

模板式用工管理与集体协商机制，即学即用
流程式人力资本投资风险分析，步步设防
帮助企业实现零风险用工



ZERO

LINGFENGXIAN YONGGONG YU
JITI XIESHANG JIQIAO

零风险用工与 集体协商技巧

张立兴 任秉海 郑伟◎著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

ZERO

LINGFENGXIAN YONGGONG YU
JITI XIESHANG JIQIAO

零风险用工与 集体协商技巧

张立兴 任秉海 郑伟◎著



宁波大学00717402



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

零风险用工与集体协商技巧 / 张立兴, 任秉海, 郑伟著. —北京: 法律出版社, 2011. 4

ISBN 978 - 7 - 5118 - 1959 - 8

I. ①零… II. ①张… ②任… ③郑… III. ①劳动法—研究—中国 IV. ①D922. 504

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2011)第 044544 号

零风险用工与集体协商技巧
张立兴 任秉海 郑伟 著

编辑统筹 法律应用出版分社
责任编辑 何海刚
装帧设计 李 瞻

© 法律出版社·中国

出版 法律出版社
总发行 中国法律图书有限公司
经销 新华书店
印刷 固安华明印刷厂
责任印制 陶 松

开本 787×960 毫米 1/16
印张 16.75
字数 242千
版本 2011 年 6 月第 1 版
印次 2011 年 6 月第 1 次印刷

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

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 - 5118 - 1959 - 8

定价: 36.00 元

(如有缺页或倒装, 中国法律图书有限公司负责退换)

内容介绍

本书作者以其丰富的劳动法和人力资源管理经验,为读者谱写了一幅和谐、积极、健康的劳动法律关系前景。作为模板式用书,管理者可将其作为样板,依其对所辖员工实施管理。本书在简单介绍用工风险产生的诱因、防范原理和技巧后,即以建立用工风险防范体系为目的,详细介绍了员工管理过程中涉及的,包括法律适用风险在内的所有用工风险及其防范技巧等内容。本书首次以独特的视角,详细介绍了在防范用工风险中极其重要、不可或缺的集体协商程序,以确保在有效防范用工风险的前下,提升用工效益、提高人力资本投资效率、使劳动关系更加和谐和积极并更符合我国的社会发展。

法律适用风险仅为用工风险的一小部分。在决策效益较低的今天,如何避免管理损失,尤其是用工风险损失,是所有人都不能再回避的问题。作者根据二十多年的实际操作经验,提出的用工风险防范概念,对提高员工管理在企业管理中的作用和地位,具有极其重要和现实的意义。

总 序

掘弃企业风险滋生的土壤

运用法律为企业经营发展保驾护航,是司法界的共识。现在大部分律师涉及企业的业务主要是处理其在经营管理过程中出现的各纠纷与争议,采用或诉讼,或仲裁,或调解的方式解决其矛盾,使之尽快地回归到正常的经营状态。

运用法律维护当事人在各种纠纷和争议中的合法权益,同时充分分析研究相关法律法规努力争取当事人在此过程中的更大权益,已是当今司法界认可的法律功能。尽可能地化解矛盾,拉近争议各方的认识差距,缩短纠纷处理周期,重新获得融洽的社会关系,是当今律师所做的最多业务,即诉讼业务。保守地说,诉讼业务占现律师业务的90%以上。也就是说,当今法律大都运用在纠纷处理上。但这并不是国家制定各种法律法规的初衷。

法律运用的后置,虽也对各种社会关系的发展起到了支持和帮助作用,但它注重的是化解争议。就其“调整”各种关系而言,显然是避重就轻了,不应是立法的主要目的。法律的“调整”应突出表现在其运用的前置上,促使各社会关系向着和谐、稳定、健康的方向发展,使各关系主体在物质和精神上获得应有的权益,以至满足其不断增加、提升的需求。这是一个健康社会所必需的,也是国家政府立法的最主要的目的。

尽可能地把各种权利义务关系,明确在社会关系确立和建立之时,不但有利于各社会关系的维系和发展,也有利于当事人行为目标的顺利实现,从而获得应有的利益。自古道:“先小人,后君子”,不无道理。

法律的前置应用,是指避免纠纷,将矛盾化解在各种新建立的社会关系之

前,如果发生争议,也能尽快地解决,使当事人回到融洽和谐的状态中。

运用法律法规尽可能地避免企业在经营过程中发生矛盾和纠纷,把一切不和谐消灭在各种经营关系建立之初,如果发生经营争议,也能在最短的周期内解决,这应该是当今律师最主要的企业业务,即非诉业务,也是立法的最主要目的。

在法律应用上,有一种需要探讨的观点,认为法律就是一切,所有的行为都要依法律的规定。观点不错,但应该反过来讲。

各法律明确规定是调整相关社会关系,规范关系主体行为的,所以,法律是为社会关系的和谐发展服务的,是维护社会关系融洽和谐的工具。

法律不能代替企业进行经营决策,不能代替其制定和实施管理(包括所有方法和手段),它仅是一个工具,从法律角度审视其决策、方法、手段的有效性,包括是否在法律规范的范围内;是否有法律瑕疵,即是否有法律风险;是否有潜在的权益遗失,丧失本应获取的利益等。

前面说过法律以调整保持社会关系和谐和发展为首要,即在法律许可的或不禁止的范围内,运用法律保证企业行为目标的实现,并争取在目标实现过程中取得最大的权益。

法律不是经营决策方法、不是管理手段和技巧,不能取而代之。企业选择什么样的赢利模式,什么样的管理方法,这不是法律的内容。法律能做的,是告诉企业,国家是否有法律限制及法律条件,如何在法律规范的范围内获得更多的权益。企业实施什么治理结构,是其决策内容,法律同样替代不了。但法律可以告诉企业,国家在这方面有什么规定,治理结构在组成过程中会有什么风险,应该予以防范。律师在处理非诉业务时,不要把法律业务和专业业务混淆。

古人说,“良医者,常治无病之病,故无病;圣人者,常治无患之患,故无患”。《鹖冠子》中庞暖给卓襄王讲了一个故事。魏文王问扁鹊“……曰:‘子昆弟三人其孰最善为医?’扁鹊曰:‘长兄最善,中兄次之,扁鹊最为下。’魏文侯曰:‘可

得闻邪?’扁鹊曰:‘长兄于病视神,未有形而除之,故名不出于家。中兄治病,其在毫毛,故名不出于闾。若扁鹊者,镵血脉,投毒药,副肌肤,闲而名出闻于诸侯。’魏文侯曰:‘善。使管子行医术以扁鹊之道,曰桓公几能成其霸乎!’凡此者不病病,治之无名,使之无形,至功之成,其下谓之自然。故良医化之,拙医败之,虽幸不死,创伸股维。”

扁鹊大哥和二哥境界之高虽令人赞叹,但他们仍是治病,不过是显隐之分罢了。《孙子兵法·谋攻篇》:“是故百战百胜,非善之善者也;不战而屈人之兵,善之善者也。”律师在做非诉业务时,把即将发生的纠纷在庭下或庭前调解,这就如扁鹊的大哥和二哥在治病,作为法律工作者,律师要学会治未病,运用自己丰富的法律和专业知

识,不让矛盾发生,即使发生了也能“不战而屈人之兵”。这里谈到专业知识,决定着法律运用的水平和层次,这也是当今提倡专业律师的原因。但是,如何做到不战而屈人之兵,需要有多少专业知识才能做到这一点,况且还需要较丰富的法律知识,需要掌握好方法,这通过培训可以在一定的程度上予以解决。

非诉法律业务不是简单告诉企业什么不行,什么不能做,而是应该同时告诉企业,可以怎么做,怎么做可以避免风险,怎么做可以获取更大的利润。

法律运用的前置,需要做非业务的律师对法律的理解有较高的水平。这是由法律的特点决定的。

法律是有局限性的,它不能将某一社会关系的全部内容都予以规范。为了社会的安定和谐,法律仅对那些可能较易引起纠纷,以及由于关系地位不平等而极易导致显失公平的权利义务内容予以规范。同时,法律也不会对其所规范的关系内容进行全部的彻底的规范,大部分也仅是在一定程度和范围内予以规范。

所以,从事非诉法律业务的律师,应尽可能地掌握企业经营过程中所涉及的各种社会关系内容,在关系处理时,对那些较易产生争议的内容进行事前约

定,保证社会关系在良性状态中发展,避免发生纠纷,就是产生纠纷也有明确的法定或约定处理依据。

当事人总是抱着美好的愿望,觉得在处理各种社会关系中不会发生矛盾,故此根本不考虑争议风险,一旦发生争议就诉讼或仲裁,完全交给了法官和仲裁员了。这种没有约定风险处理的社会关系契约,又怎么能作为诉讼和仲裁的依据?结果,各说各有理,一审不满,二审;二审不满,申诉或再审,劳民伤财,已于人都无利可言。

非诉法律业务,毋庸置疑必须由了解专业业务的律师去做。法律是促进社会关系和谐健康发展的工具,而不是社会关系的全部。如何将法律这一工具运用好,就必须了解相关的社会关系内容,了解各种法律规范运用的前提和条件。

一个不了解专业的法律工作者,较难把握社会关系中较易出现矛盾和影响其和谐发展的内容。比如:一个国有饭店,其经营者想转让股权,如果不了解交易中可能存在的法律瑕疵,就会盲目地签约,最终导致交易无法完成。

尤其是前置法律应用,其难度明显超过后置法律应用。它需要在事前约定关系主体的权利义务,应对各相关法律法规有深刻的理解和把握。这是法理问题。

举个例子,《中华人民共和国劳动合同法》第37条规定:“劳动者提前三十日以书面形式通知用人单位,可以解除劳动合同……”倘若一个保洁员职位,人才市场同类人员供应很充足,还需要提前三十日通知企业吗?倘若一个项目负责人,正承接着一个大项目,如需离职也提前三十日通知企业,企业能保证在三十日内找到适合的接替人员吗?在这种情况下,如果企业被动地按法条的字面解释与劳动者约定辞职预告期,企业能不受损失吗?怎么办?如果不从法理上理解和运用该法条,企业就会永远承担该风险了。

从事非诉业务的律师,运用法律保证企业经营目标的实现,维护企业在其经营过程中的应有权益,同时还要运用法律和技巧为其争取其更大权益,实现

更宏伟的目标。

非诉业务是积极主动地维护社会和谐,促进社会发展较为有效的方法。诉讼业务的降低,非诉业务的增加,是一个和谐、健康社会的重要标志。

前言

运用法律保护企业在劳动关系中的权益

用工风险是人力资源管理者一直回避的问题。几年前的英国巴林事件,以及近期的中国东航、法国兴业等事件,就是向人力资源管理者敲响的警钟。类似事件涉及的不仅是可计算的工资及福利损失,还包括企业经营效益的损失,甚至关系到企业生死存亡。用工风险损失就是人力资本投资的损失。

企业的投资者无时不在追求回报,人力投资亦如此。在金融资本投资中,管理者首先要考虑的就是风险控制与防范。可是多年来,人们放弃使用符合企业经营目的的人力资本管理思路,好似将人力资源管理玩于股掌之中。结果,投资者与管理者们一次次地承受着由不当的人员管理而导致的经营损失。多少惨痛的教训,警示企业的管理者们,若想获得人力资本投资的应有回报,必须进行员工使用风险的防范。故,我们应将人力资源管理转化、提升至人力资本管理,以期使员工管理结果真正满足企业投资者的需要。

人力投资风险所造成的损失,不仅是人们惯常理解的工资和福利,它还关系到企业经营目标是否实现、企业能否把握稍纵即逝的市场机会,其是企业生死攸关的大事,其价值难以计算。现在企业员工管理中出现的诸多问题,并不是人力资源管理水平不高和管理行为无效造成的,绝大部分问题是由人力投资存在的风险造成的。人力投资风险不仅存在于员工本身,也存于管理者决策及其管理行为中,稍有不慎就会使企业的决策效益变为负值。

也许,一些企业没有经历过切肤之痛,时至今日,还在忽视用工风险,任凭其“猖獗泛滥”。原因有二:一是企业决策效益尤其是难以让人承受的人力投资

损失的“黑洞”,已经低到不允许各职能部门再“大吃大喝”;二是人力投资成本已占到企业平均日常运营成本的55%以上,这让投资者们不得不关注它的投资回报问题。

企业的投资者们一直抱有美好的愿望,以为聘用员工肯定会给企业带来收益,对其管理的好坏,只影响收益的大小。这一认知,其错甚大。为提高回报,企业的投资者、管理者,以及为企业服务的理论家们,一直在冥思苦想,希望从根本上解决员工的劳动效率问题。虽然不时地有新的理论和方法提出,可是,人们常常感觉到,很多旨在调动员工积极性、提高劳动生产率的方法和手段并不能达到预期目的,甚至是徒劳无功。究其本源,造成此结果的绝大部分原因是用工风险即人力投资风险。

本书通过深入浅出地对以往劳动合同确立的劳动力使用权(劳动力形式使用权)与实际操作需要(劳动力弹性使用权)之间存在的差异进行分析,让读者充分了解劳动力弹性使用权的行使效果对劳动力形式使用权的依赖程度,从而意识到强化代表劳动力形式使用权的劳动合同、集体合同订立以及各项管理制度构建的科学性、严谨性、合理性的重要作用。

需要说明的是,用工风险不仅仅是人们习惯上认识的那些劳动法律适用风险,它还包含着法律适用风险在内的员工管理风险。法律适用风险只是构成全部用工风险的一小部分。

本书作者根据近二十年的实际操作经验,以起因主体为分类标准,科学地划分了可导致用工风险的原因种类,并运用其多年的劳动法律专业经验提出了解决具体问题的方法和技巧,为提高人力资源管理的有效性奠定基础。

防范用工风险不是一蹴而就的,它是一个系统工程,需要运用劳动法及相关法律法规对人力资源管理过程中的每个风险进行有效防范,否则就会蚁穴溃堤。本书旨在为读者提供一个建立人力资本投资风险防范体系的具体方法和手段,不仅对重要的管理环节,就是对偶尔涉及的管理内容本书也有相关的

说明。

由不规范的劳动关系沟通衍化而来的集体协商,是用工风险防范体系必不可少的一个重要环节,现在已在全国悄然兴起。本书首次对其流程、方法、技巧进行了详细地介绍,希望能为我国即将开展的集体协商制度建设提供可借鉴的模式。

运用法律解决纠纷和争议,仅是其功能的一小部。法律的功能应以防范纠纷建立和谐的社会关系为首要(也即非诉法律业务),次之才作为处理争议的法律依据。

做好非诉劳动法律业务,需要有丰富的人力资源专业知识,才能了解在何时何地需要法律的支持与帮助,而法律经验决定着如何运用劳动法。

在现社会中,从事人力资源管理的专业人士不懂劳动法,掌握劳动法知识的律师不了解人力资源管理,两者很难结合到一起,也即较难开发推广非诉劳动法业务。

本书作者,有着丰富的人力资源管理经验,又有较深的法律造诣,通过本书为开壁发展非诉劳动法律业务作为一种全新的尝试。

非常感谢法律出版社的大力支持和帮助,以及成博先生的多次核校。同时,由于作者是第一次从理论到实操研究介绍人力资本投资风险的成因、种类及防范技巧和方法,难免有不妥之处,还望各位前辈、老师、同仁能多多指教,在此万分感谢!

张立兴 任秉海 郑 伟

目 录

前言

1

第一章 用工风险贻害无穷

1

第一节 曾经用工风险的启示

2

一、难以估算的用工风险损失

3

二、重新认识员工地位

9

三、用工风险不断增加

13

四、防范用工风险势在必行

14

第二节 寻找用工风险源头

16

一、忽略用工风险的原因

16

二、用工风险不是管理风险

17

三、用工风险的表象

19

四、用工风险的分类

20

第二章 彻底扼制用工风险

25

第一节 用工风险意识沿革

25

一、本位主义的主观意识

25

二、过度被动地依赖法律法规

27

三、对用工风险认识不足

29

四、认识用工风险的五个层次

30

第二节 用工风险源于权利缺位

33

一、防范用工风险的实质分析

33

二、劳动力形式使用权与弹性使用权	34
三、用工风险防范的表现形式	37
第三节 用工风险防范原则	38
一、时限性原则	39
二、目的性原则	40
三、系统性原则	40
四、有效性原则	41
第四节 用工风险防范技巧	44
一、和谐是最终目的	44
二、法律适用风险	46
三、法律未规范风险	49
四、管理措施许可风险	52
五、管理与实施行为风险	53
六、潜在权益风险	54
七、可争取而放弃权益风险	55
第三章 防范用工风险实操分析	57
第一节 目标实现模型的构成与运用	58
一、目标实现模型的框架结构	58
二、目标模型在控制风险中的运用	59
三、法定风险与非法定风险	60
四、目的与手段辨析	60
五、用工风险防范思路	61
第二节 管理规范效用风险分析	61
一、制定管理制度的目的	62
二、管理制度生效实现模型	62
三、管理制度生效实现风险分析	63
四、管理制度生效风险防范工具要点	66

五、补充文件确认风险方法	66
第三节 员工配置实现风险分析	67
一、员工配置及种类	67
二、外部招聘实现风险	67
三、内部调岗实现风险	82
四、解除、终止劳动合同风险	85
第四节 行政管理制度实现风险	87
一、行政管理制度实现目的	87
二、行政规范实现风险分析	87
第五节 工时管理实现风险	92
一、工时管理的目的	92
二、工作时间与休息时间	92
三、工时管理实现风险分析	92
四、法定工时制度	93
五、法定休假	97
六、约定协议和法定程序	99
七、约定程序	100
第六节 绩效目标控制实现风险	101
一、绩效目标控制	101
二、绩效目标控制风险分析	101
三、法定授权	102
四、奖惩约定	102
五、“工作任务单”要点	102
六、科学依据	103
七、奖励兑现技巧	105
八、法定限制	106
第七节 薪酬效用风险	107
一、提高工资效用	107

二、薪酬效用实现风险分析	107
三、法定标准	107
四、约定协议	110
五、法定核算及实用核算	110
六、法定支付	111
七、约定防范	112
第八节 培训目标实现风险	113
一、培训目的	113
二、培训目标实现风险分析	113
三、法律规定	113
四、对培训重新分类	115
五、实施准备	116
六、《企业培训服务协议》要点	116
七、完善管理	117
八、“培训费用确认单”要点	118
九、特殊处理	118
十、《特殊培训补偿协议》要点	119
十一、特殊人员培训处理	119
第九节 商业秘密保护实现风险	119
一、商业秘密保护	119
二、保护商业秘密实现风险分析	120
三、法定确认	121
四、企业确认	122
五、资料监控	123
六、司法保护	124
七、在职防范	128
八、离职防范	129
九、签订竞业限制协议应当注意的问题	132
附录 3-1 企业文件传阅单(样本)	136

附录 3-2	某公司员工岗位调整确认协议(样本)	137
附录 3-3	某公司行政考核奖惩条例(样本)	139
附录 3-4	某公司员工守则(样本)	146
附录 3-5	某公司行政考核奖惩单(样本)	148
附录 3-6	某公司奖励/处罚决定书	149
附录 3-7	某公司考勤管理制度	150
附录 3-8	某公司考勤单(样本)	158
附录 3-9	某公司工作任务单(样本)	159
附录 3-10	某公司培训管理制度(样本)	160
附录 3-11	某公司员工培训服务协议(样本)	163
附录 3-12	某公司培训费用确认单(样本)	165
附录 3-13	某公司员工特殊培训服务及赔偿协议(样本)	166
附录 3-14	某公司员工特殊培训服务协议(样本)	169
附录 3-15	某企业商业秘密保护协议(样本)	171
附录 3-16	某公司竞业限制协议(样本)	175

第四章 规避劳动合同中的风险

第一节 劳动合同及相关主要内容

一、劳动合同的签订 178

二、劳动合同的主要内容 179

第二节 法定条款签订及风险防范

一、用人单位的名称、住所和法定代表人或者主要负责人 180

二、劳动者的姓名、住址和居民身份证或者其他有效身份证件号码 180

三、劳动合同期限 181

四、工作内容 181

五、工作地点 182

六、工作时间 183

七、劳动报酬 184