

慎重思忖新《劳动合同法》（一）

企业如何规避劳动争议风险

文/陈昱

陈昱，西南政法大学法律硕士，重庆索通律师事务所律师法律事务部副主任，在劳动争议和完善企业劳动人事管理制度以及企业改制、兼并、破产中的劳动关系处理方面经验丰富

6月底通过的新《劳动合同法》（以下简称新法）将从2008年1月1日起施行，比起1994年《劳动法》，新法着重规范劳资双方在劳动合同下的权利义务，并且具有较强的实用性和操作性，其最明显的特征就是加强了劳动者的保护，而且明确以“保护劳动者合法权益”为核心。

在此环境下，劳资关系的另一方——企业则成了相对位置上的“弱势群体”。本文站在企业立场上，解读《劳动合同法》的九大突破点，为企业出谋划策。

劳动合同期限——以无固定期限为常态 以固定期限的特殊

新法的第14条规定：

“连续订立二次固定期限劳动合同，续订劳动合同的，应当订立无固定期限劳动合同；还规定自用工之日起满一年不与劳动者订立书面劳动合同的，视为已订立无固定期限劳动合同。”

前一条规定目的是解决劳动合同短期化；后一条的规定则体现法律对事实劳动关系状态的否定，并对处于这种关系状态的企业主体加以处罚，认定视为无固定期限。

这明显是对西方规定的照搬。在西方，签订无固定期限是一种常态，固定期限则是特例。劳动者在3年的大学毕业过渡期后即与雇主订立无固定期限劳动关系，这有助于解决就业、增加社会稳定。

实际上，新法的这一规定严重限制了企业对劳动合同期限用工选择权，也无法解决劳动合同的短期化问题。中国的现实国情是劳动力过剩，如果强制要求企业订立无固定期限合同，势必会让企业加大短期用工的频率，这不仅增加企业成本，也会损害到劳动者利益，他们可能面临一次用工后就失业的局面。

我们给企业的应对建议是，在新法实施后，把首次与劳动者签订的劳动合同期设定为3年。

按照新法规定，3年的劳动合同试用期为6个月，较长的试用期有利于企业掌握主动，充分考察劳动者，对不符合条件的劳动者有充分的解约时间。同时，如果企业是一个集团公司，可以让下属不同子公司分别多次与劳动者订立有期限的劳动合同，从而规避一个企业“连续订立两次固定期限合同”的条件。

另一方面，新法规定中“续订劳动合同的”并没有明确对象。如果把提出续订要求的一方理解成企业，那么这个要求似乎又回到了旧法里的规定：连续工作满十年，双方当事人同意签订劳动合同。在明确的立法解释出来之前，企业依然可以采取不同意续订方式规避签订无固定期限劳动合同。

企业规章制度——更加注重民主程序设计

新法更加确认企业规章制度的重要性，而且也更加注重制订和处理的程序。其第4条是规定得最为繁琐和详细的一条：

“用人单位应当依法建立和完善劳动规章制度，保障劳动者享有劳动权利、履行劳动义务。用人单位在制定、修改或者决定有关劳动报酬、工作时间、休息休假、劳动安全卫生、保险福利、职工培训、劳动纪律以及劳动定额管理的规章制度或者重大事项时，应当经职工代表大会或者全体职工讨论，提出方案和意见，与工会或者职工代表平等协商确定。在规章制度和重大事项决定实施过程中，工会或者职工认为不适当的，有权向用人单位提出，通过协商予以修改完善。用人单位应当将直接涉及劳动者切身利益的规章制度和重大事项决定公示，或者告知劳动者。”

这则规定包含了多层意思：

首先，确立了用人单位制定规章制度的权利和依法管理的权利。这是一条站在企业立场的法律依据，直接体现企业管理权。

其次，规定了与劳动者切身利益相关的具体内容，并授予职工代表或全体职工讨论并平等协商这些事项的权利。不难发现，几乎所有与劳动者有关的制度都必须经过这个讨论协商的程序，但这程序并不强调共决而只要求程序性备案，这是这条不利于企业的制度中的有利之处：企业只要保证有讨论备案的程序就行了，无须职工表决通过。这也是该法制订中多方博弈的结果。

第三，规定了工会或职工对制度的修改权，以及企业的公示和告知义务。此处充分显示了新法对企业行政管理权限的程序性设计。这个必须性的程序体现了一个核心目的：保护劳动者的合法利益。

在这个前提下，企业该如何充分利用这项权利呢？我们认为企业必须确认以下几点：规章制度是否经过民主程序；是否公示、告知；是否依程序作出处理并依法送达；劳动者是否有严重违反规章制度的事实；注意保存相应的书面证据、规范处理程序。

可以预见的是，新法实施之后，劳动争议案件的审理中更多的将是对企业行政管理职权程序性的审查，所以，企业必须重视对规章制度和行政管理程序性的规范与存档，这可能成为劳动争议案件中对企业有利的法律依据。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》规定：用人单位根据《劳动法》第4条之规定，通过民主程序制定的规章制度，不违反国家法律、行政法规及政策规定，并已向劳动者公示的，可以作为人民法院审理劳动争议案件的依据。

强化对企业订立劳动合同试用期的限制

新法第19条规定了劳动合同的试用期，条文包含了三层意思：

第一是对试用期限作了法律上的限制，劳动合同3个月以上不满一年的，试用期不超过1个月；劳动合同1年以上不满3年的，试用期不超过2个月；3年以上固定期限和无固定期限的劳动合同，试用期不得超过6个月。

企业必须遵从上述硬性规定，但可以选择签订三年以上固定期限的劳动合同，来充分利用六个月的试用期。

第二是规定同一用人单位与同一劳动者只能约定一次试用期。

于是，当企业面对的是辞职后再次应聘的劳动者，或再次聘用不同岗位的劳动者，也不能签订试用期。面对以上两种情况，这样的规定显得有些武断。因为劳动者再次应聘的职位不同，如果没有试用期，企业根本无法判断其工作熟练度和能力，法律在此已经干涉到企业独立的用工权利。

第三是规定以完成一定工作任务为期限的合同不得约定试用期和试用期不得单独约定，应包括在劳动合同期限内。

此外，新法第 20 条要求，劳动者试用期的工资不得低于雇用企业同岗位工资或劳动合同约定工资的 80%，且不得低于用人单位所在地的最低工资标准。

上述规定的目的是限制短期化劳动合同，加大对企业的约束。这几乎是对原来《劳动法》的进一步强化。

针对试用期工资不得低于同岗位工资 80%的要求规定，企业可以进一步细化岗位，制定更详细的职位等级和工资分级，并在劳动合同中约定基本工资，并约定劳动者的奖金和效益工资应当通过对其绩效考核按月或季度确定，从而避免试用期工资过高。（待续）

版权所有 © SGLA 2008。

此出版物仅供阁下参考和兴趣阅读之用，无意作为完整全面的信息，并不构成亦不应予以依赖为法律意见。请根据自身情况寻求专门咨询。