

规范管理，从容应对--新劳动合同法在IT企业的适用 PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/480/2021_2022__E8_A7_84_E8_8C_83_E7_AE_A1_E7_c122_480731.htm 新《劳动合同法》已于2008年1月1日起正式生效。从公布至正式实施的半年时间里，针对新劳动合同法中的一些新规定，不同行业表现出了不同程度的关注。关注度最高的当属IT行业，不同的IT企业出现了不同的反应：全球3C代工（OEM）领域巨头富士康科技集团高调响应，与万余名员工签订“无固定期限劳动合同”；而华为科技有限公司的“辞职门事件”则一度被舆论评论为规避新劳动合同法实施的典型；另一个IT产业巨头，既是IT上游厂商代表，又能代表下游渠道厂商的联想集团，则发出了“新劳动法太照顾员工利益对企业发展不利”的声音（联想总裁柳传志语）。虽然各行业的关注热点和程度不同，但有一点却是各行业的普遍共识：“新法的实施，意味着劳动力成本要增加了”，对那些人力资源管理不规范的企业，尤其如此。IT行业应该如何适用新的劳动合同法？在IT行业的劳动合同修订中应重点做哪些调整？如何保障劳动合同相关条款的履行？这是IT行业的人力资源部门（HR）普遍关注和急需应对的问题。本文拟结合本人担任IT企业法律顾问的实践，谈一点个人的理解，并求教于法律界和IT业的同行。

一、IT行业应重点关注和调整的劳动合同条款（一）、选择适合于企业的劳动合同期限。适当的劳动合同期限有利于IT企业的发展。与其他传统行业不同，IT行业面临的是人才短缺、人才流动过于频繁和人才流失严重的问题，而不是人才过剩的问题。新劳动合同法的颁布实施，进一步加大了

劳动者流动的自由度，而劳动者违约的成本却大大降低了。按照新劳动合同法的规定，一般情况下，劳动者只要提前三十天通知单位，就可以单方提前解除劳动合同。劳动者解除劳动合同需要支付违约金的范围仅限于用人单位的出资培训以及竞业限制条款的约定。这些规定，对本来就人才流动过快的IT行业来说，无疑是雪上加霜了。与之相反，新劳动合同法无论从劳动关系的确立、劳动合同的订立，还是从劳动合同的解除或终止等方面均加强了对用人单位的限制，而且用人单位终止或解除劳动合同的成本也大幅增加。首先是劳动合同订立时间上的严格规定。新法规定：用人单位自用工之日起即与劳动者建立劳动关系；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合同的应当向劳动者每月支付两倍的工资；用人单位自用工之日起满一年不与劳动者订立书面劳动合同的，视为用人单位与劳动者已订立无固定期限劳动合同。其次是关于试用期的规定。新法规定：试用期对同一员工只能适用一次；三年以下劳动合同的试用期为1-3个月，三年以上及无固定期限劳动合同的试用期为3-6个月；员工在试用期内的工资，不得低于本单位相同岗位最低档工资或者劳动合同约定工资的80%，并不得低于用人单位所在地的最低工资标准。此外，新法还规定：劳动者在用人单位连续满十年的，或者连续订立两次固定期限劳动合同，且劳动者没有过错的，应当订立无固定期限劳动合同；用人单位单方解除劳动合同应当严格按照法律设定的可以解除的条件执行，不能自行以约定方式设立终止或解除的条件；劳动合同自然终止时，除劳动者本人不同意续订合同外，用人单位也应当支付经济补偿金。面对上述种种新规定，不同

类别的IT企业对自身的劳动合同均要做出不同程度的调整。一些经营规模小、利润薄、身处产业链下游的IT企业，过去习惯于以不签订或延缓签订劳动合同的方式缩减人员工资和保险福利费用，从而达到降低经营成本、增强企业竞争力的目的。对他们而言，根据自身特点依法制作规范的劳动合同文本，及时与员工签订劳动合同，建立健全企业的福利保障制度是当务之急。对一般IT企业而言，无论是软件企业还是渠道供应商，选择与员工签订3-5年期限的劳动合同，并依法为员工提供足够的保险和其他福利保障是比较合适的。签订过短期限的劳动合同，约定过短的试用期，既不能明显地降低用人成本，也不利于对新入职员工的充分考察以及职业技能的培训；此外，1年期的短期劳动合同与5年期的中期劳动合同，甚至无固定期限的劳动合同在作提前解除处理时，其解除合同的举证责任是相同的，补偿金的计算标准也是相同的，不同的只是补偿年限，然而对于员工而言，其对企业的归属感、对待工作的积极性和主动性却是大不相同的。如何应对“无固定期限劳动合同”，这也是新法实施的重点。新劳动合同法甫一颁布，无固定期限劳动合同就成为关注和评论的焦点。许多传统行业将其视为洪水猛兽，甚至认为是“铁饭碗”时代的重新到来。对此，所有IT企业应当有正确的认识和理解。无固定期限劳动合同既不是“铁饭碗”，也不是“无期徒刑”。如前所述，在解除劳动合同的条件和程序上，它与固定期限劳动合同是相同的；既然自然终止劳动合同时，用人单位也要按照服务年限正常支付经济补偿金，那么签订固定期限劳动合同的优势也就没那么明显了。在IT产业内属于“劳动密集型”企业的富士康科技集团将新劳动合

同法的实施当作企业转型的重大历史机遇，积极呼应新法，与数万名连续工作8年以上的员工签订无固定期限劳动合同，表现了企业积极寻觅更大范围的竞争优势，不再以廉价劳动力取胜的勇气和决心。另一IT行业巨头，深圳华为科技有限公司作出的要求所有工作满8年的员工在2008年元旦前逐步完成“先辞职再竞岗”程序的规定，一度被舆论评价为规避新劳动合同法无固定期限劳动合同的典型。对此，应做客观分析。华为公司的“先辞职再竞岗”的规定是针对所有工作满8年的员工实行的，而不是有选择地只针对少数人；按照旧法规定，员工如在2008年元旦前“主动辞职”是不需要支付经济补偿金的，但华为公司按提前解除劳动合同处理，对所有辞职员工进行了经济补偿，这一举措，在一定程度上类似于改制企业的“身份置换”或者“买断工龄”，在这一层面上，将辞职员工竞争上岗后签订的劳动合同看成是与用人单位首次签署的新合同应当是允许的；从辞职员工的反映看，公司的规定是广受欢迎的，它既打破了已严重影响员工积极性和人际关系的“工号文化”，又使员工从补偿中得到了经济实惠。总体而言，对于人才流动过于频繁的IT行业，特别是软件企业，通过与员工签订无固定期限劳动合同，建立长期稳定的劳动关系，对核心技术人才加大培养力度，对增强企业的核心竞争力是十分有利的。

（二）、规范出资培训协议和竞业限制协议条款

在新劳动合同法实施中，规范出资培训协议显得尤为重要。企业在选择与员工签订3-5年的劳动合同时，可以根据自身的发展需要，出资为有潜力的员工提供专业培训，这样既能延长员工的服务期限，又能提高员工素质，增强企业的核心竞争力。新劳动合同法对员工违反出资培

训协议的违约金做了最高额限制，即违约金的数额不得超过用人单位提供的培训费用。在科技高速发展，技术升级和产品更新换代极为迅速的IT行业，员工在职培训与再升造显得尤为重要。企业在安排出资培训时必须规范操作，重点注意两个方面的问题：第一，规范培训内容。企业出资为员工提供的培训，应当是指特定的专业技能的培训，由企业人力资源等部门组织的入职员工上岗前培训和一般性的业务培训不属于出资培训的范围。第二、培训机构的选择。企业最好选择有合法资质的、专业的第三方培训机构对员工进行专业培训。目前国内许多较大规模的IT企业独立或与境内外专业培训机构合作成立教育培训学院，集中为员工提供在职培训。针对这种情况，教育学院必须规范公司制管理，必须与企业签署专门的委托培训协议，详细约定培训内容和计费标准，严格独立核算，提供正规的培训发票，保持清晰的帐务往来。竞业限制协议的签订必须慎重。IT企业的劳动合同文本中普遍含有约定保守用人单位商业秘密和与知识产权有关的保密事项的保密条款。与员工另行签订保密协议并将之作为劳动合同的附件，也是IT企业的普遍做法。对负有保密义务的高级管理人员、核心技术人员或者核心营销人员等规定竞业限制义务，是保密协议的重要内容之一。新劳动合同法没有规定用人单位可以要求违反保密义务的员工支付违约金。法律只规定用人单位可以在保密协议中与劳动者约定违反竞业限制义务时的违约金，但对违约金的上限没有规定。对此，我们可以从三个方面进行理解和掌握：第一、员工违反保密义务，并给用人单位造成严重经济损失和不良影响的，用人单位可以“严重违反用人单位的规章制度”为由与员工解除

劳动合同，而对经济损失的追讨和赔偿，则需要通过民事侵权之诉来完成。第二、用人单位对违反竞业限制条款的违约追偿是与对竞业限制义务人的经济补偿紧密相连的。用人单位在只有依法对竞业限制义务人在竞业限制期限内按月给予经济补偿的前提下，才能要求义务人在违约时承担违约责任，支付违约金。第三、违约金与补偿金额间存在一定的关联度。在保密协议中约定竞业限制补偿金和违约金标准时，可以参照某些地方法规的规定，比如约定在竞业限制期间，补偿金的支付标准以离职员工离职时前十二个月的月平均工资计算，年补偿额不低于离职员工年工资总额的2/3，并分摊至每月支付。对于违约金，则可以约定按照补偿总额（两年）的2倍计算。为有效应对前述第（一）、（二）两个方面所论及的问题，有些规模较大的IT企业采用了在与应届毕业生签订就业协议后、签署正式劳动合同前即对他们进行正规的出资培训、择优录用的用人方式。企业在与毕业生签署就业协议的同时，与学生签订3-6个月的出资培训协议，委托专业培训机构对学生进行特定技能的全日制培训（一般是指资质证书类的培训，而不是新员工岗前教育式的入职培训），培训时间选在学生领取毕业证书前的几个月的空闲时间或实习期间。培训结束后，企业根据学生的学习成绩和综合素质表现，择优录用。被录用的学生，在劳动合同中约定服务期；对培训后不愿意留在企业的学生，则要求如数缴纳培训费用。这种录用方式，既解决了企业因担心新员工试用期过短难以考察全面，解除劳动合同成本又过高，而不愿意录用应届毕业生的矛盾；又在最经济有效的时间内完成了对新员工技能的培养与综合素质的考察，使其在正式签订劳动合同后，

就能在工作岗位上担当重要角色；同时，因为有服务期的约定和违约成本的存在，这种用人方式对维持劳动合同的稳定性也是有一定帮助的。

二、完善的管理制度与和谐的企业文化相得益彰是实施新劳动合同法的重要保障

（一）、建立完善的绩效考核与竞争机制

现代企业管理中离不开完善的绩效考核与竞争机制。针对新劳动合同法实施导致用人单位劳动力成本大幅上升的一片惊呼声，劳动法专家、中国人民大学常凯教授曾分析指出：中国经济保持了20多年的高速发展，低劳动力成本可以说是最主要的竞争手段之一。20年的经济发展，在相当程度上是靠牺牲劳动者利益获得的，劳动者承担了相当的改革成本，为中国经济发展作出了巨大贡献，但根本没有得到应得的回报。增加用人成本是应该的，但是，新劳动合同法也并没有一下子把用人成本提高到企业无法承受的地步。的确如此。综观整个新劳动合同法，其中，关于必须强制为入职员工办理劳动保险的规定、关于试用期工资不得低于劳动合同约定工资的80%规定、关于劳动派遣协议必须同工同酬的规定、关于劳动者加班必须加倍支付工资的规定、关于合同到期自然终止时也要支付经济补偿金的规定等等，所有这些，都是改革开放发展到今天，劳动合同制度发展到今天，用人单位必须做也应当做的事情。对那些原本就应当做而没有做到或者没有做好的企业来说，增加这部分用人成本是理所当然、天经地义的事情，是补课。而对人力资源管理原本就十分规范的企业，特别是外商投资企业，并没有出现用人成本大幅上扬的恐慌。新劳动合同法对IT企业是好事，特别是中小型IT企业，应当好好借助这个机会完善企业的人力资源管理体系。对照新法规定，建立和完善各项

规章制度，做到有章可循是人力资源部门的首要任务。新劳动合同法不仅要求用人单位依法制定和修改有关劳动报酬、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等等关系劳动者切身利益的各项规章制度，而且在程序上要求制定这些制度时必须与工会或者职工代表平等协商。职工入职时，必须对员工履行公示和告知义务，确保员工的知情权。完善的规章制度是维护员工合法权益的基本保障，而用人单位加强管理精力的投入，建立科学公平的业绩考核制度，通过制度吸引和管理人才，才是企业长期发展的根本。IT企业的人力资源管理部门应当与各项目主管领导密切配合，按照企业自身的特点，对员工的工作岗位做科学规范的划分，如行政管理岗位、业务管理岗位、技术开发与服务支持岗位、渠道营销岗位等等；再按照业绩考核指标的高低、工作量及岗位重要程度，在各岗位内部划分不同的等级，分级考核，按级付酬。用人单位与员工订立劳动合同之初，即应在合同条款中明确其基本工作岗位，如行政管理岗、或技术开发岗等等，并可在合同中约定用人单位可以在同一岗位类别内对员工进行动态管理，即定期的通过业绩指标的考核，随时调整员工的岗位级别。企业还应在同一岗位类别里实行竞争上岗制度，员工可以根据自己的综合能力水平，自由竞争同一岗位类别里的不同等级的岗位。通过业绩考核机制和竞争上岗，在企业内部形成能上能下，能出能进的人力资源管理体系。IT企业是知识密集型行业，工作节奏快，知识更新快，竞争激烈，要求员工创新能力强、知识结构新。在IT企业中，部分在专业技能、学习能力、以及可替代性等方面不具备优势的群体，特别是价值

空间不大的事务性岗位，淘汰的几率要大得多。在优胜劣汰的竞争环境下，公平合理的淘汰和退出机制对企业来说同样重要。新劳动合同法加大了用人单位解除劳动合同的难度，要求解除合同必须有法定的理由，并要求企业承担举证责任。例如：用人单位以员工业绩考核不合格，不能胜任工作为理由解除劳动合同时，必须举证证明：第一，根据员工的岗位说明书或岗位任务书，通过科学公平的业绩考核，证明员工不能胜任该岗位工作；第二、经过对员工进行岗位再培训和调整岗位级别，经过再考核，该员工仍不能胜任工作。这些业绩考评和举证责任的工作压力必然要落到企业中层主管的身上。作为企业与员工间最直接纽带的中层主管，其身上肩负着人力资源管理者的职能。新劳动合同法增加了“劳动者同时与其他用人单位建立劳动关系，对完成本单位的工作任务造成严重影响，或者经用人单位提出，拒不改正的”，用人单位可以解除劳动合同的条款。从事兼职工作，在IT企业普遍存在。例如，软件工程师利用业余时间，甚至利用本单位的开发平台，为其他单位从事软件开发工作，谋取额外报酬；渠道营销人员利用本单位的市场资源代理销售非本单位代理的其他产品获取额外提成等等。新劳动合同法将员工从事兼职工作的处理权交给了用人单位。用人单位为维护企业自身的合法权益，应当用足用好这一权力。首先应当正确理解和界定“劳动者同时与其他用人单位建立劳动关系”的含义：这种劳动关系是在劳动者与本单位建立了固定劳动合同关系期间发生的；这种劳动关系通常是劳动者为完成一定工作任务而产生的，并随着任务的完成而结束；劳动者利用业务时间从事股票交易、房地产买卖等投资活动不在此例。

其次，用人单位承担着证明员工的兼职行为严重影响了本单位的工作任务的举证责任。严重影响本单位工作任务，不仅是指影响了完成本单位的工作任务的时间和数量，而且有时还包括侵犯了本单位的商业秘密和知识产权。（二）、建立宽松和谐的企业文化 宽松和谐的企业文化是企业发展的精神支柱。科学、公平、严谨的规章制度是企业规范管理的基本保障。但是，要保持员工的责任感、提高员工的工作热情，促进其能力转型，仅仅依靠制度的约束是不够的。企业应当实行人性化管理，建立和培养自身独特的、和谐的企业文化，并借助企业文化吸引和挽留人才。打造宽松和谐的企业文化，应当从点点滴滴做起：建立合理的人才培训制度，不断为员工提供学习、成长机会和职业发展机会。知识结构更新过快是IT行业的显著特点，软件企业的技术人员普遍工作压力过大，没有时间更新知识。过于激烈的竞争环境，常常使年轻的软件技术人员缺乏安全感，他们认为企业一方面在加紧榨取他们的剩余价值，另一方面又可能毫不留情地随时地淘汰他们。在人才流失严重的IT企业，与其不惜代价地恶意竞争到处挖人，还不如合理地规划人力资源战略，循序渐进地培养和储备自己的人才。紫光数码的干部训练营制度和新员工双导师制度就是很好的人才培养和储备制度，值得借鉴。建立平等、宽松的用工环境，关心爱护每一个员工。由于工作压力过大，在IT软件企业，年轻技术人员颈椎病、忧郁症的发病率呈直线上升的趋势。高强度的紧张的客户现场作业形式，形成了IT软件企业特有的“床垫文化”，频繁地加班工作，严重透支着年轻技术人员的健康。用人单位除了应当严格执行劳动合同法规定的加班补偿制度外，还应当合理

调整工作强度和节奏，给职工充足的休息时间，保障职工的身体健
康。此外，企业还可以借鉴国外先进的管理经验，对软件开发人员实
行弹性工作制，每周给予他们一定的自主安排工作的时间，使之工
作与自我学习相结合。IT行业初创于90年代初，从1998年进入大
量招聘人才的高速发展期至现在，正好处在十年发展的关口上。对
于IT企业来说，新劳动合同法所带来的挑战不是如何最大限度地降
低人力成本，而是在不断变革的外部市场大环境下，如何通过调整
自身的管理架构，建立合理的人力成本结构，充分认识人力资本的
潜在价值，最大限度地发挥人力资本的作用。总而言之，如何广泛
吸纳人才，建立健康和谐的劳动关系，增强企业的核心竞争力，打
造出IT行业的百年老店，是每个IT企业需要认真思考的命题。
(作者：尹悦红，江苏高的律师事务所合伙人、高级律师。E-mail:
yuehong1011@yahoo.com.cn) 100Test 下载频道开通，各类考试
题目直接下载。详细请访问 www.100test.com