活中的高频率使用,与“Human Resource”首部字母相同的“Harmony”也高频率地出现在我们的各类媒介中。“Harmony”在“Cambridge Advanced Learner's Dictionary”中表述为:“a pleasant musical sound made by different notes being played or sung at the same time, or when people are peaceful and agree with each other, or when things seem right or suitable together.”
“domestic harmony = good feelings in the family or home.”

H. R. ——Human Resource 即我们常说的人力资源。人力资源管理的最佳模式是让用人单位或者说雇主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。

对员工进行严格管理常常会是 H. R. 们自然而然的首选。但“员工士气低落,直接影响着企业的业绩,威胁着企业的生存与发展”也无一例外地是 H. R. 们的烦恼。例如,劳动合同的短期化似乎可以少却解雇员工的麻烦,降低用工成本,但缺少归宿感和持续性工作热情的员工不仅降低工作效率,进而还增加用工成本,如为了防范,不得不为关键性岗位的员工设定担保或者扣押。这不仅滋生了“人身担保公司”这类怪现象,而且在《劳动合同法》中干脆被规定为非法,需要承担法律责任并对劳动者赔偿损失。

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。H. R. 的凝集功能在于使员工对企业产生归属感和共同体意识。H. R. 的激励功能在于为企业活力增速,员工能被激励奉献自己的全部智慧。因为据美国哈佛大学的专家称:在缺乏激励的环境中,员工的潜力只能发挥 20% ~ 30%,甚或可能引至相反的效果;在适宜的激励环境中,同样的员工能发挥出其潜力的 80% ~ 90%。

H. R. 的行为准则应当是严格依据相关法律,尤其是现行的《劳动法》和《劳动合同法》进行人力资源管理,进而根据企业的具体情况现实需求,创建科学的考核制度、灵活的分配机制、公平的用人机制、适时教育的培训机制等,使员工能够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。

一些政府部门和行业协会等组织已经先行一步。如广州市劳动和社会保障局会同该市总工会、企业联合会、企业家协会等机构联合制定了《广州市劳动关系和谐企业与劳动关系和谐工业园区标准(试行)》,将用人单位分为劳动关系守法和谐企业标准(A级标准)、劳动关系诚信和谐企业标准(AA级标准)和劳动关系全面和谐标准(AAA级标准)3个标准。达到最基础的A级标准需要满足全面签订劳动合同,依法、规范履行劳动合同、及时足额发放员工工资、全面依法参加社会保险等十个方面的要求。并且对七类情形实行一票否决制,如违法使用童工,在2007年年底被终止或解除劳动合同职工数占其总数3%以上的情形,发生因违反劳动政策法规引发的有效投诉和劳动争议案件;全年内企业发生一般劳动保障突发事件等。

本书为H. R. 提供贯彻执行《劳动合同法》的全程指南。从《劳动合同法》对旧劳动合同管理制度的主要修正中,提示企业应对《劳动合同法》新规定应关注的几个重点问题,并进而建议企业应对过渡期采取的几个主要措施。从企业应当审慎签订劳动合同中,勾画出企业与劳动者签订劳动合同应注意的问题,提示企业应避免违反法律规定承担合同无效的法律后果。将企业善用试用期的新规定提升到选好人才的重要步骤,给出企业在试用期内的自我权利维护的策略。而对于正规与非正规、派遣与灵活、事实与书面这些涉及规范劳动关系的新规定,应当关注企业应对规范事实劳动关系新规定的主要措施。在企业应做好订立劳动合同后的管理中,提示了企业订立劳动合同后的管理措施。对于“短期与长期、固定与无固定”这些H. R. 们长期琢磨的事儿,作者写了企业应对无固定期限劳动合同制度新变化要注意的事项。在企业如何应对劳动合同解除和终止的新规定中,既强调企业应遵循法律的条件和程序解除劳动合同,也说明企业有权单方面解除劳动合同的具体情形。劳务派遣对人力资源管理和劳务市场的影响——是机遇还是挑战?“三金”利剑,是制衡法宝还是争议热门?禁止担保、扣押身份证件和档案后如何在法定与人情之间平衡?如何考量法律责任和

管理成本? 等等。

这些内容以现行的法律、政策、司法解释为依据,以追求和谐劳动关系之建立为目的,这在众多 H. R. 们那里有现实的需求和现成的市场。

黎建飞

2007 年 10 月 17 日

001	策略一	知己知彼，百战百胜 关注《劳动合同法》的新规定
015	策略二	过渡时期，未雨绸缪 企业如何应对新旧法的衔接
025	策略三	企业竞争，人才至上 企业应当审慎签订劳动合同
047	策略四	试用和选才 企业善于运用试用期是选好人才的重要步骤
059	策略五	正规与非正规、事实与书面 企业如何应对规范事实劳动关系的新规定
071	策略六	履行承诺，防范纠纷 企业应做好订立劳动合同后的管理
083	策略七	短期与长期、固定与无固定 企业如何认识和应对无固定期限劳动合同制度的新规定
095	策略八	留住人才与解雇冗员 企业如何应对劳动合同解除和终止的新规定
111	策略九	制胜法宝，管理良方 企业应制定有效实用的规章制度
121	策略十	限制辞职的三大措施 培训、保密与竞业限制协议的新规定及其对人力资源管理的影响

133	策略十一	机遇还是挑战	劳务派遣对人力资源管理和劳务市场的影响
147	策略十二	个体与集体的策略	集体合同新规定对企业的影响
161	策略十三	“三金”利剑，制衡劳资	企业如何应对经济补偿金、赔偿金、违约金的新规定
183	策略十四	用人不疑，疑人不用	禁止担保、扣押身份证件和档案新规定对企业的影响
193	策略十五	全日制与非全日制的策略	企业巧用非全日制用工新规定
205	策略十六	企业与政府之间	企业如何应对监督检查新规定
217	策略十七	责任成本的考量	企业应充分认识新法下的法律责任制度
235	策略十八	预防和救济	企业如何预防和处理劳动争议
251	附录	《中华人民共和国劳动合同法》 《中华人民共和国劳动法》	

策略一

知己知彼,百战百胜

关注《劳动合同法》的新规定

- ☐ 《劳动合同法》的适用范围
- ☐ 强调签订书面劳动合同,解决劳动合同短期化问题
- ☐ 试用期的新制度
- ☐ 事实劳动关系的认定和处理的新制度
- ☐ 劳动合同解除和终止的新制度
- ☐ 劳务派遣的新制度
- ☐ 明确禁止担保、扣押身份证件和档案
- ☐ 明确违约金的适用情形及其限制
- ☐ 经济补偿金、赔偿金的新制度

新《劳动合同法》的出台,作为人事经理的您,如何去应对?

企业一不小心有个疏忽,就会酿成重大的损失;或签下一个不想要的人,或巨资培训打了水漂……

有些企业长期存在视法律如儿戏的问题,甚至标榜自己治理企业是“反制度而行之”,这些企业虽然貌似强大,但遇到真正的竞争对手时,可能是不堪一击的。比如,某企业在全国某行业占据了一定份额的市场,但公然声称从来不与员工签订劳动合同,参加社会保险更是少数管理层的事,没有为大多数普通员工缴纳社会保险费。如果竞争对手抓住企业的这一致命弱点加以攻击,恐怕这样貌似强大的企业就会因拖欠巨额的社会保险费和滞纳金而破产。因此,作为一个有竞争力的、负社会责任的企业,应当时刻关注所在国的法律并尽量遵行贯彻,使企业能真正融入所在国的法律制度中,为所在国的法律规则所认可和保护,这样才能百战百胜。

劳动合同是整个劳动关系的核心,是劳动关系建立的基础。劳动合同法是调整用人单位和劳动者在订立、履行、变更、解除和终止劳动合同的行为的法律规范的总称。从法律部门上来看,劳动合同法是劳动法的重要组成部分,是我国劳动法律体系中最重要内容。

《劳动合同法》立法过程中的主要争议焦点问题有:适用范围是否包括事业单位的聘用合同和非全日制用工;劳动规章制度是否应该以及如何经过民主程序;劳动合同短期化是否应当规范以及如何破解;集体合同制度是否应当在《劳动合同法》中加以规定以及如何规定;劳动合同到期终止是否应支付经济补偿金以及支付标准;劳务派遣制度是否应当规范以及如何规范;裁员的条件如何界

定以及程序如何规范;劳动合同文本是否应当以书面形式订立以及不依法订立如何处理;试用期如何规范;竞业限制、保守秘密如何规范;约定违约责任如何规范;劳动合同的解除或终止以及交接手续;新旧法的衔接和处理,等等。

上述焦点问题基本上在《劳动合同法》中得到了明确。与《劳动法》和旧的劳动合同管理制度相比,《劳动合同法》创设的新制度或者说新变化应该引起企业的足够重视,《劳动合同法》改变了企业人力资源管理的游戏规则,一切要重新认识,重新审视自己的策略。

□ 《劳动合同法》的适用范围

◇ 《劳动合同法》调整的主要对象及其变化

《劳动合同法》第2条第1款规定:“中华人民共和国境内的企业、个体经济组织、民办非企业单位等组织(以下称用人单位)与劳动者建立劳动关系,订立、履行、变更、解除或者终止劳动合同,适用本法。”较《劳动法》而言,增加了民办非企业单位等组织,与《工伤保险条例》的调整范围基本类似。可见,《劳动合同法》调整的主要社会关系仍然是企业与劳动者之间的劳动关系,但是在调整范围和对象上有变化和扩大,这主要体现在事业单位的劳动关系和非法用工单位的劳动关系的法律调整上。

关于事业单位的法律适用问题。《劳动合同法》第2条第2款规定:“国家机关、事业单位、社会团体和与其建立劳动关系的劳动者,订立、履行、变更、解除或者终止劳动合同,依照本法执行。”这里将《劳动法》的“事业组织”表述为“事业单位”,与《民法通则》、《工伤保险条例》等法律、法规中的表述是一致的。但是由于事业单位长期以来的用人体制比较复杂,其人员大致可以分为三类:第一类是参照公务员法管理的人员,没有签订聘用合同,其劳动报酬基本或主要是财政拨款(全额拨款);第二类是采用聘用制的人员,这类人员又可以分为参照公务员的人员(其劳动报酬有部分是财政拨款)和实质上按照企业实行劳动合同制的人员(其劳动报酬完全是事业单位自己的创收);第三类人员是名符其实的实行劳动合同制度、按照劳动法调整的人员。

针对这种特殊情况,《劳动合同法》第96条规定:“事业单位与实行聘用制的工作人员订立、履行、变更、解除或者终止劳动合同,法律、行政法规或者国务院另有规定的,依照其规定;未作规定的,依照本法有关规定执行。”可见,事业单位与实行聘用制的工作人员并不完全依照《劳动合同法》执行。

◇ 事业单位转制为企业的劳动关系

这是一个涉及《劳动合同法》在调整现实劳动关系中如何具体适用的重要问题。正如上面的分析,事业单位中的人员通常分三种身份,原来有事业编制且从来没有签订劳动合同而是签订聘用合同的人员,在事业单位改制后才与该企业签订劳动合同,其工龄如何计算、签订何种劳动合同,这是该类企业应当认真考虑的问题。

《劳动合同法》第14条第2款第2项的规定,为这类企业实行劳动合同提供了规范。按照这一规范,企业初次实行劳动合同制度或者国有企业改制重新订立劳动合同时,劳动者在该企业连续工作满十年且距法定退休年龄不足十年的,劳动者提出或者同意续订、订立劳动合同的,除劳动者提出订立固定期限劳动合同外,应当订立无固定期限劳动合同。这一规范中的“初次实行劳动合同制度”,适用于某一事业单位原来没有实行劳动合同制度而初次实行的,以及改制为企业后全面实行劳动合同制度的情况。

◇ 关于非法单位、个人用工的法律调整

《劳动合同法》第93条规定:“对不具备合法经营资格的用人单位的违法犯罪行为,依法追究法律责任;劳动者已经付出劳动的,该单位或者其出资人应当依照本法有关规定向劳动者支付劳动报酬、经济补偿、赔偿金;给劳动者造成损害的,应当承担赔偿责任。”

上述规范在最高人民法院公布的“刘明诉铁道部第二十工程局二处第八工

程公司、罗友敏工伤赔偿案”^①中已经得到体现。最高人民法院公布上述案例的当时,《劳动法》并没有具体可供法院援引判令两被告铁道部第二十工程局二处第八工程公司、罗友敏共同赔偿劳动者刘明损失的规范依循,处理案件的一审、二审法院只是参照了《劳动法》进行推理,判决两被告共同赔偿劳动者刘明损失。《劳动合同法》第 93 条、第 94 条为解决类似的案件提供了依据。

《劳动合同法》实施以后,此类案件将直接适用第 94 条的规定:“个人承包经营违反本法规定招用劳动者,给劳动者造成损害的,发包的组织与个人承包经营者承担连带赔偿责任。”这里的“个人”没有注册、登记、备案为个体工商户或个人独资企业的要求,自然人也可以成为承包经营的主体,应与发包的组织承担连带赔偿责任。这就从实际上扩大了《劳动合同法》的调整范围,这与《工伤保险条例》的意旨是一致的。

◇ 学生兼职

学生学习期间的兼职、实习等,是劳动过程还是学习环节?这既涉及实习学生的身份认定,更涉及学生的劳动及其收益的归属,进而还会导致学生在劳动中遭遇伤害时性质的认定、待遇及责任的分担等问题。对企业来说,正确认识这种风险和用人成本,在衡量使用学生兼职工、实习人员时就可以增强预见性,减少不必要的麻烦。

《劳动法》、《劳动合同法》并没有规定学生不能成为劳动法调整的劳动者,因此学生只要达到了法定劳动年龄并依法提供了劳动,是可以也应该成为劳动者主体的。但原劳动部 1995 年出台的意见规定学生勤工俭学可以不签订劳动合同,这种行政性的解释实质上缩小了《劳动法》的调整范围,不符合劳动法律制度的意旨。^②

从上述对《劳动合同法》规定的分析可见,《劳动合同法》实际比《劳动法》扩大了调整范围。

① 该案例见《中华人民共和国最高人民法院公报》1999 年第 5 期。

② 原劳动部 1995 年颁布的《关于贯彻执行〈中华人民共和国劳动法〉若干问题的意见》:“12. 在校生利用业余时间勤工助学,不视为就业,未建立劳动关系,可以不签订劳动合同。”

□ 强调签订书面劳动合同,解决劳动合同短期化问题

◇ 加大对不签订书面劳动合同、无固定期限劳动合同的责任和违法成本

《劳动合同法》第82条规定“用人单位自用工之日起超过一个月不满一年未与劳动者订立书面劳动合同的,应当向劳动者每月支付二倍的工资。”“用人单位违反本法规定不与劳动者订立无固定期限劳动合同的,自应当订立无固定期限劳动合同之日起向劳动者每月支付二倍的工资。”以及第14条关于无固定期限劳动合同、第47条关于经济补偿标准等的规定都是为了解决劳动合同短期化和不依法签订劳动合同的问题。

《劳动合同法》第14条扩大了应当签订无固定期限劳动合同的情形。按照新法,劳动者在同一企业连续工作满十年或已经连续订立两次固定期限劳动合同等符合签订无固定期限劳动合同的法定情形,劳动者提出或同意续订、订立劳动合同的,除非劳动者提出订立固定期限劳动合同,企业就应当与劳动者签订无固定期限劳动合同。

◇ 终止劳动合同也应支付经济补偿金,使短期劳动合同和长期劳动合同的用人成本趋平

经济补偿金的支付在《劳动法》中主要适用于劳动合同解除的情形,而《劳动合同法》第46条、第47条则规定了终止劳动合同也应支付经济补偿金。

《劳动合同法》关于无固定期限劳动合同的规定与《劳动法》第20条第2款“劳动者在同一用人单位连续工作满十年以上,当事人双方同意延续劳动合同的,如果劳动者提出订立无固定期限的劳动合同,应当订立无固定期限的劳动合同”的规定明显不同,也与最高人民法院《关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释》第16条第2款“根据《劳动法》第20条之规定,用人单位应当与劳动者签订无固定期限劳动合同而未签订的,人民法院可以视为双方之间存在无

固定期限劳动合同关系,并以原劳动合同确定双方的权利义务关系”的规定明显不同,扩大了无固定期限劳动合同的适用范围和赋予劳动者单方的决定权。

◇ 企业应顺应无固定期限劳动合同制度的新变化

无固定期限劳动合同制度的变化,对建立较稳定的长期劳动关系,对企业建立良好的企业文化、人才梯队、发展规划有利,同时也有利于劳动者树立职业安全感和对用人单位的归属感、认同感,从长远看是一种双赢。

有些人批评《劳动合同法》关于无固定期限劳动合同是本次立法的一个败笔,认为四五年后无固定期限劳动合同会成为用人的常态,将出现企业用人“能进不能出”或“能进难出”、人浮于事、效率低下的情况,乃至退回到无异于“固定工”和吃大锅饭的年代。

笔者不同意上述的批评。绝大多数劳动者是遵纪守法和积极上进的,不能以消极和否定的态度去看待绝大多数的劳动者。而且,《劳动合同法》也赋予企业按照第 39 条、第 40 条、第 41 条、第 44 条等规定解除或终止劳动合同,也就是说《劳动合同法》关于劳动合同解除和终止的规定也是适用于无固定期限劳动合同的,并不是“能进不能出”,所以不大可能出现有些人担心的劳动者普遍消极怠工的情况。当然,新制度对企业的选任人员机制、管理能力和制定规章制度等提出了更高的要求,限制了企业随意解除或终止劳动合同的权利。

□ 试用期的新制度

◇ 细致化和可操作的试用期限规定

《劳动合同法》第 19 条规定了劳动合同试用期问题,在《劳动法》第 21 条规定的基础上进行了细化:1. 以完成一定工作任务为期限的劳动合同,试用期 ≤ 0 ; 2. 劳动合同期限不满三个月的,试用期 ≤ 0 ; 3. 三个月 $\leq$ 劳动合同期限 $<$ 一年的,试用期 ≤ 1 个月; 4. 一年 $\leq$ 劳动合同期限 $<$ 三年的,试用期 ≤ 2 个月; 5. 劳动合同期限 $\geq$ 三年的,试用期 ≤ 6 个月; 6. 劳动合同期限为无固定期限的,试用期 ≤ 6 个

月;7. 试用期包含在劳动合同期限内;8. 同一用人单位与同一劳动者只能约定一次试用期;9. 仅约定试用期的,试用期不成立,该期限为劳动合同期限;10. 非全日制用工不得约定试用期(《劳动合同法》第70条)。

◇ 试用期的工资规定更具体明确

《劳动合同法》第20条规定了劳动合同试用期工资问题。该条要求试用期的工资 $\geq$ 本单位相同岗位最低档工资或者劳动合同约定工资 $\times 80\%$,注意这里是“或者”,不是“且”;同时,试用期工资要大于或等于企业所在地的最低工资标准。

◇ 企业在试用期解除劳动合同的证明和说明义务

《劳动合同法》第21条规定了企业在劳动合同试用期的劳动合同解除权限问题,明确了企业承担证明劳动者在试用期不符合录用条件的举证责任和说明理由的义务。与《劳动合同法》相比,《劳动法》仅规定企业要证明劳动者在试用期不符合录用条件,而没有规定企业有说明理由的义务。

这些规范更加科学、合理、具体,其意旨是为了解决企业滥用试用期侵害劳动者权益的问题。

□ 事实劳动关系的认定和处理的新制度

《劳动合同法》着力解决事实劳动关系的认定和处理问题。该法第11条关于事实劳动关系的劳动报酬计算或者劳动合同约定的劳动报酬不明确时如何处理的规定,着眼于规制不依法签订书面劳动合同的违法企业;第14条第3款规定企业自用工之日起满1年不与劳动者订立书面劳动合同的,视为已签订无固定期限劳动合同;第82条规定企业不依法与劳动者签订劳动合同、无固定期限劳动合同的,应向劳动者支付2倍工资。

这些规范对减少事实劳动关系,促进依法签订书面劳动合同是有积极意义