

慎重思忖新《劳动合同法》（二）

企业如何规避劳动合同风险

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

用人之前的法律要点

《劳动合同法》第七、八、九条规定：

用人单位自用工之日起即与劳动者建立劳动关系，并应建立职工名册备查；招聘时应当如实告知劳动者工作内容、工作条件、工作地点、职业危害、安全生产状况、劳动报酬以及劳动者要求了解的其他情况；用人单位有权了解劳动者与劳动合同直接相关的基本情况，劳动者应当如实说明；用人单位不得扣押劳动者的居民身份证和其他证件，不得要求劳动者提供担保或者以其他名义向劳动者收取财物。

上述规定对用人单位的招用权利在三方面进行了限制和规范：第一，确定了劳动关系建立的日期是用工之日而非实际签订劳动合同之日；第二，规范了劳资双方的知情权和告知义务，对双方权利都是一种保护；第三，禁止扣押证件和收取财物及担保，即使是第三人的担保也不允许。应该说，这些规定更多的是对企业非法用工的限制，特别是不得要求担保或扣押证件，收取财物问题上更是鲜明。

但在目前的劳动用工管理中，劳动者可能经常不辞而别，不办理移交手续而带走企业的财物或相关物件，这让企业非常头痛，但现在法律已明确规定不得扣押证件、收取财物或提供担保，企业今后将如何管理将是新的课题。

对于第一个方面的问题，企业应当注意，在招用劳动者一个月内及时订立书面劳动合同，并做到建立员工花名册备查，以便纠纷发生时承担举证责任；对于第二、第三个方面的问题，企业应尽到告知和一般审查义务，充分如实地告知劳动者企业的相关情况，同时做好审慎调查，充分了解招用人员的基本情况：真实住址、身份、个人品行、资信及健康状况、专业技能、学历等，一旦出现劳动者不办理交接手续离职或侵占企业财产逃逸等情况及时追查索赔；同时，在聘用与订立劳动合同时，应当履行审查义务。

禁止劳动者形成双重劳动关系是现行劳动法和新《劳动合同法》均明文规定的，作为用人单位，在招用时承担的是一个审查义务。曾经有这样的案例：保险公司招聘保险业务经理，应聘的人员没有离职证明，以个人单方承诺书予以替代，结果，该人员由于经济问题而未办理离职手续，该保险公司因为招用了这个应聘人员承担了连带赔偿责任。所以，实务操作中，用人单位在招用劳动者时，应当审查前用人单位出具的《解除或终止劳动合同证明》，并向劳动者了解其是否对前用人单位承担竞业限制义务，以避免法律风险。

对于第三个问题，即不得扣押证件禁止担保问题，除采取核实了解劳动者基本情况外，应对招聘人员进行守法教育，告知侵占公司企业财产的民事、刑事责任，可以在劳动合同中约定擅自离职产生经济责任，则可以抵扣相应劳动报酬等措施予以预防；也可以约定劳动者因故意或重大过错造成用人单位经济损失的，承担赔偿责任。

支付工资风险应对

《劳动合同法》规定：已建立劳动关系，未同时订立书面劳动合同的，应当自用工之日起一个月内订立；满一年不订立的，视为已订立无固定期限。

不仅如此，新《劳动合同法》还规定，不及时订立书面劳动合同的后果是每月支付 2 倍的工资。可以肯定的说，新法已经明确否认事实劳动关系的存在，在重罚之下事实劳动关系将退出历史舞台。用人单位应当改变观念，将上岗后再签合同转变为先签合同后上岗，规范管理。

支付令与加班工资。在劳动合同的履行中，新法的另一个新举措就是借用了民事诉讼法所规定的“支付令”形式，即在用人单位拖欠或者未足额支付劳动报酬时，劳动者可以依法向当地人民法院申请支付令，通过强制力请求用人单位及时支付报酬，但“支付令”并非“执行令”，只要用人单位在收到支付令后 15 日内提出书面异议，支付令则自动失效，事实上，劳动者还得从仲裁程序走起，显然，支付令的效果并不好，除非用人单位对收到的“支付令”不予理睬，实践中这种可能性极小。

需要提醒企业注意的是，关于拖欠或未足额支付报酬问题。何谓“拖欠”，按照通常的理解就是故意拖欠欠付工资，但延长多少时间算是拖欠，新法并没有规定。一般实务操作中会以月为计算周期，因为劳动者工资按月支付，如拖延一个月都不支付就可能构成“拖欠”，同时，又以劳动者的投诉或仲裁作为判断依据，因此，建议企业：尽量避免工资支付一个月以上的拖延，同时在劳动合同约定：让劳动者确认如因财务结算或银行转账等延缓不属于拖欠。

加班争议将明显增多

此外，根据新法，我们可以预见，未来的企业与员工之间因加班产生的报酬争议将会增多。

由“未足额支付”条款中可以看到，加班工资的支付及计算方式上容易引发争议。首先，对于是否支付加班工资是以国家规定的 8 小时定时工作制核定的，每天工作不超过 8 小时，每周不超过 40 小时，每月按照国务院 20.92 天工作时间的规定，工作应是不超过 167.6 个小时。

如果超过上述规定，就应当按照劳动法的规定，支付不同形式的加班工资，包括延时、休息日、节日加班工资；而且，未足额支付加班工资的举证责任是由用人单位承担，特别是最高人民法院《关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释（二）》中规定：拖欠工资争议，劳动者申请仲裁时劳动关系仍然存续，用人单位以劳动者申请仲裁超过六十日为由主张不再支付的，人民法院不予支持。但用人单位能够证明劳动者已经收到拒付工资的书面通知的除外。

显然，这一规定对用人单位极其不利。只要劳动者提出产生了加班，甚至是几年的加班，用人单位都不能以超过申诉时效抗辩，除非是有明确的书面拒绝。剩下的就只能由用人单位进行举证证明是否有加班，而一个企业能够完整保存几年的加班资料，包括安排、考勤、支付证明等是很难的，而且也没有这个意识，可以预见，在明年新法实施后，这种以加班产生的争议将会更多，企业将面临败诉后支付劳动者所有请求的尴尬。

企业当务之急应当采取的防范措施包括：清理劳动者的加班考勤情况，并严格安排加班的申请核准制度；向当地劳动部门对容易产生加班的岗位申报综合计算工时制和不定时工作制，预防超过 8 小时而又没有超过总时限的工作被算成加班；在劳动合同中约定加班工资的计算基数以劳动者的基本工资为准（根据劳动部的解释，计算基数有约定从约定，没有约定按劳动者实际收入为准），这将减少加班费支付的基准；在年底以书面形式请求劳动者确认用人单位的劳动报酬已经支付完清，且无异议，以此增加时效的抗辩。

特别注意：劳动合同解除、终止与经济赔偿金

新法解除、终止劳动合同应当支付经济补偿金的情形，与原《劳动法》相比，有所增加，旨在加强对劳动者的保护，敦促企业签定无固定期限的合同。以下几种增加的情况需要特别注意：

- 1、劳动合同期满，用人单位终止而不续签或降低原劳动合同条件要求续订，而劳动者不同意终止，新法规定应当支付经济补偿金。需要注意的是劳动者自身要离开，却以此为借口要求补偿金，企业应对的技巧是在续签劳动合同通知书上明确告知：“是在不降低原合同条件下续订”，以防止劳动者提出是企业降低条件而无法举证。
- 2、用人单位单方解除情形在原来提前 30 日通知的基础上增加了额外支付一个月工资后可立即解除的情形。新增条款对企业有利，目的是为了 avoid 意外情况发生，诸如女员工在提前 30 日通知解除后突击怀孕，或员工在 30 日内发生工伤、患病、非因工负伤而致无法解除的情况。建议企业应当很好地运用该条款，及时终止可能发生意外的劳动关系。
- 3、增加了裁员解除的程序性和限制性规定，裁减 20 人以上或占企业总人数 10%以上，须提前 30 日向工会或全体职工说明并征求意见，同时报劳动行政部门，但仍然要根据工作年限支付经济补偿金。
- 4、增加了用人单位违法解除或终止的情形，新法第四十八条作了专门规定，特别需要提出的是未提供劳动保护和劳动条件和未依法缴纳社会保险费，劳动者可以解除并要求支付经济补偿金，或者直接要求支付经济补偿金标准的两倍赔偿金。

同样，新法解除、终止劳动合同不支付经济补偿金的情形也有所增加，主要体现以下两个方面：首先，劳动者建立双重劳动关系，对本单位工作任务造成严重影响，或经提出拒不改正。从条文规定来看似乎法律并不完全否定双重劳动关系，只是在造成严重影响或经提出拒不改正两种情形发生事，才可以解除，建议企业在自己的规章制度里面明确规定禁止双重劳动关系，便于操作处理。

第二，欺诈、胁迫、乘人之危，违背真实意思订立或变更劳动合同的，新法规定用人单位可以立即解除合同不支付补偿。该条规定的是劳动者的欺诈情形，包括但不限于提供虚假资料，如假文凭、假证件、假履历等。建议用人单位应当建立行之有效的入职审查制度，并且适当运用自己知情权的法律规定约束劳动者。

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。